

DERECHO A LA SALUD Y DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19

José Luis Rey Pérez
Universidad Pontificia **de** Comillas-ICADE



1. INTRODUCCIÓN

El tema del derecho a la salud y la distribución de recursos es una cuestión que se ha abordado desde hace mucho tiempo por la literatura académica. El hecho de que los recursos sanitarios con los que contamos son escasos, ha provocado que se planteen debates, desde las diversas teorías de la justicia y la idea de igualdad, sobre la forma más justa de distribuirlos: posturas más libertaristas que vienen a negar que la atención sanitaria sea un derecho, hasta posturas más liberal igualitarias como la de Dworkin o Rawls que contemplan la salud en sus teoría de la justicia, y, por otra parte, el debate entre el igualitarismo, el prioritarismo y el suficientarismo que ha venido siendo protagonista en estas discusiones.

En nuestro país, sin embargo, esto era más objeto de debates doctrinales que de la práctica diaria. Por suerte contamos con un sistema universal de salud **(**que dejó de serlo durante



unos años¹ y que, aunque es universal podríamos decir que fragmentariamente universal (véase MUFACE, ISFAS o Seguridad Social) donde quizá estas discusiones se presentaban en casos como los trasplantes de órganos o la investigación y cura de las llamadas enfermedades raras, pero no tanto en la atención sanitaria ni en los hospitales. Por otra parte, y como queda de manifiesto en muchos de los capítulos de este volumen, el derecho a la salud parece haberse reducido a identificarlo con el derecho a la asistencia sanitaria, sin tener en cuenta que muchas veces son las circunstancias sociales y las desigualdades que se vienen acentuando en nuestras sociedades, uno de los elementos a los que habría que prestar atención primordial si de lo que estamos hablando es de la protección de la salud.

La pandemia del SARS-Cov2, que en el momento de escribir estas líneas seguimos sufriendo, ha puesto estas cuestiones sobre la mesa. No ya solo por la escasez de recursos sanitarios, sino también porque estamos viendo cómo hay personas que no pueden mantener la cuarentena obligatoria en el caso de ser positivos o contacto estrecho de un positivo por su precariedad laboral. En la primera ola, con la saturación de nuestros hospitales, se tomaron decisiones que es preciso valorar desde la perspectiva de la ética y los derechos humanos, porque hubo mucha gente que falleció sin tener acceso a un hospital (los mayores en residencias, por ejemplo) o negándoseles el tratamiento con una serie de criterios que bien merecen ser analizados desde una perspectiva moral y jurídica. En la segunda ola, parece que no se llegó a ese punto, pero ante la **tercera** se ha optado por un modelo que prioriza la economía sobre la salud y que está teniendo como consecuencia un alto número de contagiados, personas hospitalizadas y fallecidas. Por otra parte, la cuestión de la forma de distribución de las tan prometidas y



¹ El Real Decreto Ley 16/2012 puso fin a la sanidad universal en medio de una gran polémica porque se restringía la atención sanitaria (no urgente y no de madres embarazadas) a los ciudadanos y residentes regulares en activo. En 2018, seis años después, un nuevo Real Decreto devolvió la universalidad a nuestro sistema sanitario (Real Decreto Ley 7/2018 de 27 de julio).

ansias vacunas es algo que también debe evaluarse desde una perspectiva ética y desde el enfoque de derechos humanos. En este capítulo pretendo reflexionar sobre el derecho a la salud y sus determinantes sociales desde la realidad de la pandemia del SARS-Cov2 que estamos viviendo. Quizá no es esta enfermedad la que tenga un mayor índice de mortalidad, pero la rapidez del contagio, las medidas adoptadas, el número elevado de muertes que se incrementa cada día, su enfoque global, nos obliga a replantearnos muchas cosas que creíamos solucionadas, sin olvidar, como digo, otras muchas enfermedades que dejan también diariamente muchos fallecidos (el cáncer, el suicidio constantemente silenciado...).

2. DERECHO A LA SALUD O A LA ATENCIÓN SANITARIA

Normalmente se suele hablar del derecho a la salud. Los médicos tradicionales chinos precisamente se centraban en la salud de sus pacientes de forma que cuando alguno de ellos enfermaba dejaban de percibir una remuneración. La salud es una necesidad fundamental para que podamos vivir y desarrollarnos como personas; ahora bien, en muchas ocasiones el tener o no salud es algo que escapa de nuestras manos. Hay personas que nacen con enfermedades incurables, o enfermedades que surgen a lo largo de la vida inevitablemente hasta que llegamos a la muerte. La salud y su ausencia forman parte de la vida en general. Al final, muchas enfermedades, como todas las virológicas se originan, no sé si de seres vivos como tales, pero sí de las condiciones de vida en el planeta. Los virus existieron antes que nosotros y van a seguir existiendo cuando el ser humano haya desaparecido de la faz de la tierra. Y como una especie más, como los virus mismos, los animales humanos nos empeñamos en sobrevivir; de ese esfuerzo por la supervivencia surge la medicina y el estudio de las enfermedades que nos aquejan a los humanos. Por eso creo que hablar de derecho a la salud no tiene mucho sentido desde el momento en que el

Derecho y los derechos son construcciones humanas que nos hemos dado para ayudarnos en nuestra vulnerabilidad, para satisfacer nuestras necesidades básicas. **Hablar** de que tenemos un derecho a la salud, así, en general, sería como decir que tenemos derecho a la belleza. Y el Derecho tanto no puede porque el ser humano no es ni será nunca capaz de vencer las enfermedades, de vencer a la muerte. Y es bueno que así sea porque la inmortalidad sería una enorme y trágica distopía.



