

¿ES POSIBLE UN DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD? LAS PROPUESTAS NEGADORAS

CARLOS LEMA ANÓN
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Más allá de la inclusión o no de un derecho a la protección de la salud en textos constitucionales o tratados internacionales, defender la su posibilidad significa defender, por un lado, que desde un punto de vista jurídico tendría conceptualmente sentido hablar de un derecho a la protección de la salud, y que además estaría justificado, atendiendo a consideraciones metajurídicas. En un contexto de costes crecientes en la atención sanitaria, de extensión de nuevas tecnologías médicas y de la alegada crisis del Estado social, la cuestión de la justificación de este derecho, alcanza al debate sobre su extensión, sus límites o sobre la forma en que estaría justificado disponer de —o incluso racionar— los recursos sanitarios. En lo que sigue, se analizan las razones de propuestas que niegan que esté justificado hablar de un derecho a la protección de la salud, especialmente las propuestas “libertarias” y aquellas que se basan en un “deber de beneficencia”.

Palabras clave: derecho a la protección de la salud, libertarismo, beneficencia, mínimo decente de atención sanitaria.

ABSTRACT

A defence of a Right of Health Care is not merely to point that such right as a matter of fact included in many Constitutions or International declarations. It can also means to argue that such right makes sense in Legal Theory and that is linked to some justified moral claims. In a context of growing costs on health care and wide use of expensive medical technologies, this debate is also the debate on the micro and macro allocation of resources in health care. This work analyses some approaches which deny the justification of a Right to health care: libertarians who think that a “right to health care” would be unfair, or the approach based on beneficence.

Keywords: Right of Health Care, Libertarianism, Beneficence, sanitary minimums.

INTRODUCCIÓN

Aunque existen diversas teorías sobre los derechos, que consideran distintos requisitos para poder decir que “se tiene un derecho”, al menos parece poco controvertido decir que se tiene un derecho cuando tal derecho está recogido en un ordenamiento jurídico positivo dado. Una vez que esto se verifica, ¿qué sentido tiene discutir si es posible hablar de un derecho dado, por ejemplo el derecho a la protección de la salud? En el caso del derecho a la protección de la salud, defender que tiene sentido hablar del mismo, significa oponer razones frente a teorías que lo han negado al menos desde dos puntos de vista a veces relacionados. Significaría defender, por un lado que tendría conceptualmente sentido hacerlo desde un punto de vista jurídico y, por otro que estaría justificado hacerlo, atendiendo a consideraciones metajurídicas. De alguna forma, estos dos planos representan dos formas de responder a la pregunta de si puede existir un derecho a la protección de la salud. La pregunta, así formulada, parece un poco imprecisa y quizá poco relevante. Sin embargo, sí que tiene relevancia cuestionarse si tiene conceptualmente sentido hablar de un auténtico derecho subjetivo a la protección de la salud (más allá del hecho de que distintas constituciones y declaraciones internacionales de derechos hablen del mismo) o, en otro plano, si hay una pretensión justificada que pueda dar lugar al establecimiento de un derecho subjetivo.

El debate si sobre existe una justificación metajurídica, de carácter moral o política respecto de un derecho a la protección de la salud, puede parecer irrelevante en un contexto en el que la pregunta sobre la existencia de un derecho a la protección de la salud se puede contestar positivamente haciendo referencia a las constituciones y textos internacionales en los que aparece recogido este derecho y, de forma incluso más concluyente, aludiendo a una serie de instituciones, políticas públicas y cuerpos normativos que concretan este derecho en sus diferentes vertientes. Quizá tendría sentido esta discusión en el caso de aquellos países en que lo anterior no se verifica —el caso notable de los Estados Unidos. Sin embargo, en un contexto de costes crecientes en la atención sanitaria, de extensión de nuevas tecnologías médicas y de la alegada crisis del Estado social, la cuestión de la justificación de este derecho, alcanza al debate sobre su alcance, sus límites o sobre la forma en que estaría justificado disponer —o incluso racionar— los recursos sanitarios, por lo que no es de extrañar que desde hace un par de décadas la literatura relativa a estos asuntos se haya incrementado notablemente¹. En lo que sigue, examinaremos los argumentos de las

1 Mucha de la bibliografía que utilizaremos en este punto sobre la justificación del derecho a la protección de la salud se remite en definitiva a esta problemática de carácter más práctico. Los problemas que se plantean con carácter general son tanto la macrodistribución de los recursos, es decir, el reparto de los presupuestos dedicados a la protección de la salud —lo que plantea la cuestión de la decisión democrática— (cfr. D. Wikler y Sarah Marchand, “Marcano-allocation: dividing up the health care budget”, en H. Kuhse and P. Singer, *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell

propuestas negadoras –en el sentido que se ha establecido– del derecho a la protección de la salud.

