

EL DERECHO A LA SALUD. PERSPECTIVAS TRAS LA CRISIS¹

THE RIGHT TO HEALTH. PERSPECTIVES AFTER THE CRISIS

ANA MARÍA MARCOS DEL CANO

Catedrática acreditada de Filosofía del Derecho
Departamento de Filosofía Jurídica, UNED

JOSÉ MÉNDEZ MARTÍN

Doctor en Derecho
Departamento de Filosofía Jurídica, UNED.

Resumen: El derecho a la salud es un derecho contenido en la Constitución de 1978 dentro del capítulo III. «De los principios rectores de la política social y económica» del Título I «De los Derechos y Deberes Fundamentales». Los principios rectores no reconocen expresamente un derecho subjetivo que pueda ser alegado ante los tribunales, nada más que en los propios términos de las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE). Por tanto, en principio no puede considerarse un derecho con la protección de los Derechos fundamentales.

¹ Este trabajo se encuadra dentro de los estudios realizados dentro del Proyecto de Investigación DER 2013-41462-R, El derecho a la atención sanitaria: delimitación, alcance y satisfacción eficiente a partir del principio de justicia distributiva, financiado por el Ministerio de Economía y competitividad y que tiene como entidades participantes: Uned; Instituto de Salud Carlos III de Madrid (ISCIII); Escuela Nacional de Sanidad; Universidad Pública de Navarra; Universidad Autónoma de Madrid; Universidad de La Laguna; Banco de Caja España de inversiones Salamanca y Soria; Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea; Universidad Complutense de Madrid; Universidad de Murcia. Este proyecto de investigación tiene como Investigadores responsables a la Dra. Ana María Marcos del Cano y al Dr. Juan Antonio Gimeno Ullastres.

Sin embargo, tiene una gran importancia para la vida cotidiana de los ciudadanos, ya que este principio protege el principal bien básico de una persona: su salud y bienestar físico y mental y, en definitiva, su propia vida. Es evidente que las cambiantes condiciones socio-económicas consecuencia de la crisis económica que aún persiste, ha obligado al gobierno español a recortar las partidas presupuestarias destinadas al derecho a la salud. En este estudio se analiza los cambios producidos en este derecho principal y las perspectivas que pueden observarse de las diversas tendencias que puede tener en el futuro.

Abstract: The right to health is one of the rights which is included in the Spanish Constitution of 1978 (chapter III «Guiding principles of social and economic politics» of the Section I «Fundamental Rights and Duties»). The guiding principles don't explicitly recognize a subjective right which could be claimed in the courts, except its own set of technical terms of the laws that develop this right (art. 53.3 CE). Therefore, at the moment it's not able to be considered as a right with the protection of the Fundamental Rights. However, it has a great importance for the citizens daily life, as this principle protects the leading commodities of a person: health and physical and mental well-being and his own life. It's clear that the changing social-economic conditions which are the consequence of the present economic crisis, have made Spanish Government curtail the budget issues for the right to health. This study analyses the changings in this main right and the perspective that may be witnessed in the different trends which the right to health can have in the future.

Palabras clave: Derecho a la salud, derechos sociales, derechos fundamentales, estado de bienestar, crisis económica.

Keywords: Right to health, social rights, fundamental rights, welfare state, economic crisis.

Recepción original: 3/10/2016

Aceptación original: 10/10/2016

Sumario: El Derecho a la salud. Perspectivas tras la crisis. I. Los Derechos sociales tras la gran crisis. II. Cambios producidos en el Derecho a la salud durante la crisis. III. Situación del Derecho a la Salud en el fin de la crisis. IV. Tendencias en la evolución del Derecho a la Salud desde los aspectos socio-económicos. V. Tendencias en la evolución del Derecho a la Salud desde los aspectos jurídico-políticos.

VI. Retos futuros del Derecho a la Salud. VII. Algunas conclusiones sobre el futuro del Derecho a la Salud.

I. LOS DERECHOS SOCIALES TRAS LA GRAN CRISIS

A mediados de los años setenta del pasado siglo XX comenzó lo que se ha venido denominando como *el desmontaje del Estado de Bienestar*¹. Los problemas comenzaron a darse en la década anterior donde se comenzaron a agudizar en las sociedades europeas desarrolladas algunos de los problemas que hasta entonces, gracias a las inversiones realizadas en Europa para paliar los desastres de la segunda gran guerra, se habían mantenido controlados. La causa principal fue que la economía fundamentada sobre las ideas keynesianas comenzaba a dar síntomas de estancamiento. Así se empezaron a dar altas tasas de paro, con lo que el mantenimiento del Estado de Bienestar resultaba complejo, por lo que se comenzaron a eliminar costes, suprimiendo servicios y eliminando en lo posible la burocracia².

Las discusiones sobre las dificultades que comenzaban a darse en el Estado de Bienestar comenzaron a surgir tras la finalización de los llamados *treinta gloriosos*³ que vieron su fin con la crisis del petróleo. Comenzaron a detectarse serias dificultades presupuestarias en la mayoría de los Estados cuando sus economías no crecían del modo adecuado para que la financiación de los Derechos Sociales no creara problemas adicionales a las ya maltrechas cuentas de los erarios públicos. Era la época en que se comenzaba a financiar una gran parte de las necesidades de los Estados por la vía siempre compleja del déficit público y que comenzaba ya a crear tensiones en el equilibrio presupuestario de los Estados, siendo ya una parte importante de esa deuda pública los costes que generaba el mantenimiento del Estado de Bienestar.

¹ SOTELO, I., *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta, 2010, pág. 267 y ss. Así lo denomina Sotelo, desmontaje del Estado del Bienestar, al comienzo del capítulo 11 de su obra, «El Desplome del Estado de Bienestar», págs. 267-290.

² *Ibidem*, pág. 267 y ss.

³ Se denominan *treinta gloriosos* al período socioeconómico transcurrido desde el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945 hasta la crisis del petróleo de 1973. Se caracterizó por dos procesos: el crecimiento económico continuado y el enfrentamiento entre las dos grandes potencias, los Estados Unidos y la Unión Soviética por la supremacía ideológica en lo que se llamó la Guerra Fría. Esta última fue una razón principal por la que la expansión del capitalismo se acompañó de una fuerte presencia del Estado, que situaba las cuestiones sociales en primer lugar. Es lo que se denominó como Estado de Bienestar.

Tras estas primeras etapas de la aparición de crisis en el Estado de Bienestar, a finales de los años ochenta se inició por parte de la práctica totalidad de la doctrina una discusión sobre la verdadera naturaleza del Estado del Bienestar y las posibilidades del mantenimiento a largo plazo de los Derechos Sociales que procuraban que fueran viables los presupuestos contenidos en los planteamientos teóricos de dicho Estado y que se habían ido reflejando en las Constituciones contemporáneas de los países europeos⁴.

Puede considerarse que ahí comenzó un periodo donde los Derechos Sociales que se habían instituido en un gran parte de las Constituciones contemporáneas europeas como derechos si no inalienables sí prácticamente indiscutibles, se comenzaron a observar bajo otro prisma, donde la economía tenía ya mucho que decir en cuanto a su sostenibilidad y mantenimiento. Las diferentes Constituciones europeas habían servido de catalizador al desarrollo y expansión de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluyendo como Derechos Fundamentales a varios de ellos. También, mediante la enuncia-

⁴ Sobre la crisis de los derechos sociales y del Estado de Bienestar pueden consultarse, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes obras: ADELANTADO, J., (Coord.) *Cambios del Estado del Bienestar*, Barcelona, Icaria Editorial, 2000, págs. 9-73; ALVARADO PÉREZ, E., (Coord.) *Retos del Estado del Bienestar en España a finales de los noventa*, Madrid, Editorial Tecnos, 1998, págs. 28-65; ÁLVAREZ MIRANDA, B., *Dilemas del Estado del Bienestar*, Madrid, Fundación Argentaria, 1997, págs. 59-321; CAMARERO, J., *El déficit social neoliberal. Del Estado del Bienestar a la sociedad de la Exclusión*, Santander, Sal Terrae, 1998, págs. 12-46; CASILDA, R.; DE CABO, C., *La crisis del Estado Social*, Barcelona, Promociones publicaciones universitarias, 1986, págs. 15-38; FERNÁNDEZ GARCÍA, T.; GARCÉS FERRER, J., *Crítica y futuro del Estado del Bienestar*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1999, págs. 26-54; GARCÍA COTARELO, R., *Del Estado del Bienestar al Estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, págs. 125-180; GARCÍA HERRERA, M. A., (dir.) *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997, págs. 31-50; GARDE, J. A., (Ed.) *Políticas y Estado de bienestar en España. Informe 1999*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, págs. 26-110 e *Informe 2000. Políticas y Estado de bienestar en España*, Madrid, Fundación Hogar del Empleado, 2000, págs. 13-141 y 155-385; GOUGH, I., op. cit., págs. 231-269; HERCE, J. A.; HUERTA DE SOTO, J., (eds) *Perspectivas del Estado del Bienestar. Devolver responsabilidad a los individuos, aumentar las opciones*, Madrid, Faes, 2000, págs. 16-45; MARZAL, A., (Ed.) *Crisis del Estado del bienestar y derecho social*, Barcelona, José M^a Bosch editor, 1997, págs. 15-65; MISHRA, R., *El Estado del bienestar en crisis*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, págs. 19-237; MONTES, P., *El desorden neoliberal*, Editorial Trotta, 1996, págs. 135-201; MUÑOZ DE BUSTILLO, R., *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, págs. 23-101 y *El Estado de bienestar en el cambio de siglo*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, págs. 18-74; NAVARRO, V., *Neoliberalismo y Estado de Bienestar*, Madrid, Ariel Sociedad Económica, 1997, págs. 21-56 y *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Barcelona, Editorial Anagrama 2002, págs. 10-89; OJEDA MARTÍN, A., *Estado Social y crisis económica*, Madrid, Complutense, 1996, págs. 18-65; RODRÍGUEZ CABRERO, G.; Sotelsek, D., (Eds.) *Apuntes de Bienestar Social*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, págs. 17-34 y 265-342.

ción del principio de igualdad se buscó la propia legitimación del Estado Social de Derecho, asumiendo como una obligación del Estado la intervención en el orden social y económico en cumplimiento de un proyecto igualitario y social definido por las Constituciones.

Por ello, puede interpretarse que el Estado de Bienestar fue el resultado de un gran pacto social que tuvo su origen jurídico-político en la Constitución y que trata de buscar un punto de equilibrio entre las reglas fundamentales de la economía de mercado y ciertas garantías sociales⁵. Esta discusión ha durado hasta esta época, y se ha mantenido aún en los años en que las posiciones políticas más conservadoras que pretendían rebajar sustancialmente el Estado de Bienestar se impusieron en los países desarrollados⁶.