1. LAS NEGACIONES DE UN DERECHO A LA SALUD: LA PROPUESTA “LIBERTARIA”.

Una respuesta radical a estas cuestiones consiste en negar que el derecho a la protección de la salud esté justificado. Las posturas de este tipo suelen sostener bien alternativa, bien cumulativamente, dos tesis:

a) que no es conveniente o no está justificado hablar de la salud en términos de derechos; y

b) que en todo caso el derecho a la protección de la salud no se trataría de un derecho autónomo, sino que formaría parte de otros derechos pues consistiría únicamente en

b.1) un derecho a que nuestra salud no sea dañada por terceros (empezando por el Estado), por lo que no sería en ningún caso un derecho autónomo sino que formaría parte de o sería otra forma de hablar del derecho a la vida y a la integridad o

b.2) en un derecho a adquirir libremente asistencia sanitaria de terceros dentro de las leyes del mercado.

Por lo que respecta a la tesis a), se trata de una negación completa del derecho a la protección de la salud y de su justificación. No obstante, no resulta incompatible con la tesis b), pues ésta, en el caso de que admita la expresión “derecho a la protección de la salud” no constituye más que una afirmación retórica del mismo, reducido o identificado con otros derechos negativos genéricos. En esta perspectiva retórica, por ejemplo, también podría admitirse un deber de sufragar la atención sanitaria de un tercero: en el caso –y sólo en el caso– de que se le provocase directamente el daño a su salud, es decir, como compensación o reparación de la vulneración de su derecho (del tipo b.1).

Publishers, 1998, pp. 306-315) y la cuestión de la microdistribución, relativa a la elección entre pacientes concretos en una situación de escasez de recursos (cfr. J. Harris, “Micro-allocation: deciding between patients”, en H. Kuhse and P. Singer, *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell Publishers, 1998, pp. 293-305). Para Harris, en aquellos supuestos en los que no es posible alcanzar un consenso, las diferentes alternativas para la toma de decisiones resultan igualmente insatisfactorias, por lo que se plantea que en tales casos no resultaría tan irrazonable. Entre nosotros, A. Puyol se ha ocupado del tema sosteniendo que, por el contrario, ni una mayor generosidad en los presupuestos sanitarios ni el aumento de la eficiencia evitarían la necesidad de racionar los recursos y de tomar decisiones en este sentido, por lo cual lo que se necesita es una teoría de la justicia distributiva que fundamente estas decisiones (Cfr. A. Puyol González, “Ética, Derechos y racionamiento sanitario”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 22, 1999, pp. 581-605).

Sin duda, las propuestas más extremas en cuanto a la negación de un derecho a la protección de la salud han venido inspiradas en las propuestas libertarias² de autores como Robert Nozick: ésta es desde luego la perspectiva de un influyente autor como es T. Engelhardt y que, como veremos, niega que se pueda hablar de un derecho a la protección de la salud.

La propuesta libertaria surge en los Estados Unidos en los años setenta de la mano de autores como el citado R. Nozick, no obstante estar inspirada en autores que venían desarrollando su trabajo anteriormente, como Friedrich von Hayek. La propuesta libertaria desarrolla la idea de “Estado mínimo” en un marco de “capitalismo radical”³, pero fundamentalmente propone la garantía de los derechos individuales contra interferencias de terceros, para proteger el valor supremo de la libertad individual. O como lo resumen Arnsperger y Van Parijs:

“El punto de partida del pensamiento libertario es la dignidad fundamental de cada persona, que no puede ser burlada en nombre de ningún imperativo colectivo. Esta dignidad reside en el ejercicio soberano de la libertad de elección en el marco de un sistema coherente de derechos. El libertarismo pretende así articular de manera consecutiva una idea cuyo atractivo, hoy en día, no cede en nada frente al ideal utilitarista de una sociedad feliz: una sociedad justa es una sociedad libre”⁴.

Para esta propuesta, si el valor supremo a defender es la libertad individual, los únicos derechos legítimos serían los derechos de no interferencia, que protegerían la esfera de la individualidad. La extensión de esta esfera vendría determinada por el conjunto de lo que posee el individuo, empezando —en la tradición de Locke— por la propiedad sobre su propio cuerpo. De este modo, el principal derecho, que vendría justificado y a la vez delimitado por el principio de autonomía-libertad sería el derecho de propiedad. Derecho a la libertad personal y derecho a la propiedad serían en este sentido prácticamente equivalentes, por lo que un importante esfuerzo de esta propuesta se dedica a justificar y trazar el significado del

2 “Libertarian” y “Libertarianism” ha sido traducido como “libertario” y “libertarismo” o como “libertariano” y “libertarianismo”. Estas dos últimas son calcos del inglés probablemente poco correctas en castellano. No obstante, “libertario” y “libertarismo” han sido tradicionalmente utilizadas en España como referidas a determinadas versiones del anarquismo. Aun así, advirtiendo que no nos vamos a referir a esto, optaremos, para evitar equívocos, por “libertario” y “libertarismo”. Para Javier Muguerza (*Desde la perplejidad (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)*, Madrid, FCE, 1990, p. 647), cabe la duda de si traducir “libertarian” por “liberal” o “libertario”, pero al final parece inclinarse por la traducción como “anarco-capitalista” de Fernando Vallespín (*Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza, 1985). Por “liberal-radical”, para definir la postura de Nozick opta Eusebio Fernández (*Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 181).

3 Este es el significativo subtítulo del libro de David Friedman *The Machinery of Freedom. Guide to Radical Capitalism*, publicado en su primera edición en 1971.

4 Arnsperger, C. y Ph. Van Parijs, *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43.

derecho de propiedad⁵. Los individuos deberían ser libres de disponer y de intercambiar sin limitaciones sus propiedades, por lo que éstas serían legítimamente transmitidas de un propietario a otro siempre que hubiese un acuerdo. Ningún Estado, ningún poder colectivo podría legítimamente establecer por medios coactivos restricciones a la libertad, al ejercicio del derecho de propiedad y de libre disposición sobre uno mismo⁶. Por eso el único Estado que cabría justificar según esta teoría sería el “Estado mínimo”. Un Estado únicamente ocupado de garantizar que la libertad de cada uno no sea violada, es decir un Estado garante de los derechos de propiedad o represor de las transacciones fraudulentas (en las que medie la coacción, por ejemplo)⁷.

Hay que advertir que la propuesta de un Estado mínimo compatible sólo con la protección de los derechos de libertad y propiedad, por más que haya servido como arsenal de argumentos para la crítica del Estado social (pues según esta crítica estaría basado en coacciones y violaciones ilegítimas de la libertad)⁸, no es una opción favorable a un Estado de carácter liberal-burgués tal y como éste ha existido históricamente. En el ámbito que nos ocupa, sin ir más lejos, el Estado liberal-burgués histórico asumía la protección de la salubridad pública en el marco de una policía sanitaria que no sólo podía exigir eventualmente acciones de carácter coactivo, sino también una acción positiva por parte del Estado⁹.

Desde este punto de vista, pues, el derecho a la protección de la salud sólo podría entenderse en el sentido anteriormente visto en el punto b) en sus dos versiones: como un derecho a no ser dañado o como un derecho

5 La extensión del derecho a la propiedad sobre uno mismo a la propiedad sobre las cosas externas y su consiguiente equiparación es criticado de forma brillante por G. A. Cohen, para quien además, de la propiedad sobre el propio cuerpo no se sigue que haya que suponer una libertad incompatible con la igualdad de condiciones –tal y como sugiere Nozick– a menos que se defienda un sistema no igualitario de distribución de los recursos exteriores (“¿Son compatibles la libertad y la igualdad?”, en J. Elster y K. Vove Moene (Comps.) *Alternativas al capitalismo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, pp. 169-187).

6 Y todo ellos prácticamente sin limitaciones: cada uno podría disponer de su vida, vender sus órganos o deteriorar su salud. No tendría, en cambio, derecho a venderse como esclavo, lo que sería incompatible con el ideal de sociedad libre (cfr. Arnsperger, C. y Ph. Van Parijs, *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 45).

7 Según la conocida frase del prefacio de *Anarquía, Estado y Utopía* de R. Nozick: “Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etc., se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el Estado mínimo es inspirador, así como correcto. Dos implicaciones notables son que el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien” (R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1990, p. 7).

8 Sobre las críticas liberal-conservadoras al Estado social, véase E. Fernández, “Estado, sociedad civil y democracia”, en AAVV, *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 81-159, esp. Pp. 101-106 (recogido también en *Filosofía Política y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1995) y C. Offe, *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Madrid, Alianza, 1990.

9 Sobre esta cuestión véase E. Cordero Mendazona, Eduardo, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1988. En general, sobre la configuración histórico-teórica de la actividad administrativa de policía, véase C. Amoedo Souto, *Poder policial y derecho administrativo*, A Coruña, Universidade da Coruña, 2000.

a adquirir servicios sanitarios. O, lo que es lo mismo, que no existe un derecho a la protección de la salud, sino los derechos de libertad y propiedad (incluyendo la propiedad sobre el propio cuerpo). Si el individuo es propietario soberano de su cuerpo, puede decidir cómo lo trata, qué parte de su renta está dispuesto a dedicar a su cuidado y, en otro sentido, qué servicios médicos están dispuestos a proporcionar a otros y a qué precio. Pero en cualquier caso, el Estado nada tiene que decir aquí. Ninguna de las dos políticas sanitarias que hemos analizado, ni la organización de un sistema de salud por parte del Estado, ni la imposición de un seguro obligatorio estarían justificadas: por el contrario, proporcionar a los ciudadanos el acceso a cuidados sanitarios violaría el derecho a la libertad y a la propiedad en la medida en que implicaría una redistribución coactiva de los bienes privados, lo que supondría una imposición de carácter injustificado. En realidad ni siquiera estarían justificados programas de vacunación obligatoria¹⁰, por ejemplo, o la regulación de la profesión médica. Se supone que aquellos médicos u hospitales que ofreciesen una atención deficiente, no ofrecieran indemnizaciones en caso de error, o fueran unos meros charlatanes serían expulsados por el mercado, pero en cualquier caso, se verificasen o no estas suposiciones, no estaría justificado tomar medidas contra ellos¹¹.