La crisis que definitivamente se desveló con la caída del banco de inversiones norteamericano Lehman Brothers en 2008, se instaló en los países europeos con una rapidez inusitada y una gravedad desconocida en cuanto a intensidad y duración. Ello trajo de nuevo en la práctica totalidad de los países europeos la vuelta a esa discusión que no por conocida estaba resuelta, como era la reflexión sobre las verdaderas posibilidades del crecimiento y consolidación de los Derechos Sociales en épocas de crisis⁷. Se acentuaron de modo muy rápi-

⁵ MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L.; GONZÁLEZ SEARA, L., *Las Estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 7.

⁶ Esta fue la etapa de los países desarrollados en la que bajo el impulso de las políticas económicas introducidas por Margaret Thatcher en Reino Unido y Ronald Reagan en Estados Unidos comenzó a tomar forma una nueva corriente de pensamiento económico y de gestión de los asuntos públicos que propugnaba el equilibrio presupuestario como paradigma de los modelos de gobernanza de los Estados. Sobre las ideas de ese nuevo modelo teórico de pensamiento que proponía importantes recortes en el Estado de Bienestar, se pusieron principalmente en práctica principalmente en Reino Unido durante los gobiernos de Margaret Thatcher, que abrió claramente la vía a un nuevo contexto en el que debía comprenderse el Estado de Bienestar. Fueron los comienzos de la etapa en la que el neoliberalismo económico empezaba a sustituir en el escenario europeo a las corrientes socialdemócratas en la gestión de los asuntos públicos, y que podría estimarse que ha llegado hasta el momento actual sin gran problema.

⁷ Desde la Segunda Guerra Mundial, la actual crisis solo puede compararse en gravedad a la crisis del petróleo de los años setenta que desestabilizó a todas las economías desarrolladas de ambos lados del Atlántico y que por primera vez tras los acuerdos de Breton Woods, demostró la alta dependencia que las sociedades industrializadas tenían del petróleo como fuente energética. Ciertamente aquella crisis fue muy importante, pues tras la Segunda Guerra Mundial era la primera gran turbulencia económica que demostraba la fragilidad de los países desarrollados. Si bien es comparable por la gravedad que suponía la crisis de las economías de mercado en un mundo polarizado en aquel momento por dos bloques políticos contrapuestos que habían dado lugar a la guerra fría, desde luego no puede compararse en cuanto a la intensidad que ha supuesto esta última y quizá tampoco en cuanto a la gravedad de

do las carencias que ya se venían observando en cuanto a la financiación para el mantenimiento y crecimiento de los Derechos sociales, ya que el constante incremento de las prestaciones en el contexto del Estado del bienestar había tenido una gran importancia, especialmente en los últimos años. Todo ello era muy patente ya que su financiación influía notablemente sobre el funcionamiento del mercado en los diferentes Estados. El gasto corriente en actividades relacionadas con el Estado del Bienestar y los derechos sociales era del 50 % del gasto público, aunque en algunos países como España había crecido exponencialmente en los últimos años por encima del porcentaje de crecimiento de la economía española⁸.

Estas circunstancias descritas sucintamente que han tenido lugar en estos últimos años, han procurado que se profundizara en el análisis de la cada vez más evidente interdependencia entre recursos económicos y Derechos Sociales. Esta relación, como se ha indicado ya se conocía y se había discutido prolijamente tanto doctrinalmente como desde la sociedad civil y las diferentes opciones ideológicas, sin embargo nunca antes se había corrido el peligro de que determinados Derechos Sociales estuvieran muy cerca no ya de transformarse como así ha sido, sino que esas transformaciones los desfiguraran definitivamente comparativamente a como se venían entendiendo por la ciudadanía⁹.

las consecuencias en varios países europeos que han estado al borde de un posible *default* y que ha obligado a la movilización de ingentes sumas de dinero para consolidar la estabilidad económica en algunos países del Sur de Europa mediante intervenciones en sus economías por las autoridades de la Unión Europea.

⁸ MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L.; GONZÁLEZ SEARA, L., *Las estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 454-455.

⁹ Pueden consultarse algunas obras que han tratado esta vertiente de las situaciones que ha traído la aún presente crisis económica y que han modificado el ideario conocido y tradicional de los Derechos Sociales, aun las distintas interpretaciones ideológicas que de los mismos se realizaban. Hoy, ya es de una casi unanimidad que la crisis traerá cambios muy significativos en la provisión de los Derechos Sociales por parte de los Estados. ARIAS X. C.; COSTAS, A., *La torre de la arrogancia. Políticas y mercados después de la tormenta*, Barcelona, Ariel, 2011; DEL PINO, E.; RUBIO LARA, J. (Ed), *Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, Madrid, Tecnos, 2013; ESTEFANÍA MORERÍA, J., *La economía del miedo*, Barcelona, Galaxia Guttemberg, 2011 y *Estos años barbaros*, Barcelona, Galaxia Guttemberg, 2015; LÓPEZ CASASNOVAS, G., *El bienestar desigual. Qué queda de los Derechos y beneficios sociales tras la crisis*, Barcelona, Península, 2015; MORENO FERNÁNDEZ, L., *La Europa Asocial. ¿Caminamos hacia un individualismo posesivo?*, Barcelona, Península, 2012; MULAS-GRANADOS, C. (coord.), *El Estado dinamizador. Nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, Madrid, Editorial Complutense, 2010; PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Madrid, FCEE, 2014; RALLO JULIÁN, J.R., *Contra la renta básica. Por qué la redistribución de la renta restringe nuestras libertades y nos*

A pesar de la diversidad de los enfoques en el análisis de la crisis de los derechos, que han introducido una rica variedad de puntos de vista en el debate que lo enriquece, determinados efectos están señalados por la mayor parte de la doctrina y desde las diversas especialidades. Así, las consecuencias más comunes que señalan los distintos autores de la crisis del Estado del bienestar sobre los derechos sociales pueden agruparse en torno a tres grandes efectos: *las críticas al modelo de protección social* por la constatación de su insuficiencia para afrontar los retos actuales, *los recortes en las prestaciones* ante el reconocimiento de las dificultades de sostenibilidad del sistema y el aumento en *la negación de la universalidad de los derechos* por las grandes dudas que se tienen sobre el sistema con la consiguiente desaceleración de los derechos sociales, económicos y culturales¹⁰.

empobrece a todos, Barcelona, Deusto, 2015; ROUBINI, N., *Cómo salimos de ésta*, Madrid, Destino, 2011; STIGLITZ, J., *Caida libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*, Madrid, Taurus, 2010; TAPIA, J.A.; ASTARITA, R., *La gran recesión y el capitalismo del siglo XXI*, Madrid, Libros de la Catarata, 2011; ZAPATERO GÓMEZ, V.; GARRIDO GÓMEZ, M. I. (Ed), *Los Derechos Sociales como exigencia de la justicia*, Álcala de Henares, Universidad de Álcala de Henares, 2009.

¹⁰ Los distintos enfoques que realiza la doctrina sobre las consecuencias de la crisis de los derechos son diversos, con la notable influencia en el análisis realizado del campo de especialización desde el que se ha abordado. De ese modo, hay estudios que ponen mayor énfasis en los aspectos jurídicos, mientras otros señalan con mayor detalle las causas económicas sociales o políticas, siendo frecuente que en las distintas obras se mezclen éstos. Sin embargo, la tendencia de los autores se integra en dos campos bastante definidos en cuanto al análisis de las causas y efectos de la crisis como son: el enfoque socio-económico y el enfoque jurídico-político. En el primer caso priman los desarrollos desde las causas económicas que acaban trascendiendo a consecuencias también económicas, mientras que en el segundo caso priman los enfoques desde las distintas causas sociales, jurídicas o políticas, sin olvidar el trasfondo económico que es necesario tener en cuenta siempre para estos derechos, para acabar señalando en el análisis, efectos también desde esas perspectivas más amplias. A modo de ejemplo, dentro del campo del análisis socio-económico pueden citarse CASILDA, R. y TORTOSA, J. M., (*Pros y contras del Estado del Bienestar*, Madrid, Tecnos, 1996 y *El futuro del Estado del Bienestar*, Madrid, Editorial Civitas, 1998), GOUGH, I. (*Economía Política y Estado del Bienestar*, Madrid, Editorial Blume, 1982), HERCE, J. A. y HUERTA DE SOTO, J., (*Perspectivas del Estado del Bienestar. Devolver responsabilidad a los individuos, aumentar las opciones*, Madrid, Faes, 2000). Por el contrario, y también a modo de ejemplo, puede verse un enfoque del análisis desde los aspectos jurídico-políticos de los efectos sobre los derechos en la obras de los siguientes autores: DE CABO, C. (*La crisis del Estado Social*, Barcelona, Promociones publicaciones universitarias, 1986), FERNÁNDEZ GARCÍA, T. (*Estado de Bienestar: Perspectivas y límites*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1998), FERNÁNDEZ GARCÍA, T. y GARCÉS FERRER, J. (*Crítica y futuro del Estado del Bienestar*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1999), GARCÍA COTARELO, R. (*Del Estado del Bienestar al Estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986), OFFE, C. (*Contradicciones del Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza Universidad, 1990), ROSANVALLON, P. (*La crisis del Estado Providencia*, Madrid, Editorial Civitas, 1995), y SOTELO, I., (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Editorial Trotta, 2010).

El interrogante que surge es si tras estos años de crisis pueden observarse cambios drásticos en los principales derechos sociales que hagan prever que los cambios introducidos en los mismos, si es que han tenido lugar de un modo tan evidente, los han desfigurado notablemente y los hacen ser irreconocibles, más allá de consideraciones políticas e ideológicas que siendo lícitas, son meramente interpretativas de la realidad observada siempre desde el análisis del modelo de sociedad teórica que se desea y que, por tanto, no siempre está exento de precisiones interesadas¹¹.

Hay que señalar, no obstante, que en relación con los llamados derechos sociales principales, bien los cambios introducidos dentro de los distintos derechos, bien el freno en su crecimiento de acuerdo a los periodos anteriores de la crisis en cuanto a perceptores y ampliación del contenido de cada derecho, no los han cambiado definitivamente. Si bien es cierto que algunos de ellos, particularmente las pensiones o el desempleo, se han desacelerado notablemente en cuanto a su puesta al día, así por ejemplo, en cuanto al derecho a una pensión adecuada en el caso español, las pensiones más bajas habían ido mejorándose pero en el momento de la aparición de la crisis aún no habrían conseguido una cota comparativa a los niveles europeos. Ello ha tenido como consecuencia un fuerte parón en cuanto al acercamiento entre las pensiones públicas máximas y mínimas, ya que la práctica congelación del aumento de las pensiones ha sido un hecho¹².

¹¹ Los principales derechos sociales que conforman el núcleo básico del Estado de bienestar serían el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a una pensión digna dentro del sistema público de pensiones, la protección al desempleo, el derecho a una vivienda digna y la atención a las personas dependientes, como último gran derecho incorporado tras la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Todos ellos, completados con un sinfín de prestaciones que realizan distintas administraciones, como Ayuntamientos y Diputaciones que complementan en cada territorio los derechos básicos, pero que no pueden percibirse a veces como Derechos sociales generales, ya que no tienen el principio de igualdad para todo el territorio nacional, quedándose en gran medida circunscritos a la localidad o región donde ejerce la administración que los desarrolla. En este sentido esas denominadas prestaciones, como serían a modo de ejemplo, los centros de día de mayores, ayudas al desarrollo del ocio de la tercera edad e incluso distintas prestaciones relacionadas también con el ocio de niños, deporte etc., claramente han sufrido un retroceso durante estos años.

¹² Ciertamente desde un estricto análisis economicista se esgrime que la inflación en alguno de estos años no ha subido e incluso ha habido años de inflaciones negativas, deflación, por ello económicamente estaba justificado la congelación de las pensiones ya que el poder adquisitivo se mantenía. Lógicamente, esa explicación adolece de una realidad a todas luces interesada, ya que las pensiones en España, sobre todo las mínimas, distaban mucho de estar en la media razonable para que fueran consi-

También respecto a la asistencia a la dependencia desde los parámetros iniciados por la Ley 39/2006 que entro en vigor el 1 de Enero de 2007, se percibe un fuerte parón. En ese caso, era un derecho de desarrollo en su autonomía de las personas dependientes que hasta aquel momento su atención había estado dispersa entre diferentes administraciones y en base a distintos instrumentos jurídicos. La novedad residía en que para tener acceso a las prestaciones habría que realizar unas valoraciones sobre el caso de cada ciudadano susceptible de ser prestatario y su desarrollo en esos aspectos no fue todo lo rápido que hubiera sido deseable. En ese caso las administraciones competentes eran las CC.AA y no siempre fueron acompañados los procesos adecuadamente, siendo constantes las apelaciones a la falta de dotación presupuestaria por parte del Estado para el desarrollo de la ley.

Ciertamente la Ley de Dependencia se diseñó en una época álgida del ciclo económico, no teniendo en cuenta especialmente el normal desarrollo del ciclo económico de nuestro país y no atendiendo, por tanto, debidamente a sus formas de financiación. Por el contrario se extrapoló indebidamente la capacidad de financiación que se preveía en la propia ley. Otro defecto principal es que se diseñó desde la universalidad y la retribución en especie y no precisamente de un modo realista teniendo en cuenta la gran diversidad territorial y las verdaderas posibilidades de las distintas administraciones autonómicas¹³.

En el origen de los problemas del desarrollo de esta ley se hayan un conjunto de factores, entre otros: las disfunciones derivadas de las responsabilidades poco claras entre las distintas administraciones, las insuficiencias financieras en el reparto de aportaciones entre agentes y los escasos incentivos que se daban en el origen de la ley de la prevención para evitar la falta o pérdida definitiva de autonomía, ya que precisamente era el motivo de la ley¹⁴.

deradas dignas tras toda una vida de trabajo. Es un claro ejemplo de que debe considerarse un derecho justo en un contexto amplio, salvando estrictamente consideraciones económicas que analizan solamente una parte del problema, como sería en este caso la relación inflación-subida de pensiones en términos porcentuales equilibrados que olvida el desfase original del que provienen las pensiones más bajas.

¹³ La cuestión del derecho a la salud lo veremos en el siguiente epígrafe.

¹⁴ LÓPEZ CASASNOVAS, G., *El bienestar desigual. Qué queda de los derechos y beneficios sociales tras la crisis*, Barcelona, Península, 2015, págs. 225-229. En la memoria económica de la propia Ley de Dependencia se preveían que se crearían 160.000 empleos, lo que sumado a la migración de trabajadores desde el sector de los cuidados familiares, unos 100.000, se estaba presuponiendo que 260.000 trabajadores ingresarían en las arcas del Estado del orden de 2000 millones de euros anuales, entre impuestos, cotizaciones y el paro ahorrado. Hoy puede ya verse con claridad que las

Puede concluirse que lo que sí han sufrido los derechos sociales es un gran cambio en cuanto a sus principales rasgos característicos. Así, han aparecido nuevos rasgos inherentes al concepto y al carácter jurídico de los Derechos sociales, como son la *mutabilidad*, la *desconceptualización* y la *asimetría* de los derechos¹⁵.

En cuanto a la *mutabilidad* es una de las soluciones más adoptadas por la mayor parte de los Estados la introducción de grandes cambios, tanto en la amplitud de la cobertura de estos derechos como en las condiciones de su acceso. Si la discusión hasta hace relativamente poco tiempo se centraba sobre qué derechos serían inmunes a cambios importantes, ya que los podrían desfigurar completamente según algunas opiniones, la realidad ha hecho que incluso los más fervientes partidarios del inmovilismo en este ámbito, admitan sin paliativos que es necesario introducir algunos cambios dada la difícil situación existente. Esta circunstancia pone de manifiesto que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una gran exposición a las circunstancias socio-económicas y así se va reconociendo prácticamente de forma unánime, aunque sigan existiendo posturas diametralmente opuestas de cómo paliar los efectos que las situaciones de crisis provocan en los derechos.

En cuanto a la *desconceptualización*, pone de nuevo de manifiesto que el concepto y la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales no son cuestiones pacíficas, ya que son derechos que no tienen ya un sentido unívoco lo que crea incertidumbre en cuanto a cómo se entienden por parte de la doctrina¹⁶. Si ello ha sido patente en épocas en las que existía un cierto consenso sobre determinados derechos, qué situaciones protegían y su grado de extensión para los ciudadanos, la situación actual de profunda crisis ha hecho que estos consensos comiencen a ser discutidos con gran intensidad. La apertura de este debate pone en cuestión en mayor medida la verdadera dimensión de estos derechos, que es tanto como discutir la

previsiones no se dieron en la realidad, ya que la virulencia de la crisis impidió tan siquiera un mínimo desarrollo de la ley en sus primeros años.

¹⁵ MÉNDEZ MARTÍN, J., en «La intensificación de la crisis de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Algunos rasgos característicos de su futuro inmediato», MARTÍNEZ MORAN, N.; MARCOS DEL CANO, A. M.; JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., *Derechos Humanos: problemas actuales. Estudios en homenaje al profesor Benito de Castro*, Madrid, Universitas, 2013, págs. 1195-1205.

¹⁶ CASCAJO DE CASTRO, J. L., *La tutela, La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1988, pág. 47.

esencia de cómo se han venido entendiendo conceptualmente desde hace largo tiempo¹⁷.

Estos cambios están produciendo una *desconceptualización* de estos derechos, en un doble sentido. Por una parte, para el ciudadano medio que observa como bastantes derechos están sufriendo cambios que los desnaturaliza y que incluso los desfigura en gran medida a cómo los conocían y, también, a como se pensaba que como debían evolucionar. El otro gran cambio que se da es desde los aspectos propiamente jurídicos, ya que los cambios legislativos que se van introduciendo reinterpretan en gran medida su concepto, ya que introducen grandes cambios sobre cuestiones que desde hace largo tiempo parecía que estaban consensuadas por la grandes mayorías políticas y sociales¹⁸.

¹⁷ Ese razonamiento cobra especial vigor en esta época, ya que por parte de las distintas opciones doctrinales e ideológicas se está comenzando a proponer profundos cambios en determinados aspectos de las disposiciones legales en las que vienen contemplados los distintos derechos, debido a las nuevas interpretaciones que se están realizando sobre qué prestaciones y el modo en que deben gestionarse por los poderes públicos determinados derechos.

¹⁸ Existen ya ejemplos importantes sobre la *desconceptualización* de determinados derechos. Quizá uno de los que más discusiones traerá será la configuración del *derecho a la salud*. La sociedad española ha venido gozando desde hace décadas de unos de los mejores sistemas de salud que se conocen en el mundo desarrollado, tanto por la calidad de sus profesionales, reconocidos internacionalmente, como por la amplitud de sus prestaciones para todos los ciudadanos. Ciertamente el sistema está manteniéndose en la actualidad, pero los cambios que poco a poco comienzan a introducirse están cambiando este derecho en algunos aspectos sustanciales. Así, la discusión del copago sanitario introduce ya conceptualmente nuevos aspectos a considerar sobre qué debe entenderse por «una sanidad universal y gratuita». En algunos países como Portugal, ya los copagos están claramente incorporados y aceptados por los ciudadanos, tras sus dificultades pasadas y la intervención a que fueron sometidos por las autoridades europeas. Aunque la sanidad nunca fue del todo gratuita, ya que se financia principalmente con las cotizaciones de los trabajadores y sus impuestos, pero era así entendida por el ciudadano medio, que descontaba su contribución mensual en la cotización. Las continuas limitaciones sobre qué patologías se encuentran comprendidas en este derecho, tanto en tratamientos como en medicinas gratuitas o subvencionadas ponen énfasis en que los cambios van a ser profundos. Si hay ya determinados prestaciones que no están debidamente cubiertas por este derecho que se esperaba que pudieran ir incorporándose paulatinamente, como la salud bucodental, algunas afecciones dermatológicas y de medicina estética, determinados tratamientos de fisioterapia a todas luces hoy ya imprescindibles para un concepto actual de salud o la falta de incorporación de nuevos protocolos preventivos para determinadas poblaciones de riesgo según edad a pesar de las indicaciones generales de la OMS (sería un ejemplo válido, el cribado general a mayores de 50 años de colonoscopías), también se están proponiendo la disminución de medicinas y material terapéutico para afecciones de enfermos crónicos. Todo ello, demuestra que para este derecho los cambios que van introduciéndose con gran rapidez están cambiando su concepto.