En definitiva, si el ámbito de la justicia viene definido por los procesos de apropiación de las cosas y por la no violación de los derechos de libertad y propiedad, el hecho de que una persona caiga enferma es una incidencia ajena a esta cuestión que, por supuesto, no otorga ningún derecho de asistencia y mucho menos si implica la apropiación coactiva de recursos ajenos. Ésta es en buena medida la argumentación de la que parte T.

10 Aunque esto supone pasar por alto que determinadas enfermedades, especialmente las enfermedades contagiosas generan externalidades que debería justificar suficientemente medidas de este tipo (cfr. J. E. Stiglitz, *La economía del sector público*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 319). Como ya hemos dicho, la protección de la salud y la salubridad pública es una actividad que el Estado liberal histórico asumió como propia.

11 F. Ovejero, refiriéndose a la capacidad organizadora del mercado, ha observado la paradoja de que en supuestos como el de la asistencia médica existe una asimetría entre los conocimientos de los contratantes: precisamente la ignorancia del paciente sobre las cuestiones de salud es lo que justifica que acuda al médico, pero esto impide también que pueda tomar decisiones racionales sobre su propio interés en la medida en que desconoce la calidad comparada de las distintas ofertas (cfr. F. Ovejero Lucas, *La libertad inhóspita: modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 126). Éste es precisamente uno de los argumentos clásicos a favor de la intervención del Estado en la financiación, la provisión y la regulación de la asistencia sanitaria, pues se entiende que esto es uno de los motivos por los que los mercados sanitarios no satisfacen las condiciones convencionales de los mercados competitivos (cfr. J. E. Stiglitz, *La economía del sector público*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 320-321). En realidad, para un libertario consecuente esto tendría que ser indiferente: se trata de una teoría de la justicia no consecuencialista, con lo cual las exigencias de justicia vienen garantizadas mediante el respeto de los derechos de libertad y propiedad. No obstante lo cual, hay un significativo esfuerzo por parte de estos autores para defender además, la eficiencia del mercado. Véase para el caso del cuidado de la salud D. Friedman, "Should Medical Care be a Commodity?", en Thomas J. Bole III y William Bondeson (eds.), *Rights to Health Care*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht Harbound, 1991.

Engelhardt para negar la justificación a cualquier pretensión en el sentido de un derecho a la protección de la salud.

2. LA SALUD COMO LOTERÍA NATURAL: LA PROPUESTA DE T. ENGELHARDT

En efecto, T. Engelhardt se inspira en un argumento próximo a las tesis libertarias para rechazar un derecho a la protección de la salud¹². Para Engelhardt no se puede hablar de derecho a la protección de la salud (nuestra tesis a) o, en cualquier caso sólo como un derecho a no ser dañado por terceros (nuestra tesis b.1), pero nada más. Sin embargo, aún inspirado en argumentos como los que acabamos de ver, ofrece una construcción un poco más sofisticada, que no es una mera transposición de la prohibición de violar los derechos de propiedad de terceros. Por eso la argumentación de Engelhardt tiene una relevancia que supera en alguna medida el estrecho marco de las consideraciones libertarias. En efecto, para Engelhardt la propia idea de los derechos como reclamos frente a terceros se sitúa en el plano de la justicia. Suponer que existe un derecho a la protección de la salud, significa suponer que existe un imperativo de justicia relativo a la salud. Pero entonces, eso vendría a ser equivalente a suponer que la enfermedad es una injusticia, lo que niega tajantemente. Por el contrario, la salud o la enfermedad es una cuestión de azar o de suerte: será una cuestión de mala suerte, pero no de injusticia.

La salud (o la falta de salud) sería entonces el producto de una lotería natural: unos gozan de mejor salud que otros y la pierden o la ganan en distintos momentos de la vida. Además de la lotería natural, Engelhardt habla también de una lotería social: las personas son (nacen) ricas o pobres en función de la lotería social, pero no por acciones u omisiones de terceros¹³. Las desigualdades entre las personas se deben, pues, a circunstancias azarosas que pueden tener un carácter natural o social, pero que por el hecho de deberse al azar no pueden reputarse como injustas. En realidad Engelhardt admite que es difícil trazar una distinción clara entre lo injusto y lo desafortunado, pero sostiene que es el único criterio adecuado para admitir reclamaciones legítimas en materia de salud: serán una reclamación legítima la que se derive de un daño causado injus-