Las diferencias en el acceso a la protección que otorgan determinados derechos y a sus prestaciones es una nota característica que van a tener los derechos económicos, sociales y culturales. Es lo que se denomina *asimetría* de los derechos sociales. Las tendencias que vienen desarrollándose parece que van a provocar que determinados derechos no vayan a tener una implantación universal y uniforme al modo de cómo venían conociéndose hasta épocas recientes. Esos cambios señalados apuntan a que la asimetría se dará por dos factores distintos. Por una parte, el acceso a las prestaciones va a estar determinado cada vez en mayor medida por unas condiciones que discriminarán determinadas situaciones sobre la base de que para tener determinadas prestaciones se deberán reunir determinadas condiciones previas¹⁹. Por otra parte, van posiblemente a coexistir durante un largo tiempo, colectivos con unos derechos adquiridos previamente en cuanto a la percepción de determinados Derechos Sociales, con otros colectivos cuyo acceso a los mismos va a ser muy dificultoso, lo que generará sin duda tensiones sociales, que sería deseable no crearan una crisis en el sistema que se sustenta sobre la solidaridad intergeneracional²⁰.

¹⁹ Sería el caso que determinados análisis doctrinales comienzan a señalar al respecto del acceso a las enseñanzas universitarias, en las que se va proponiendo que cada vez en mayor medida los alumnos beneficiarios de esta enseñanza superior paguen la mayor parte de la totalidad del coste de sus cursos universitarios. Este cambio en la tendencia que existía en la que el acceso prácticamente estaba únicamente regido por el mérito exclusivamente de los cursos previos y del éxito en los exámenes de acceso debido a la restricción de plazas, pueden desfigurar posiblemente esa situación, ya que por esa causa y salvo una política de becas extensa, muchos alumnos no tendrían los medios económicos suficientes para afrontar sus estudios superiores en el caso de que se les traslade en gran parte el coste de los mismos. La proliferación de universidades privadas parece que va en esa línea, ya que el Estado cada vez restringe más el aumento de plazas universitarias, con lo que una gran parte de los alumnos debido a las dificultades de acceso académicas, optan si sus medios económicos se lo permiten por esta formación. Otro derecho que apunta a una gran asimetría va a ser el acceso a las pensiones, por las condiciones más duras que se van exigiendo para tener opción su cobro con el máximo de cotización.

²⁰ El ejemplo más claro va a ser la coexistencia de una bolsa importante de pensionistas con unas pensiones cuantiosas comparativamente con la mayoría de salarios medios que previsiblemente va a pagar el mercado, y por tanto con un esfuerzo fuerte de estos cotizantes para mantener la bolsa de pensiones. También estos cotizantes van a sufrir unas fuertes dificultades para el acceso a la pensión por el número de años mínimos exigidos de cotización que aumentarán con seguridad como anuncian los estudios econométricos. Ello, sin duda puede provocar tensiones importantes para el mantenimiento del poder adquisitivo del sistema de pensiones como mal menor. Ello solo se paliará con un fuerte crecimiento del empleo que reduzca drásticamente el paro, aumenten el número de cotizantes y precisamente el menor número de parados, tirara hacia arriba de los salarios, por tanto de su cotización y ello no parece cercano.

II CAMBIOS PRODUCIDOS EN EL DERECHO A LA SALUD DURANTE LA CRISIS

La salud y su posible pérdida a la que toda persona circunstancialmente siempre está expuesta, sigue siendo sin duda uno de los cuatro pilares básicos sobre los que se asienta la concepción de los Estados de bienestar²¹. Por ello el Derecho a la salud²² es uno de los Derechos más apreciados por la ciudadanía de los que componen el andamiaje del Estado Social, por su importancia en la vida de cada ciudadano en diversas etapas de su vida. Ciertamente en estos años de crisis profunda ha sufrido retrocesos más producto de una ralentización en su inversión financiera que en cuanto a sus principios básicos, ya que el esquema general de atención primaria y hospitalaria se mantiene, pero la ciudadanía ha entendido que en asuntos de salud no podían realizarse determinados ajustes y solo con criterios economicistas. Así lo ha percibido la ciudadanía claramente y ello ha dado lugar a protestas y discusiones en distintos foros sociales, ciudadanos y políticos²³.

²¹ Se han venido considerando tradicionalmente cuatro pilares básicos que sustentan el Estado de Bienestar europeo, Pensiones, Desempleo, Derecho a la salud y Educación. Sin duda hoy, la dependencia, es el quinto elemento indiscutible a considerar como perteneciente al núcleo duro de los derechos sociales. De hecho cuando Lord Beveridge redactó su informe « *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services* » –Informe al Parlamento acerca de la seguridad social y de las prestaciones que de ella se derivan– que se publicó en 1942, ya señalaba que los ciudadanos en edad laboral deberían pagar una serie de tasas sociales semanales para poder establecer una serie de prestaciones en caso de enfermedad, desempleo y jubilación, entre otras. No era casualidad que en aquel momento, el problema social más importante que se daba para los trabajadores era la posibilidad cierta de caer enfermos sin tener cubiertas sus necesidades, por ello Beveridge ya opinaba que ese sistema permitiría asegurar un nivel de vida mínimo por debajo del cual nadie debe caer. Para convencer a los conservadores escépticos, Beveridge explicaba que la asunción por parte del estado de los gastos de enfermedad y de las pensiones de jubilación permitiría a la industria nacional beneficiarse del aumento de la productividad, y como consecuencia, de la competitividad. Hoy, casi setenta años después, puede considerarse que la clarividencia de Lord Beveridge se ha mantenido.

²² Sobre el concepto del derecho a la salud, véase MARCOS DEL CANO, A. M.-PINTO PALACIOS, F., «El derecho a la salud y su universalidad en el contexto del derecho español», en SANZ BURGOS, R. (Coord.), *Retos a la eficacia de los Derechos Humanos en España y en la Unión Europea*, Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, 2016, págs. 125-152. Sobre la relación entre derecho y salud, véase MARCOS DEL CANO, A. M., «Ética, derecho y salud», en A.R. MARTÍN MINGUIJÓN-R. MORÁN MARTIN (Coords.), *Seguridad, extranjería y otros estudios histórico-jurídicos*, Iustel, 2015, págs. 777-792.

²³ No puede dejar de recordarse las continuas movilizaciones que se han realizado fundamentalmente por los profesionales de la medicina pública advirtiendo contra los recortes y la ralentización en las inversiones. Han sido las denominadas «mareas blancas» que tomaron su nombre de las batas utilizadas por los profesionales de la

A pesar del paso del tiempo y el avance considerable que han ido teniendo las distintas teorías que pretenden modificar el Estado del Bienestar y, en particular, las prestaciones que configuran el Derecho a la Salud desarrolladas desde el sector privado, puede observarse que en la mayoría de los Estados europeos su sistema de provisión de la salud se ha mantenido como público en su gran mayoría. Ello sin duda se ha debido a las preferencias igualitarias y universalistas de las sociedades y, también, a los propios fallos que se han venido observando de los mercados privados en el ámbito de la salud, donde la provisión queda amparada hasta ciertos límites²⁴.

La universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios en la mayor parte de los países de Europa, como principios que se han mantenido constantes durante los duros años de la crisis, han propiciado que la sostenibilidad del sistema se acercara a límites peligrosos, ya que además de al propio envejecimiento de la población, se sumó la propia actividad negligente de algunos ciudadanos, haciendo uso indebido del sistema abusando enormemente de las prestaciones y, en particular, de las medicinas, haciendo que el coste de mantenimiento del sistema no tuviera el control adecuado. Debido a ello, las críticas arreciaron fuertemente incluso desde sectores proclives al Estado de Bienestar, ya que venía ya observándose que el sistema podría descarrilar si no se ponían límites principalmente a los abusos.

Así, se criticaba que el sistema de salud tenía pocos incentivos para mejorar notablemente el rendimiento de sus prestaciones, mejorar la eficacia de su gestión, mantener su calidad de funcionamiento y mejorarla paulatinamente avanzando notablemente hacia la consecución de cumplir las expectativas de atención y servicio que demandaban los pacientes. Es decir problemas que tenían su origen en un sistema algo anquilosado y que tenía sus premisas organizativas estructuradas desde sus primeras épocas de los años setenta y ochenta y claramente era hora de poner al día los criterios organizativos.

También se señalaba que era un sistema muy poco reactivo a la previsión de enfermedades, es decir escasamente preventivo, mientras que se comprobaba que era tremendamente rápido y hasta eficaz en el tratamiento de la enfermedad una vez se había producido y diagnosticado, a pesar de algunos enormes retrasos que era necesario co-

medicina. Las protestas y movilizaciones han sido muy transversales y no puede decirse que hayan obedecido simplemente a influencias ideológicas únicamente.

²⁴ GARCÍA GÓNI, M.; GARCÍA-PRADO, A., en «Nuevos riesgos, Estado dinamizador y nuevas políticas de salud en Europa», MULAS- GRANADOS, C. (coord.), *El Estado dinamizador. Nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, Madrid, Editorial Complutense, 2010, pág. 143.

regir. Es decir, los diagnósticos sobre los problemas ya evidentes del sistema se estaban realizando adecuadamente, a ello se dedicaron tanto los diversos análisis doctrinales como los expertos sanitarios aprovechando sin duda las necesidades de ahorro y mejora de gestión que se entendían como imprescindibles como consecuencia de los difíciles años de la crisis durante la primera década del siglo XXI²⁵.

A los anteriores problemas observados hubo que añadir los que acertadamente habían señalado Liddle y Latham²⁶, entre otros estudiosos de los problemas del Derecho a la salud y los derechos sociales. Señalaron cinco grandes tendencias que estaban afectando ya los derechos sociales y particularmente el Derecho a la Salud. Mencionaron: el cambio no concluso hacia una economía del conocimiento y servicios, el avance imparable hacia la igualdad de género, el aumento de la esperanza de vida y el «envejecimiento» de las sociedades, el cambio de valores en las personas y la globalización y el cambio climático.

Centraron sus análisis desde los aspectos socioeconómicos, encontrando en todas las anteriores tendencias unos factores comunes que concluían que Europa se estaba enfrentando a un cambio de tendencia que haría muy complejo el mantener el Derecho a la Salud tal como se concebía actualmente y que claramente los ciudadanos pretendían que siguiera dando las prestaciones de manera universal y gratuita. Así prevenían de las dificultades de mantener el pleno empleo, y por tanto las cotizaciones sociales imprescindibles para financiar el sistema, ya que se precisaban cada vez más empleos más relacionados con la información y el conocimiento que con empleos tradicionales.

A ello habría que añadir dos tendencias que están influyendo notablemente en la natalidad: la igualdad de género y el cambio de valores sociales y religiosos que se ha venido dando. Así por esos cambios conceptuales en el papel de la mujer en la sociedad actual, está consiguiendo su verdadera emancipación, pasando la maternidad no a ser una obligación a la que se veía abocada la mujer, sino una deci-

²⁵ *Ibidem*, págs. 143-144

²⁶ Simon Latham cuando realizó su trabajo conjuntamente con Roger Liddle, era responsable de la dirección estratégica de los fondos combinados del Reino Unido, gerente de Fondo de Lionbrook y asesor estratégico de Skandia Vida. Roger Liddle era vicepresidente de Policy Network y presidente de Cumbria Visión, que es una asociación público-privada para la promoción de una estrategia de desarrollo para la subregión de Cumbria, además de *Visiting Fellow* del Instituto europeo de la London School of Economics, siendo hasta 2007 asesor de política económica del Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso.

sión plenamente compartida. Ello se ha demostrado que ha atrasado la maternidad y, por tanto, el número de hijos. Este factor es similar en consecuencias al anterior; sin un número adecuado de cotizantes el sistema es insostenible. Otros factores enumerados son los que eran ya más conocidos como el envejecimiento de la población, que generaba por una parte más perceptores del Sistema de Salud y paradójicamente menos cotizantes una vez se alcanzaba la edad de jubilación²⁷.

Durante los años primeros de la crisis se fue profundizando en los principios generales del sistema de Salud: sostenibilidad, eficiencia e igualdad, teniendo en cuenta especialmente en España la responsabilidad de los profesionales en el control de gasto público referido a la salud, en la que no tienen responsabilidad sobre ese gasto, lo que indudablemente tiraba de él hacia arriba. Se fueron corrigiendo determinados aspectos como el control de recetas a expedir por los facultativos y que les permitía a ellos mismos conocer cuál era el tiempo de repetición real de la petición de medicamentos por parte de los enfermos crónicos y de atención continuada. Ese hito que parecía simple, tuvo un importante éxito en la corrección del gasto sanitario en medicamentos²⁸.

Se fueron desarrollando paulatinamente distintas reformas, principalmente las dirigidas a descentralizar las distintas competencias de las administraciones y la mejora, por tanto, de la financiación de los servicios de asistencia sanitaria. Esos aspectos fueron de los primeros sobre los que se fue trabajando desde que en el año 2002 las distintas Comunidades Autónomas adquirieron la plena competencia en el ámbito de la salud. Si desde los primeros años de plena competencia ya se observaba que se precisaba una mejor adaptación a las demandas asistenciales de las poblaciones en cada región, el paso del tiempo y la gestión realizada en este ámbito ha dado sus frutos, obteniendo unas

²⁷ LATHAM, L.; LIDDLE, R., en «Los nuevos riesgos sociales a los que se enfrenta las sociedades europeas», MULAS-GRANADOS, C. (coord.), *El Estado dinamizador. Nuevas políticas y la reforma del Estado de Bienestar en Europa*, Madrid, Editorial Complutense, 2010, págs. 38-45.

²⁸ El Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación recogió todas las modificaciones que tuvieron lugar dentro de las recetas médicas y su control, por el propio facultativo y la administración. Así en su art. 3.2.d, señala: d) Otros datos: 1. ° La fecha de prescripción (día, mes, año): fecha del día en el que se cumplimenta la receta. 2. ° La fecha prevista de dispensación (día, mes, año): fecha a partir de la cual corresponde dispensar la receta, en el caso de dispensaciones sucesivas de tratamientos crónicos o medicamentos de dispensación renovable. 3. ° N. ° de orden: número que indica el orden de dispensación de la receta, en el caso de dispensaciones sucesivas de tratamientos crónicos o medicamentos de dispensación renovable.

instalaciones asistenciales descentralizadas prácticamente en cada región del país. Ello ha supuesto, aun en épocas de crisis fuertes inversiones en capital para lograr estos objetivos²⁹.

Sin embargo no se acababa de lograr la uniformidad entre los distintos sistemas de salud de cada Comunidad Autónoma, aunque realmente no se puso en peligro la uniformidad del sistema, ya que la rapidez de la información evitaba que alguna región planteara presentar datos diferenciales de asistencia respecto de otras, lo cual contribuía a homogeneizar en gran medida los estándares de asistencia, con gran esfuerzo para estar en los niveles medios por parte de las Comunidades Autónomas con peores índices de asistencia.

Sí se vino observando que la uniformidad fue mucho mayor en los denominados *procedimientos simples de salud*, aquí la información científica jugó un papel determinante, y la rapidez en la adopción de procedimientos fue asimilada más rápidamente. Sin embargo, en los llamados *procedimientos complejos* se observó que era mucho más determinante la innovación tecnológica y la inversión de capital en tecnología asistencial y de investigación, por lo que su tiempo de consecución adecuada a los estándares medios, hacía que no fuera todo lo rápida la uniformidad que se deseaba³⁰.

Fue una etapa de profusión de la cirugía ambulatoria, aunque ya se había ido implementando desde los años noventa. Pero fue la crisis la que impulsó definitivamente este sistema de atención, todo ello facilitado en gran medida por la mencionada generalización de las técnicas médicas ayudada por la facilidad de comunicación de los avances de tratamientos clínicos. La cirugía ambulatoria en múltiples procesos relacionados con la edad fue extendiéndose con gran intensidad, lo que procuró una mejor atención de esos niveles de población, aunque ciertamente intensificó el gasto, pero el ahorro debido a que se evitaba en gran medida la estancia hospitalaria arrojaba desde luego resultados enormemente positivos.

Ha sido una etapa de cambios demográficos importantes, ya que la presión de la inmigración ya venía dándose desde etapas anteriores a la crisis, ello ha contribuido notablemente a que el sistema haya tenido que afrontar precisamente la atención a un número de personas prácticamente sin medios. Tras 2008 y la caída en picado de la economía, con las consecuencias ya analizadas de la crisis y las dificultades financieras añadidas, se ha incrementado una fuerte presión

²⁹ GARCÍA GOÑÍ, M.; GARCÍA-PRADO, A., en «Hacia una política sanitaria.....», op. cit., pág. 168.

³⁰ *Ibidem*, págs. 169 y ss.

económica sobre el sistema de la que aún no se ha salido en esta etapa que parece ya del final de la crisis, o al menos etapa en que su virulencia empieza a decaer notablemente de acuerdo a los índices económicos que empiezan a dar los resultados macroeconómicos.

III. SITUACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL FIN DE LA CRISIS

Lo que es una evidencia es que los recortes presupuestarios llegaron con fuerza a las distintas administraciones para la financiación de los costes relacionados con el Derecho a la salud. Así lo evidencia la estadística de gasto sanitario público que edita el Ministerio de Sanidad y consumo en su edición de 2015, donde ya se publica el gasto consolidado hasta 2013 en cuanto a gasto sanitario³¹.

*Tabla 1. Gasto sanitario público consolidado.
Millones de euros, porcentaje sobre PIB y euros por habitante.
España, 2009-2013*

	2009	2010	2011	2012	2013
Millones de euros.	70.579	69.417	68.050	64.153	61.710
Porcentaje sobre PIB.	6,5 %	6,4 %	6,3 %	6,1 %	5,9 %
Euros por habitante.	1.510	1.475	1.442	1.357	1.309

Se percibe con los datos que indica la tabla resumen una sustancial disminución de la inversión de las distintas administraciones, ya que se percibe que desde 2009, ha variado sensiblemente el porcentaje sobre el PIB (producto interior bruto) que se ha destinado a la inversión en Sanidad. Así puede deducirse que entre 2009 y 2013, ese porcentaje ha disminuido en un -0,6 %, pasando de una inversión del 6,5 % sobre el PIB en 2009, a un 5,9 % en 2013. Es un diferencial neto de -9.049 millones de euros de diferencia en cinco años. Pero a su vez como el PIB, ha sido menor en 2013, que en 2009 (1,008 billones de euros en 2009, mientras en 2013 fue de 1,049 billones de euros) ese porcentaje se ve aún rebajado, ya que se si se hubiera mantenido simplemente el PIB de 2009 en 2013, ese porcentaje del 5,9%

³¹ LILLO FERNÁNDEZ DE CUEVAS, J. M.; RODRIGUEZ DE BLAS, M. C., *Estadística de gasto sanitario público*, Madrid, Secretaria General de Sanidad y Consumo. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Edición consolidada de 2015, pág. 2

sobre el PIB de inversión en financiación en Sanidad hubiera arrojado un importe de inversión en Sanidad de 64.227 millones de euros, es decir 4.000 millones de euros más.

De acuerdo a estas cifras macroeconómicas, es destacable una primera conclusión, sin crecimientos económicos continuados del PIB, es decir que exista un crecimiento real de la economía productiva, es muy difícil no ya mantener los niveles necesarios adecuados para un funcionamiento normal del sistema sanitario, sino que por el contrario entra en ciclos depresivos que obliga a tomar medidas drásticas para tratar de mantener unos mínimos asistenciales aceptables. Todo ello, contrae disfunciones del sistema y retrasos en la atención a los pacientes, ya que estos no disminuyen en los porcentajes similares a los de la inversión, sino que por el contrario como es natural van en aumento por el avance de la medicina preventiva a pesar de las dificultades con las que tienen que trabajar los profesionales. En términos porcentuales los 9.049 millones de disminución respecto del año 2009, representan un 14 % de la inversión realizada en 2013. La tasa anual media del quinquenio 2009-2013 en cuanto a inversión pública en gasto sanitario ha sido de un -3,3 %, mientras que la tasa anual de variación del PIB en el mismo quinquenio ha sido de un -0,7 %. Por tanto, la regresión de la inversión financiera ha sido enorme en términos comparativos.

El propio estudio facilita de modo desglosado las partidas de gasto en el mismo periodo quinquenal 2009-2013. Así, puede comprobarse que las retribuciones de personal son el mayor porcentaje de gasto, pero su disminución es del 12,9 % comparativamente entre el año 2009 y el año 2013, que no queda justificado por la congelación salarial de los sueldos de los funcionarios pertenecientes a la Sanidad, sino más bien a una disminución de personal, en la que no se han cubierto las bajas naturales por edad de jubilación³².

Tabla 2. Gasto sanitario público consolidado según clasificación económica. Millones de euros. España, 2009-2013

	2009	2010	2011	2012	2013
Remuneración de personal.	31.341	30.944	30.364	27.984	27.778
Consumo intermedio.	14.817	14.226	15.257	16.035	14.506
Consumo de capital fijo.	274	284	307	294	284

³² *Ibidem*, pág. 3.