12 Engelhardt, H. T., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995.

13 Engelhardt también niega que exista deber de ningún tipo de auxiliar al desarrollo de los países pobres (presuponiendo apresuradamente que ellos son los únicos responsables de su situación). Esta cuestión ha sido debatida al hilo de la fundamentación de los deberes positivos generales como vía de afrontar las exigencias planteadas por el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y relativamente a cuestiones como la lucha contra el hambre, en el n° 3 de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, con artículos de E. Garzón Valdés, J. C. Bayón y F. Laporta. Los deberes positivos generales, de acuerdo con la definición de E. Garzón Valdés serían "aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa" (E. Garzón Valdés, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 3, 1986, p. 17).

tamente por un tercero, pero no simplemente de una necesidad. Por el contrario, si se admite la posibilidad de que las necesidades se conviertan en criterios para admitir demandas a terceros, si se admite la posibilidad de que las necesidades creen derechos, se estará violando la autonomía de las personas —el núcleo del liberalismo— pues se permitiría al Estado legitimar medidas coactivas frente a los derechos de libertad y propiedad.

De los dos tipos de loterías, la natural y la social, la primera es seguramente la que proporciona un argumento de carácter más general (y que además se dirige directamente a refutar toda pretensión de justificar un derecho a la protección de la salud). Por el contrario, el argumento de la lotería social sólo funciona en el marco de las teorías libertarias. En efecto, parece innegable que la salud o la ausencia de salud tiene algo de azaroso: la predisposición genética a una enfermedad o sufrir un grave accidente parecen ser cuestiones de mala suerte. Son, si se quiere, hechos naturales. Por el contrario, no son hechos naturales el ser rico o ser pobre. No es lícito operar esta naturalización, porque aunque el hecho de que uno pueda nacer en el seno de una familia rica o pobre es una cuestión de azar, no lo es el que existan familias ricas o pobres, no lo es el que existan desigualdades sociales o, si no se quiere ser tan tajante, el grado en que consistan estas desigualdades¹⁴. Porque esta mayor o menor desigualdad depende, al menos en alguna medida, de la estructura social, de las instituciones básicas de la sociedad. Por eso, este argumento sólo es válido si se acepta el punto de partida de las teorías libertarias, es decir, sólo si la cuestión de la justicia se reduce o se limita a la protección de determinados derechos preexistentes. En cambio, si se acepta que la cuestión de la justicia tiene también que ver con las instituciones básicas de la sociedad, si se acepta que las instituciones básicas de la sociedad no sólo tienen que ser eficientes sino también justas, ya no se podrá admitir que la distribución de la riqueza es una mera cuestión de azar. Precisamente la asunción de que las instituciones sociales básicas deben ser justas y que ésta es su principal virtud es el punto de partida de la teoría de la justicia de Rawls¹⁵; y con él de gran parte de la discusión posterior en torno a la cuestión de la justicia. Fuera de la particular visión libertaria, no parece siquiera contrario a la demanda liberal de respeto de la autonomía el hecho de que la desigual distribución de los bienes

14 En realidad, Nozick, y en respuesta a algunas críticas recibidas, admite que dado que muchas de las transacciones que han precedido a la estructura de la propiedad actual han sido o pueden haber sido ilegítimas, existiría la posibilidad de corregir estas situaciones acudiendo al "principio de rectificación", lo que incluso podría justificar un Estado fuertemente intervencionista que corrigiera tales situaciones (cfr. R. Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 65 y ss.).

15 Rawls, J., *Teoría de la justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1997, cap.1. "El objeto primario de los principios de justicia social es la estructura básica de la sociedad, la disposición de las instituciones sociales más importantes en un esquema de cooperación" (p. 62).

sociales sea relevante a efectos de la justicia o exija medidas de corrección sustentadas en derechos.

En cualquier caso, aún si no se admite el argumento de la lotería social —o se considera que tiene un peso relativo— merece mayor consideración el argumento de la lotería natural. La crítica a la tesis de Engelhardt puede hacerse desde dos puntos de vista: a) cuestionando que la salud (o su ausencia) se pueda atribuir en realidad a una lotería natural y b) cuestionando la relevancia de su delimitación del campo de la justicia, es decir, que incluso circunstancias debidas al azar no puedan tener relevancia en el discurso moral.