	2009	2010	2011	2012	2013
Conciertos.	7.458	7.547	7.541	7.399	7.173
Transferencias corrientes.	14.133	14.211	13.081	11.369	11.119
Gasto de capital.	2.556	2.205	1.500	1.072	850

También el estudio referido facilita el gasto durante ese mismo periodo quinquenal 2009-2013 de acuerdo a la clasificación funcional de los servicios. Se percibe que el gran gasto proviene de los servicios hospitalarios, la atención primaria y el gasto farmacéutico que supera en coste al propio de atención primaria. Es decir se gasta más en medicamentos, que en toda la atención primaria del Estado³³. Puede concluirse desde los aspectos del gasto público en Sanidad que se está en términos de inversión en cifras de los primeros años de la crisis, de acuerdo a los datos actuales consolidados en el informe que está puesto al día en su versión 2015. Ello viene a significar que los servicios se han degradado, ya que el propio progreso científico en términos de tratamientos, debería haberse acompañado de un mayor aporte de medios financieros para que no hubiera existido un desfase financiero que haya impedido ese proceso adecuadamente. Sin lugar a dudas y con las cifras conocidas, no ha sido posible³⁴.

³³ *Ibidem*, pág. 5. Todo ello a pesar de los enormes esfuerzos realizados por centralizar la negociación con las farmacéuticas en la compra de medicamentos por parte de las diferentes administraciones y la adopción de decisiones de receta de medicamentos genéricos cuyos principios activos estén garantizados para los diferentes tratamientos.

³⁴ Es conveniente en la actualidad al realizar cualquier análisis de la situación de desarrollo de los Derechos sociales, y en particular de cualesquiera de los que se analice en detalle cómo sería en este caso el Derecho a la Salud, el tener en cuenta aun mínimamente los datos económicos principales, aunque el análisis se realice como es el caso desde la filosofía jurídica. La razón principal es que puede entenderse con mejor detalle cuando se habla de derechos, que para su realización los medios financieros que pueden desarrollarlos por estar disponibles desde las diferentes administraciones públicas son imprescindibles. Ello pone de relieve el carácter transversal de la disciplina y el papel que debe desempeñar como conocimiento e instrumento de análisis de la realidad jurídica que debe cada vez más complementarse con datos de disciplinas complementarias al Derecho, como son la economía, la sociología, la historia y en general las ciencias sociales. Sin esa dimensión, hoy la filosofía jurídica quizá no cumpla su verdadero nivel de desarrollo exigible a una disciplina que debe constituirse cada vez más en una reflexión amplia sobre el hecho jurídico y principalmente de los Derechos fundamentales y los Derechos económicos, sociales y culturales.

Tabla 3. Gasto sanitario público consolidado según clasificación funcional. Millones de euros. España, 2009-2013

	2009	2010	2011	2012	2013
Servicios hospitalarios y especializados.	39.251	38.908	39.803	38.914	37.418
Servicios primarios de salud.	10.775	10.610	10.182	9.497	9.134
Servicios de salud pública.	1.158	761	750	699	667
Servicios colectivos de salud.	2.074	2.058	2.088	2.014	2.027
Farmacia.	13.415	13.407	12.334	10.708	10.481
Traslado, prótesis y aparatos terapéuticos.	1.351	1.467	1.393	1.248	1.133
Gasto de capital.	2.556	2.205	1.500	1.072	850
Total Consolidado.	70.579	69.417	68.050	64.153	61.710

IV. TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE LOS ASPECTOS SOCIO-ECONÓMICOS

La crisis ha demostrado que el realizar análisis prospectivos sobre cuestiones de evolución de Derechos Sociales contrae un cierto grado de riesgo, ya que la realidad a veces es mucho más compleja y difícil de lo que en ocasiones puede preverse, como se ha demostrado en estos años pasados, donde parecía a veces que lo peor aún no había llegado como posteriormente se comprobada. Así se ha podido apreciar en un sinfín de análisis y estudios realizados con la mejor de las intenciones y por reputadas personalidades, pero que quedaban desfasados por las circunstancias que sobrevenían casi de inmediato. Pero no puede obviarse en un trabajo científico sobre Derechos sociales, ese análisis prospectivo. Podría incluso decirse que es obligado realizarlo cuando se estudia la situación y la posible evolución de determinados derechos que tienen influencia directa en la vida de las personas, y ese es precisamente uno de los rasgos característicos de los Derechos sociales, su transversalidad y práctica universalidad para los ciudadanos. Sin ese esfuerzo de al menos pensar sobre la futura evolución de los Derechos Sociales, y más en un derecho de suma importancia como es el Derecho a la Salud, cualquier estudio quedaría en la parte pétrea y estática del pasado, que siendo importante y fundamental para comprender lo ocurrido, debe además servir y utilizarse para corregir posibles errores pasados.

Sin embargo, esos riesgos pueden minimizarse en gran medida, si se parte de posiciones realistas que tengan en cuenta no sólo lo que sería deseable en cuanto a la evolución de los Derechos Sociales, sino lo que va a ser posible realmente realizar partiendo de las situaciones en que estos se encuentran y el probable entorno socio-político en que vayan a desenvolverse con cierta seguridad. Nuevamente, aparece la sempiterna realidad económica como fiel acompañante de los Derechos Sociales si estos se analizan desde la realidad social y económica existente y no solo desde los aspectos de lo que debería ser, siendo importante desde luego este último aspecto para la realización de propuestas de mejora de esos derechos. Pero para ello, no deben olvidarse las realidades en que se desarrollaran estos derechos desde premisas realistas.

Existen datos recientes sobre qué opina la población de cómo debería ser la cobertura del Derecho a la Salud, qué nivel de amplitud debe tener en cuanto a si debe ser universal y si debe ser, por tanto, un derecho prioritario que el Estado debe mantener, mejorar y procurar su realización. Así, los datos que arroja el estudio señalan que los ciudadanos españoles en un porcentaje del 86 % consideran que la atención sanitaria, debe ser universal para todos los ciudadanos, frente a la media europea que indica que solo el 65 % de los ciudadanos europeos consideran que la atención sanitaria debe ser universal y dependiente del Estado. Sobre la cuestión de la amplitud de la seguridad social, en la que se incluye el Derecho a la Salud, y su relación con una posible subida de impuestos para que pudiera ser ampliada y mantenida desde sus niveles actuales, España indicaba que en un porcentaje de un 80,5% los encuestados aceptaban que para obtener esa cobertura se pagasen más impuestos, mientras en países como Reino Unido o Alemania se dieron porcentajes del 53 % y del 69 % respectivamente. Solo países como Suecia y Dinamarca con un nivel asistencial de alta cobertura y que se han demostrado eficaces en la gestión de los Derechos relacionados con la Salud, obtuvieron mayores porcentajes, un 88,45 y un 87 % respectivamente³⁵.

Desde este punto de partida básico como es el conocer las preferencias ciudadanas, pueden ya establecerse algunas posibles conclusiones sobre el futuro del sistema sanitario español y el Derecho a la Salud. Ya que además de los datos empíricos conocidos, es fundamental estimar qué idea del Derecho a la Salud tienen realmente los

³⁵ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES Y OPINIÓN PÚBLICA DE LA FUNDACIÓN BBVA., *Estudio Internacional de la Fundación BBVA: Values and Worldviews. Valores político-económicos y la crisis económica*, BILBAO, FUNDACIÓN BBVA, 2013, págs. 1-49.

ciudadanos, ya que finalmente serán ellos quienes sancionen determinadas políticas como válidas.

Existen desde luego unas evidencias que se han comprendido mejor en estos pasados años de dificultades. Así desde la sostenibilidad financiera del sistema que pueda mantener el Derecho a la Salud en términos aceptables, frente a los nuevos escenarios probables con las extrapolaciones socioeconómicas actuales, parece que es inevitable volver a pensar su funcionamiento. Como premisas básicas serían necesarias entre otras: rediseñar el sistema para que pudiera hacer frente a los nuevos retos que se presentan como son los epidemiológicos, demográficos y asistenciales; aceptar un nuevo binomio negociado que combine adecuadamente las responsabilidades públicas y las privadas en el Derecho a la Salud, ya que posiblemente no será viable un sistema exclusivamente en todos sus aspectos público, a pesar de que los ciudadanos parece que aceptarían de buen grado una subida de impuestos para su mantenimiento.

Pero una cosa son los estudios y análisis en las encuestas que son siempre muy orientativos y aleccionadores, y otra la realidad de la implementación de unos fuertes impuestos para que todo el sistema siga siendo público. En este asunto, habría por tanto que aceptar que determinados servicios puedan ser externalizados y no por ello perder calidad asistencial. Ese precisamente será uno de los retos que el futuro deben dilucidarse: qué nivel asistencial se desea, su coste y si una vez conocido éste la sociedad acepta de buen grado su implementación.

Por último, como tercera premisa estaría un eficaz control del gasto público en Sanidad por la vía de la gestión que mejore y facilite la contención del déficit público que a buen seguro va a persistir por varios años salvo que la situación económica mejore notablemente en el empleo y por tanto el número de cotizantes y su contribución pueda aumentar³⁶.

Un punto de partida necesario es analizar si realmente la sanidad pública está infrafinanciada, de tal modo que lo que hubiera acontecido con la fuerte crisis económica es que tan solo se hubiera agravado la situación existente. No parece ser el caso de España, a pesar de que en los años de la crisis el porcentaje de PIB destinado a Sanidad haya bajado. Es decir, aún a pesar de los datos económicos ya analizados anteriormente y que son indiscutibles, comparativamente con países de nuestro entorno dentro de la UE con estructuras demográfi-

³⁶ LÓPEZ CASASNOVAS, G., *El bienestar desigual. Qué queda ...*, cit., pág. 194.

cas similares los porcentajes de presión fiscal para la financiación de la Sanidad son homólogos a países similares al nuestro en que existen servicios nacionales de salud, que son esencialmente distintos a sistemas de aseguramiento social como los existentes en Alemania, Francia, Holanda, Austria o Bélgica. Se comprueba que *no hay un bajo gasto sanitario público*, al que se aduce habitualmente para seguir gastando a veces sin un control real del gasto³⁷.

Una primera conclusión sería que si se mantiene el actual nivel de gasto en términos porcentuales de PIB, mejorado por el aumento del PIB que irá creciendo con la paulatina salida de la crisis, puede considerarse que se mantendrán los niveles asistenciales actuales. Pero sería necesario atender a las nuevas inversiones necesarias para incorporar nuevos edificios de nueva planta necesarios para mejorar la asistencia, la adquisición y renovación de los instrumentos y equipos necesarios para seguir manteniendo el nivel técnico-científico de los tratamientos, así como mantener el nivel de formación continuada de los equipos humanos.

Aquí posiblemente tenga cabida, dado el nivel de impuestos que aceptarían pagar los ciudadanos encuestados para mejorar el sistema, el ir introduciendo una financiación social complementaria a la habitual impositiva, por la vía de pagos no impositivos, como serían tasas, copagos y precios públicos de atención para servicios privados asistenciales. Dicho de otro modo, la ciudadanía deberá aceptar que para no anclarse en unos determinados servicios abandonando otras posibilidades asistenciales, habría que tomar decisiones respecto de la financiación del sistema. Es decir si se anclara la financiación impositiva, se abriría el análisis comparativo en términos de beneficios-costes de las situaciones existentes, resultando que las efectividades relativas de los nuevos elementos asistenciales determinarían que se financiasen vía copago no impositivo las de menor rendimiento. Si por el contrario se anclara el gasto se abrirían las tensiones en los catálogos asistenciales, desinvirtiendo en lo que realmente no tiene eficacia probada o que su coste social sea no permisible.

Por tanto y desde la actual perspectiva financiera probable las decisiones deberán basarse en limitar el catálogo de elementos asistenciales o, por el contrario, complementar los servicios existentes con otros financiados por la vía de los copagos³⁸. Pero para que ello sea efectivo, se adopte cualquiera de los dos sistemas enunciados, anclar el gasto en un determinado nivel o incrementar su financiación por la

³⁷ *Ibidem*, pág. 195.

³⁸ *Ibidem*, págs. 195-196.

vía de copagos, es imprescindible una mejora en la planificación, que sea transparente, evite las duplicidades y ordene la provisión frente a la baja productividad asistencial, el absentismo profesional o el relajamiento de eficiencia por influencia del gestor político determinado. Si bien es cierto que no todos estos problemas se dan simultáneamente, sí está comprobado que son los principales con los que se encuentra la gestión de la Sanidad Pública³⁹.

Bien podría concluirse desde la influencia que van a tener los aspectos socio-económicos en el Derecho a la Salud en dos aseveraciones que resumen de modo indiscutible, las dos tendencias que se seguirán, la primera, el análisis continuo de los costes que pueden asumirse dentro del Derecho a la Salud y por tanto qué prestaciones podrán mantenerse, la segunda, la ineludible tendencia a que el sistema de salud vaya hacia un sistema mixto donde el sector privado tenga un importante papel, aunque supeditado fuertemente a la supervisión pública del Estado. Respecto al primer punto, el profesor López Casasnovas señala: «Si hay que decidir, la única información relevante que debemos considerar es la que tiene que ver con costes y beneficios eludibles; los ineludibles, los que se tendrán tanto si se decide en un sentido o en otro, es mejor ignorarlos, sustrayéndolos del debate en ese punto para no causar incertidumbres y parálisis»⁴⁰. En relación al segundo aspecto es aleccionadora la tesis de Moreno Fuentes: «El objetivo principal de los sistemas sanitarios públicos ha de ser el de continuar funcionando como garante de la protección sanitaria universal y como instrumento de cohesión social y territorial. Las lógicas de mercado pueden contribuir a introducir mayor eficiencia en la gestión de los recursos sanitarios, pero siempre desde una perspectiva de complementariedad a los sistemas públicos, circunscritos al ámbito de la provisión de servicios sanitarios (y no de la financiación) y bajo una estricta regulación y supervisión pública»⁴¹.

V. TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE LOS ASPECTOS JURÍDICO-POLÍTICOS

Tras las dificultades de los pasados años comenzó a abrirse paso una corriente de opinión que tenía como objetivo la discusión sobre

³⁹ *Ibidem*, pág. 52.

⁴⁰ LÓPEZ CASASNOVAS, G., *El bienestar desigual. Qué queda*, cit., págs. 338.

⁴¹ MORENO FUENTES, F. J., en «Políticas sanitarias en perspectiva comparada. Descentralización, mercados, y nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario», DEL PINO, E.; RUBIO LARA, M.^a J.^a, (Editoras), *Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, Madrid, Tecnos, 2013, págs.. 187.

la propia naturaleza jurídica del Derecho a la Salud⁴². Aunque ciertamente no se centraba el debate estrictamente en esos términos teóricos, la realidad era que el fondo de lo que se discutía era concretamente esa cuestión. Se esgrimía que el Derecho a la Salud debería blindarse mediante leyes que aseguren su futuro, y en algunos casos incluso se habría comentado la necesidad de integrar el Derecho a la Salud, tras una hipotética reforma de la Constitución Española de 1978, dentro de los Derechos Fundamentales que la norma contempla⁴³.

El debate no era nuevo, ya habían aparecido trabajos doctrinales sobre los derechos sociales y su exigencia jurídica a los Estados y a las administraciones⁴⁴. La mayoría de los análisis científicos analiza-

⁴² Véase MARCOS DEL CANO-PINTO PALACIOS, «El derecho a la salud...», cit., págs. 125 ss.

⁴³ A modo de ejemplo las declaraciones de Susana Díaz, presidenta de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en noticia fechada el 19-3-2015, en la propia página web del Psoe de Andalucía, <http://www.psoeandalucia.com/vamos-a-blindar-el-derecho-a-la-salud-de-las-personas-con-una-ley-que-garantice-la-sostenibilidad-publica-del-sistema-sanitario-andaluz/>; indica: «Vamos a blindar el derecho a la salud de las personas con una ley que garantice la sostenibilidad pública del sistema sanitario andaluz». Por otra parte son múltiples las noticias continuas de responsables políticos de diverso nivel que hacen referencia continua al «blindaje» constitucional de los Derechos Sociales. Dentro de los nuevos partidos políticos emergentes Podemos y Ciudadanos, la discusión sobre el blindaje de los Derechos Sociales ocupa buena parte de sus agendas dentro del área social. Podría decirse que esta cuestión comienza realmente a abrirse camino dentro de la propia ciudadanía, ya que las experiencias pasadas de dificultades ha hecho que la reflexión sobre hasta dónde deben asegurarse por ley los Derechos Sociales esté ya presente de modo inequívoco.

⁴⁴ A modo de ejemplo sobre los trabajos doctrinales que han analizado los aspectos jurídicos de los Derechos Sociales, su exigencia jurídica y su posible extensión y ampliación, pueden consultarse sin ánimo exhaustivo: ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, 2ª edición; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., «Los Derechos Sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en JIMENA QUESADA, L., (coord.) *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2004; ALEXU, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, 2ª ed; CARBONELL, M., «La garantía de los derechos sociales» en CARBONELL, M.; SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005; DE CASTRO, B., «Derechos sociales y Globalización» en DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *Dimensiones jurídicas de la Globalización*, Madrid, Dykinson, 2007; DE LUCAS, J., «Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes», en ANÓN, M. J., (ed.) *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanc, 2003; PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Editorial Trotta, 2007; ZAPATEIRO, V; GARRIDO, M.ª I., *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2009. Son interesantes los argumentos filosófico-jurídicos que desde la corriente del neoconstitucionalismo se han realizado para tratar de realizar una interpretación abierta de la Constitución que permitiera reconocer que determinados derechos no pueden quedar expuestos a las diversas interpretaciones ideológi-

ban la posibilidad de que los Derechos Sociales que con frecuencia aparecen en las Constituciones insuficientemente desarrollados, que no se incluyen como Derechos Fundamentales sino como principios rectores como el caso de la Constitución española, tengan una vía para exigirlos al Estado dentro de los principios del Estado Social de Derecho⁴⁵.

Realmente la discusión no es otra que un viejo debate teórico sobre el grado de exigibilidad que pueden tener los derechos no incluidos como Derechos Fundamentales amparados por el recurso de amparo (art. 53.2 CE) y los que se contemplan en el capítulo III, principios rectores. En este sentido la Constitución es clara, así en su artículo 53.3 sobre los principios rectores del ordenamiento expresamente señala que «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan». Es decir, los principios rectores no están protegidos por apelación directa a la Constitución y a la protección que tendrían los Derechos Fundamentales de la sección primera del Capítulo II con los efectos de preferencia y sumariedad que deben tenerse en cuenta.

Esa es la verdadera cuestión que se discute, si el Derecho a la Salud debería comenzar a contemplarse como un Derecho Fundamental o por el contrario mantenerse como un principio rector del ordenamiento aunque se refuerce el derecho en la legislación complementaria de desarrollo mediante mecanismos jurídicos que contemplen una

cas y políticas y al azar de las circunstancias socio-económicas (Ferrajoli, Prieto Sanchis, Carbonell).

⁴⁵ El derecho a la Salud se encuentra recogido dentro de la Constitución en los arts. 43 y 50, que se encuentran dentro del Capítulo III, De los principios rectores de la política social y económica, del Título I, De los Derechos y Deberes Fundamentales. Igualmente la legislación de desarrollo del Derecho a la Salud se encuentra en la Ley 14/1986 General de Sanidad; Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y en la Ley 33/2011 de 4 de octubre General de Salud Pública. Puede observarse que la legislación es profusa además de las leyes sobre Sanidad de cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Véase sobre las transformaciones legislativas en relación con el derecho a la salud, SOLANES CORELLA, A., «La salud en España. Reformas en un contexto de crisis económica», en *Derechos y Libertades*, n. 31, 2014, págs. 127-162.

En este sentido Díez-Picazo señala que los derechos contenidos dentro de los principios rectores del ordenamiento constitucional tienen una faceta que les salva de ser simplemente promesas incumplidas a pesar de no ser directamente invocables, ya que encarnan valores o bienes jurídicos constitucionalmente dignos de protección y tienen una función primordial en la función judicial como es la de la ponderación (*Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas Ediciones, 2008, 3ª ed, págs. 66-67).

obligación taxativa para los poderes públicos. Optar por la segunda opción sería no salir realmente del actual *status quo* que indica la Constitución. Realmente se estaría ante la interpretación literal del art. 53.3 en su primera parte «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercer informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»⁴⁶.

Aunque parecieran novedosas algunas de las propuestas como las enunciadas por los diferentes agentes políticos y sociales de reformas legislativas para que el Derecho a la Salud esté asegurado, en tanto no se incluya dentro de los Derechos Fundamentales apelables directamente ante los tribunales, jurídicamente se está en un situación similar a la existente, ya que cualquier legislación es modificable por las mayorías parlamentarias, situación que es exactamente la actual.

Por otra parte, asegurar constitucionalmente el Derecho a la Salud dentro del campo de los Derechos Fundamentales directamente exigibles a los poderes públicos ante los tribunales con protección especial como el recurso de amparo, supondría una definición muy estricta sobre qué contempla el Derecho a la Salud, el modo de realizarlo y como se aseguraría su dotación financiera. Ello es de tal complejidad que sería difícil incluir todas esas circunstancias dentro de un texto constitucional. Lo que obligaría a una legislación de desarrollo que tuviera protección como ley orgánica (art. 81 CE), pero que siempre igualmente podría modificarse por mayoría absoluta del Congreso. Es decir, esa parece que sería la vía razonable para concretar y asegurar en mayor medida el contenido del Derecho a la Salud, más que una inclusión directa dentro del capítulo de Derechos Fundamentales de especial protección constitucional. Si bien es cierto que el propio Tribunal Constitucional ya ha considerado en algún pronunciamiento el derecho a la protección a la salud como el derecho a la vida, otorgándole así la misma protección jurisdiccional⁴⁷.