Con respecto a lo primero, ya hemos admitido que el azar —la lotería natural— es relevante con respecto a la salud y hemos puesto dos ejemplos en los que se podría atribuir al puro azar la ausencia de salud, como es el de una enfermedad de carácter hereditario o un accidente. Pero entre estos casos y el de un daño causado por un tercero, el único caso en el que según Engelhardt estaría justificado hacer recaer en alguien diferente que el propio sujeto los gastos de la asistencia sanitaria, existen al menos otros dos tipos de casos intermedios. Existen en primer lugar casos en los que la “lotería natural” se ve modificada por causas sociales: los hábitos de vida, las condiciones higiénicas, de alimentación, de vivienda, la riqueza, ¡el propio acceso a cuidados sanitarios! influyen en la “lotería natural”. La esperanza de vida no es la misma en unos países que en otros, no es la misma en unas clases sociales que en otras. Que en el África subsahariana, por ejemplo, se registre una incidencia del SIDA sin parangón en el mundo, no depende de ninguna “lotería natural” (como no depende principalmente de una “lotería natural” el número de muertos en accidentes de circulación o por enfermedades cardíacas en Europa). En segundo lugar, incluso dentro de los niveles de salud y mortalidad aceptados para una sociedad (o una clase social), hay factores que inciden en la salud que no están directamente “causados” por un tercero identificado (el caso que Engelhardt aceptaría como moralmente revelantes), pero que no pueden ser sino atribuidos casi en su totalidad a causas no naturales: así el deterioro en la salud debida a la contaminación, intoxicaciones alimentarias, accidentes y catástrofes como las de Bophal, Chernobyl, Prestige, etc. Así las cosas, la dificultad para delimitar lo debido a la “lotería natural” y lo que se escapa de la misma aumenta notablemente, cosa que por otra parte reconoce el propio Engelhardt. Pero con ello la limpieza de su distinción pierde atractivo: sin negar el papel que juega la “lotería natural”, por un lado y el “azar” (sea en el “reparto” de desgracias naturales o no naturales) por otro, ya no estamos ante un criterio seguro desde el punto de vista empírico para trazar la distinción y defender su relevancia. Por otra parte, en un terreno tan resbaladizo, hay que reconocer que la delimitación de lo que es aquí “natural” y “social” es a su vez culturalmente construido: así, por ejemplo,

lo es que nos parezca perfectamente natural y normal aceptar el peaje de muertos en accidentes de circulación.

Pero es más significativo aún cuestionar la segunda parte del argumento, es decir, cuestionar la delimitación del campo de la justicia basándose en la relevancia o irrelevancia para el discurso moral de las circunstancias debidas al azar. ¿Por qué habría de excluirse del campo de la justicia la existencia de circunstancias que siendo distribuidas al azar –natural o social– entre los sujetos, sabemos sin embargo que se distribuirán de hecho y que lo serán de forma desigual? ¿Por qué la distribución del riesgo habría de verse excluida de las consideraciones de justicia?¹⁶ Habría que preguntarse si no es más injusto que desafortunada la existencia de diferencias de esperanza de vida en una sociedad dada según la clase social; o si no es más injusta que desafortunada la mortandad debida a enfermedades fácilmente curables; o si no es más injusta que desafortunada la morbilidad debida a la inexistencia de condiciones de vida dignas en cuanto a higiene o vivienda. Como ha observado Liborio Hierro, “lo que se siente como una injusticia no es padecer una determinada enfermedad, sino padecer una enfermedad que con un reparto más igualitario de los recursos uno podría haber evitado”¹⁷.

La propuesta de Engelhardt de considerar irrelevante desde el punto de vista de la justicia la “lotería natural” en que consiste la salud o su ausencia es, así, criticable y desde nuestro punto de vista queda sumamente debilitada. Pero es que además tiene unas consecuencias extremas, en la medida en que la negación de un derecho a la protección de la salud no sólo implica que no pueda hacerse una reclamación legítima de cualquier tipo de asistencia por parte de los ciudadanos, sino que además, cualquier intento por parte del Estado de organizar un sistema de salud, de prestar asistencia sanitaria o de facilitar cualquier incentivo a la misma sería igualmente ilegítimo. Para evitar consecuencias tan extremas, algunas de las propuestas negadoras del derecho a la protección de la salud, consideran legítima, sin embargo y hasta deseable una cierta actividad prestacional del Estado.

16 Si es cierto, como reclama U. Beck, que vivimos en sociedades del riesgo, la distribución del riesgo y de sus costes sociales se convierte en un problema que reclama consideraciones de justicia. La construcción de la “modernización reflexiva” o de instituciones de participación democrática para afrontar riesgos globales exige la consideración política del riesgo: el azar, si se prefiere, ya no puede ser sin más excluido de nuestra consideración (sobre estas cuestiones cfr. U. Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998).

17 Hierro, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 100. Pero aún se podría ir más lejos, incluso dándole la vuelta al argumento: Graciela Vidiella recuerda que Rawls señala que la posesión de salud, talentos o fortuna, es el resultado de una mera contingencia que *no otorga derechos*. Apropiarse excluyentemente de los frutos de estas contingencias conduce a disminuir la autonomía de los que resultaron menos favorecidos por una u otra lotería (*El derecho a la salud*, Buenos Aires, Eúdeba, 2000, p. 29).