⁴⁶ En este sentido DíEZ-PICAZO señala que los derechos contenidos dentro de los principios rectores del ordenamiento constitucional tienen una faceta que les salva de ser simplemente promesas incumplidas a pesar de no ser directamente invocables, ya que encarnan valores o bienes jurídicos constitucionalmente dignos de protección y tienen una función primordial en la función judicial como es la de la ponderación (Sistema de Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas Ediciones, 2008, 3.^a ed, págs. 66-67).

⁴⁷ Véase ATC 239/2012, que levanta la suspensión que pesaba sobre el Decreto del País Vasco 114/2012, de 26 de junio que establecía la titularidad universal del derecho a la salud al extenderlo a las personas en caso de no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

VI. RETOS FUTUROS DEL DERECHO A LA SALUD

De acuerdo al contexto previsible en que los Derechos Sociales van a desarrollarse en un futuro próximo y especialmente el Derecho a la Salud, existen una serie de retos a los que éstos deberán hacer frente y que deben analizarse conjuntamente con las tendencias ya indicadas, ya que varias de las variables de desarrollo de este Derecho deberán contemplarse teniendo en cuenta estas realidades que con seguridad se darán durante un largo tiempo.

Principalmente el Derecho a la Salud deberá desarrollarse en un contexto social donde el *envejecimiento de la población* va a tener un papel fundamental. Igualmente el problema de la *inmigración irregular* no va a corregirse de inmediato, tampoco va a solucionarse de inmediato la problemática de los inmigrantes que decidan quedarse en España a pesar de que su situación socio-laboral sea difícil. Igualmente, no puede olvidarse el problema de las *nuevas generaciones* que no encuentran un empleo fijo o que sencillamente no lo encuentran, a los que habrá que dotarles de atención asistencial. También los *parados de larga duración* que no coticen a la Seguridad Social por imposibilidad ya de encontrar un trabajo por su edad o formación no es una cuestión cercana a resolverse con la que habrá que convivir en los próximos años.

La cuestión demográfica y los efectos en el envejecimiento de la pirámide de población lleva observándose desde hace años. Los efectos del envejecimiento se perciben en las políticas sociales principalmente en las pensiones y en el Derecho a la Salud. En el caso de la sanidad tiene una gran influencia sobre el gasto, ya que crecerá el número de personas a atender y que sin embargo a partir de una edad temprana ya no serían cotizantes, hoy el horizonte ya se sitúa en el entorno de los 67 años. Ello obliga a optar por dos políticas, mantener el equilibrio fiscal, con lo que se entraría en la opción alternativa sobre qué políticas públicas y prestaciones sanitarias mantener o bien optar por la financiación de la Sanidad manteniendo todas las prestaciones y su aumento mediante presión fiscal, lo que induciría a tener importantes consecuencias sobre el crecimiento y la inversión que podrían revertir negativamente precisamente en el mantenimiento del sistema de salud⁴⁸.

La longevidad no es un problema estrictamente, ya que mejora la esperanza de vida. Sin embargo tiene implicaciones sobre el Derecho a la Salud, así el aumento de las enfermedades crónicas es una conse-

⁴⁸ LÓPEZ CASASNOVAS, G., *El bienestar desigual. Qué queda*, cit., págs. 248.

cuencia de este progreso, pero ello conlleva un mayor gasto sanitario y asistencial⁴⁹. Es evidente que el número de pacientes con enfermedades crónicas y dolencias más graves propias de la edad que se producen debido al desarrollo de diversas patologías aumentará, ello conllevará asistencias hospitalarias continuadas o cíclicas. Esto ya hoy es una fuente de gasto continuo e importante y con plena seguridad va a irse incrementando. A todo ello ayuda la siempre deseable mejor información sobre la salud que la población tiene, ya que la demanda de asistencia preventiva en esas bolsas de población va a aumentar⁵⁰.

Respecto de la problemática de la inmigración irregular e incluso de los inmigrantes con situación regular pero con situaciones sociolaborales complejas debido al empleo precario, ya es una evidencia con la que habrá que convivir largo tiempo. Dada la situación actual de conflictos en Oriente Medio y la insuficiencia de las políticas de desarrollo de los países africanos, es dudoso que los movimientos migratorios no se sigan produciendo e incluso se acentúen coyunturalmente como está ocurriendo actualmente. A estas inmigraciones irregulares habría que añadir los inmigrantes que llegan de modo regular pero que la pérdida de trabajo les convierte en bastantes ocasiones en inmigrantes ilegales ya que pierden el empleo y por tanto el permiso de trabajo, pero deciden quedarse en España ante la perspectiva de un horizonte vital con esa situación que sigue siendo mejor que la que tendrían en sus países⁵¹.

En la última década se ha producido un aumento de la población inmigrante de tal modo que en la actualidad ya es del 10 % de

⁴⁹ A modo de ejemplos de enfermedades crónicas podrían citarse dolencias como el Parkinson, la Diabetes 2 adquirida, enfermedades coronarias, enfermedades reumáticas, además del Alzheimer que por su progreso negativo sobre la vida del enfermo se convierte de crónica en terminal. Todas estas dolencias incrementarán el gasto sanitario y tienen una relación directa con la demografía y el envejecimiento de la población. Sin duda la demanda de profesionales de la salud que traten dolencias crónicas va a incrementarse, así será cada vez más necesario que vayan incorporándose profesionales de la salud como fisioterapeutas en la atención ambulatoria, ya que serán sin duda tan necesarios como el médico asignado de cabecera o el diplomado de enfermería de atención primaria que cada enfermo tiene ya asignado. Esta asignatura pendiente, habrá que afrontarla en el medio-corto plazo si se quiere que el nivel asistencial español de atención primaria sea homologable al de los países europeos de nuestro entorno.

⁵⁰ GARCÍA GOÑI, M.; GARCÍA-PRADO, A., en «Nuevos riesgos, Estado dinamizador...», op. cit., págs. 165-166 y MORENO FUENTES, F. J., en «Políticas sanitarias en perspectiva comparada. Descentralización...», op. cit., págs. 177-17

⁵¹ Véase sobre la reforma del derecho a la protección a la salud en España respecto a los inmigrantes irregulares, MARCOS DEL CANO-PINTO PALACIOS, «El derecho a la salud...», cit., pags. 125 ss.

la población total. A esta población habría que añadir los llamados inmigrantes «ricos» del Norte de Europa, que viven en España tras su jubilación y que demandan servicios asistenciales, sin haber contribuido al sistema en origen, aunque en algún caso paguen algunos impuestos en España. Este es un problema ya evidente y que deberá resolverse con los países originarios de estos colectivos, para compensar esta atención, pero siendo una dificultad a resolver, no es comparable al problema de la inmigración con nulos recursos económicos⁵².

Desde la propia dignidad humana que consagra el ordenamiento español en el art 10.1 y a la remisión que realiza en el art. 10.2 sobre la interpretación que debe realizarse de los derechos fundamentales en concordancia con la Declaración de los Derechos humanos además de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Teniendo en cuenta que el Derecho a la Salud aún estando enclavado dentro de los principios rectores del ordenamiento y que estos se engloban dentro del título I De los Derechos y Deberes Fundamentales, debe concluirse que el Estado español queda obligado a contemplar que las personas que se encuentren en territorio nacional deben tener una asistencia médica adecuada⁵³.

La discusión sobre qué debe entenderse por una asistencia médica adecuada para los inmigrantes irregulares sin medios económicos está abierta, así se ha podido observar en los últimos años con legislaciones restrictivas sobre la atención a estos colectivos, llamados *sin papeles*, que no han acabado de consolidarse, ya que no siempre el derecho y sus normas coactivas resuelve los problemas éticos. Así lo

⁵² *Ibidem*, págs. 165-166

⁵³ En este sentido hay que hacer referencia a los principales documentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España, Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), Nueva York, con fecha 10 de diciembre de 1948; Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. (BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977); Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE n.º 243, de 10 de octubre de 1979); Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Instrumento de ratificación de 27 de noviembre de 1990 (BOE n.º 11, de 12 de enero de 1991); Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980 (BOE n.º 153, de 26 de junio de 1980), y el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000 (BOE n.º 99, de 25 de abril de 2000, corrección de errores en BOE n.º 220, de 13 de septiembre).

han entendido muchos profesionales sanitarios que han tratado de paliar esta situación con atención a estas personas en el borde mismo de lo que permitía la ley vigente en cada momento, también diversas organizaciones sociales han contribuido a paliar estas situaciones⁵⁴.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL FUTURO DEL DERECHO A LA SALUD

Todas estas cuestiones pendientes influirán notablemente en las tendencias a las que ya se va enfocando el Derecho a la Salud que va a configurar probablemente un sistema donde el sector público vaya a tener un papel preponderante, pero con entrada del sector privado en mayor medida en temas de gestión como ya viene dándose, además del incremento de colaboración entre el sistema público y el privado en la realización de pruebas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas⁵⁵. Por otra parte, será posiblemente un hecho que los copagos vuelvan a aparecer en determinados casos de tratamientos no esenciales. Ello esboza un sistema en el que el usuario va a observar algunos cambios en la forma de atención, pero que si se gestionan adecuadamente pueden resultar positivos. Pero también, el sistema va a obligar a que la solidaridad sea más patente, ya que los colectivos menos afortunados y las personas sin recurso alguno que a buen seguro estarán en esta situación años y no van a disminuir en número en un largo tiempo, tendrán que ser atendidos sobre la base de la solidaridad de los más favorecidos.

⁵⁴ A este respecto el 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 en el que se indicaba sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros que se limitaban los casos de asistencia sanitaria en las modalidades de urgencia por enfermedad grave o accidente, de asistencia al embarazo, parto y postparto, salvo menores de 18 años, ya restringía enormemente el Derecho a la Salud, pero se ha ido mitigando poco a poco los contenidos de este Real Decreto-ley ante la evidencia de que no podía dejarse en estado de abandono a estos colectivos en casos de enfermedades comunes o crónicas que precisaran atención ambulatoria o hospitalaria.

⁵⁵ MORENO FUENTES, F. J., en «Políticas sanitarias en perspectiva comparada. Descentralización...», *op. cit.*, págs. 180-181.