3. EL DEBER DE BENEFICENCIA: LA PROPUESTA DE A. BUCHANAN

El deber de beneficencia es la alternativa que Allen Buchanan ofrece a una negación tan rotunda del derecho a la asistencia sanitaria¹⁸. Buchanan también rechaza la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria. Lo hace además con la idea de que si existiese o se reconociese un derecho a la asistencia sanitaria –cuyas posibles justificaciones rechaza en su trabajo– éste sería virtualmente ilimitado. Ésta parece ser en el fondo la preocupación que late en su propuesta. Su propuesta no es estrictamente libertaria: aun compartiendo muchos de sus puntos de vista, su principal argumento estriba en las dificultades de las aproximaciones basadas en derechos, lo que en parte también afecta a los argumentos libertarios basados en derechos de no interferencia o de propiedad¹⁹. En particular no mantiene, como lo hacía Engelhardt, que las necesidades en materia de salud sean irrelevantes o no deban preocupar a nadie más que al que las sufre. Sí coincide con Engelhardt, en cambio, en situar las pretensiones en materia de cuidado de la salud fuera del ámbito de la justicia (y fuera del ámbito de los derechos) y reconducirlas al ámbito no de un derecho a la protección de la salud, sino de un cierto deber de beneficencia²⁰ que justificaría un mínimo grado de asistencia sanitaria, pero en ningún caso una pretensión moral o jurídica virtualmente ilimitada respecto a la asistencia sanitaria.

Buchanan constata que existe un cierto consenso en reconocer un derecho a un “mínimo decente” [“decent minimum”] en materia de salud, pero al mismo tiempo que existe un enorme desacuerdo sobre el contenido de ese mínimo (y además sobre si el derecho a la protección de la salud

18 Buchanan, A. E., “A Right to a decent Minimum of Health Care”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 13-1, 1984, pp. 55-78.

19 “At the outset, I noted that the burden of proof is on those who claim that there is universal right to a decent minimum of health care. I then argued that various attempts to provide theoretical support for the claim that there is such a right are inadequate. If we abandon the quest for a justification for the claim that there is a universal right, however, we should not conclude that the libertarian view triumphs by default. The non-rights-based enforced beneficence arguments shift a similar burden of proof onto the libertarian. If the approach I have outlined succeeds, it provides a way of avoiding both the burden of justifying the claim that there is a universal right to health care and the equally onerous burden of justifying a virtually unlimited right to private property or against coercion. Surprising as it may seem, an answer to the question of whether society ought to guarantee certain health-care services for all does *not* depend upon our ability to adjudicate decisively between libertarian and welfarist theories of basic rights” (Ibid., p. 77). Para Buchanan, su propuesta es compatible con el libertarismo, pero un libertarismo que asumiese las correcciones que impone la idea de un deber de garantizar un “mínimo decente” de protección de la salud (Ibid., p. 66).

20 Los “deberes de beneficencia” (o caridad), aunque en este caso se trate de un esfuerzo coordinado por el Estado, se refieren más a un reclamo de tipo moral que al ámbito de la justicia. Con carácter general, desde la aparición de la teoría de la justicia de Rawls, las diferentes teorías se han centrado en el debate relativo a las condiciones *estructurales* de una sociedad justa (para una visión general, véase Ph. Van Parijs, *¿Qué es una sociedad justa?*, Barcelona, Ariel, 1993 y R. Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 2001). En cambio la cuestión de los deberes de los individuos respecto a la prosecución de tal sociedad han quedado en un segundo plano –quizá en la tradición de que los vicios privados engendran virtudes públicas–; una interesante reflexión sobre este problema se encuentra en el ensayo de G. A. Cohen que cierra el volumen con el mismo título *Si eres*

puede ir más allá de ese “mínimo decente”). A partir de estas dificultades y de una crítica de las distintas teorías que intentan justificar esta asunción (y que según este autor ni ofrecen una base firme para un derecho ni logran especificar mínimamente su contenido) afirma que estas teorías asumen que las políticas que buscan garantizar un “mínimo decente” deben estar respaldadas por la afirmación de un derecho universal a ese “mínimo decente”, pero que esa suposición es incorrecta. De ahí, que en su propuesta admite que el Estado debe realizar una cierta actividad para la protección de la salud de los ciudadanos, en la medida en que puede coordinar mejor un esfuerzo conjunto. Sin embargo, este deber es estrictamente un deber de beneficencia y no una derivación de un principio de justicia, y mucho menos una derivación de un derecho individual a la protección de la salud²¹. La ventaja de excluir un auténtico derecho es la ya mencionada de la limitación a lo que ser convertirían en pretensiones ilimitadas y difícilmente limitables desde la categoría del derecho subjetivo. Por el contrario, los deberes de beneficencia son ciertamente obligatorios (no sería un deber en otro caso), pero resulta una noción más laxa y que, sobre todo, deja a criterio del agente el momento y el alcance del ejercicio de ese deber. Además, desde el punto de vista teórico no requieren una justificación tan exigente.

Para Buchanan, la justificación de la actuación del Estado pasa —como hemos dicho— por su capacidad para coordinar mejor los esfuerzos conjuntos. Efectivamente, si la beneficencia queda en manos individuales no hay garantía de que sea eficiente, puesto que en muchos casos el que sus destinatarios se beneficien de la atención sanitaria exigirá una acción coordinada de varias personas. Incluso llega a sostener que llegado el caso, estaría justificada una acción coercitiva por parte del Estado en favor de la beneficencia, mediante dos argumentos: a) una persona que quiere actuar caritativamente para promover un “mínimo decente” de asistencia, vería que si su esfuerzo no se ve seguido por el de otros, se perderá, por lo que lo racional en tal caso sería dedicar su esfuerzo caritativo a otros fines: pero si todo el mundo actúa de este modo queda garantizada la imposibilidad de sumar esfuerzos²²; b) en la medida en que el proyecto de

igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico? (Barcelona, Paidós, 2001). Por su parte, las propuestas “republicanas” también traen a primer plano la idea de la virtud cívica (cfr. Ph. Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999).

21 “It is crucial to observe that the claim that there is a right to a decent minimum is much stronger than the claim that everyone *ought* to have access to such a minimum, or that if they did it would be a good thing, or that any society which is capable, without a great sacrifice, of providing a decent minimum but fails to do so is deeply morally defective. None of the latter assertions implies the existence of a right, if this is understood as a moral entitlement which ought to be established by the coercive power of the state if necessary” (A. Buchanan, “A Right to a decent Minimum of Health Care”, cit., p. 57).

22 Este argumento remite al dilema del prisionero: el comportamiento racional en términos individuales conduce a un resultado total indeseable. En general, la creación de bienes públicos parece difícil a partir de una racionalidad autointeresada, sin contar con la intervención del Estado. Buchanan sin

“mínimo decente” de salud sea más importante que otros fines a los que destinar el “presupuesto individual para caridad”, si no se ofrece la garantía de que no será un esfuerzo baldío –por los motivos del primer argumento– nadie que actúe racionalmente destinará a este proyecto sus fondos, por lo que se disminuye la eficacia del esfuerzo. Buchanan no cree que reforzar el principio de beneficencia (que en su esquema es un principio moral) signifique una actuación perfeccionista del Estado, en la medida en que lo haga para velar por la virtud moral de sus ciudadanos: forzar el principio moral sólo está justificado si es la única forma de asegurar las contribuciones de los demás para lograr resultados eficaces y evitar que la conducta racional, incluso para los que tengan el deseo de contribuir, sea no hacerlo (o destinar su contribución a fines menos eficaces)²³.

La propuesta de Buchanan ha sido criticada certeramente por Graciela Vidiella en dos líneas, la primera de las cuales destaca las debilidades de su argumentación y la segunda a la tesis del “decent minimum”²⁴. Por lo que respecta a lo primero, la argumentación de Buchanan para la justificación de la actuación del Estado parte de asimilar el nivel decente de salud con un bien público, como algo necesario para todos. Sin embargo, en su argumentación se excluye esta posibilidad, puesto que su argumentación parte de un deber de caridad *hacia los necesitados*, no con carácter general. Por otra parte, la supuesta ventaja de hablar de un deber de beneficencia en lugar de un derecho, sería el que ya no fuese tan necesario especificar cuál fuese el contenido del deber. Sin embargo, una vez que el deber puede ser forzado por el Estado, será necesario discernir el contenido del deber moral de beneficencia con respecto a una actuación supererogatoria, con lo cual será igualmente necesario establecer sus límites y hacerlo de forma justificada, con lo que se ha perdido la presunta ventaja. Con respecto a la tesis del “decent minimum”, Vidiella observa que el concepto está construido sobre la idea de proporcionar un nivel “adecuado” de salud que permita llevar una “vida tolerable”. Sin embargo, no está claro que se pueda realizar una división entre “salud básica” y otras superiores: si alguien necesita para vivir un tratamiento excluido del “decent minimum” esto le conducirá a la muerte, no a una vida tolerable. Pero quizá –como también señala Vidiella– el problema principal lo constituye la negativa de Buchanan a situarse en el plano de la justicia y los derechos. Sin haber con ello solucionado los problemas teóricos planteados –que hay que admitir con Buchanan que son importantes– su propuesta aparece como regresiva desde el punto de vista teórico y de las conquistas históricas

embargo niega que en este caso el incentivo para no contribuir sea autointeresado, ya que el argumento se basa en la actuación racional de un individuo que *quiere* realizar una contribución benéfica (cfr. p. 71). Pero como se verá infra, es dudoso que la idea de una contribución benéfica a las demandas de un “mínimo decente” para los necesitados pueda ser asimilada a un “bien público”.

23 Ibid., pp. 72 y ss.

24 Vidiella, G., *El derecho a la salud*, Buenos Aires, Edeuba, 2000, pp. 37-39.

en la medida en que sustituye el lenguaje de los derechos por el de la beneficencia, en una visión no muy alejada de las tesis inspiradas en Nozick. Esta propuesta está cercana a la idea del Estado mínimo pues, además, en la medida en que arranca la cuestión de las consideraciones de justicia, la justificación de la protección del “decent minimum” aparece como endeble.

Parece necesario explorar otras vías que justifiquen una actuación en la que el Estado recupere cierto papel en la distribución de los bienes sociales mediante políticas que no echen tan rápidamente por la borda la idea de derechos universales, necesarios no sólo para una “vida tolerable”, sino también para una “vida decente”.