¿Qué puede hacer entonces el Derecho? Como señala Ana Marcos lo que se entiende por derecho a la salud alcanza dos derechos distintos; en primer lugar, el derecho a la protección de la salud y, en segundo lugar, el derecho a la asistencia sanitaria². El primero tiene que ver con la protección de un estado de bienestar físico, mental y social que se relaciona con condiciones económicas, de salubridad, sociales, de educación, de alimentación, y de higiene y no solo con cuestiones sanitarias. Es importante subrayar esto porque la salud viene muy condicionada por las condiciones de vida, de estrés, de alimentación que tienen las personas. Hay estudios que correlacionan la escasez de recursos con la aparición de enfermedades. La pobreza, que es la mayor vulneración de derechos, se acaba manifestando en una peor salud de los colectivos menos favorecidos³.

² MARCOS DEL CANO, Ana María, «El derecho a la protección de la salud: delimitación y alcance en el contexto actual», en MARCOS DEL CANO, Ana María (dir.), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 27.

³ Vid., entre otros: LEMA AÑÓN, Carlos, «La revolución de los determinantes sociales de la salud: derecho a la salud y desigualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXVI, 2020, pp. 289-317. LÓPEZ I CASASNOVAS, Guillem, «Crisis económica, gasto sanitario y desigualdades en salud. Reflexiones desde la Economía de la Salud», *Icade*, n° 99, 2016, pp. 17-43. LEMA AÑÓN, Carlos, «Los desafíos del derecho a la salud: justicia social y condicionantes sociales de la salud», en RIBOTTA, Silvina y ROSSETTI, Andrés (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 293-310. FARIAS, Paula, «Salud y pobreza. Los cabos de una madeja», *Eidon*, n° 32, 2009-2010, pp. 54-58.

El segundo derecho, más concreto, se refiere a ofrecer el tratamiento y los medicamentos necesarios en caso de la aparición de una enfermedad o un accidente. Una amplia doctrina entiende que el derecho a la salud alcanza las dos cosas, aunque las formas de garantía de uno y otro son distintas y las políticas que se derivan de ellos también. Cuando hablamos del derecho a la protección de la salud, su objeto es muy amplio y de él se derivan obligaciones tanto positivas como negativas para el Estado y los particulares. El Estado tiene que desarrollar acciones para prevenir determinadas enfermedades, pero también se debe abstener de otras, como permitir ciertos objetos si estos pueden resultar una amenaza. Lo mismo ocurre con los particulares, deben hacer lo mejor que puedan para evitar dañar su salud, pero también están obligados a hacer cosas para mejorarla. Pero además la salud, al ser un concepto con múltiples dimensiones, afecta y se conecta con otros derechos sociales, como el derecho a la educación, los derechos laborales, etc. En cambio, el objeto del derecho a la atención sanitaria es más concreto porque se refiere fundamentalmente a cuatro dimensiones o niveles de protección en opinión de Daniels⁴: medidas preventivas para minimizar la posible aparición de enfermedades; medidas de diagnóstico, tratamiento y curación cuando las enfermedades se manifiestan; medidas de tratamiento y reducción del dolor en el caso de enfermedades crónicas y personas muy mayores; y, por último, medidas de cuidado para los enfermos terminales o personas gravemente afectadas por determinadas discapacidades que les impiden desarrollar casi cualquier actividad. Aunque hay doctrina que entiende que el derecho a la salud se tiene que circunscribir a la asistencia sanitaria, hay otro sector que entiende que alcanza los dos derechos antes enumerados sobre todo si asumimos una visión global de la salud que no la entiende simplemente como la ausencia de la enferme-

⁴ DANIELS, Norman. *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 72-73.



dad. Por ello, y por la dificultad de delimitar un contenido material de lo que es salud, gran parte de los autores prefieren hablar de un derecho a la protección de la salud, circunscribiéndolo así a un contexto eminentemente jurídico⁵. Sin embargo, reducirlo a eso supone no entender que la salud, como derecho, está muy interrelacionado con otros derechos sociales, como el derecho a unas condiciones dignas de trabajo, el derecho al descanso, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la educación o el derecho a una alimentación sana y equilibrada.

Pues bien, el derecho a la salud en su doble dimensión, la más general, de promoción de un estado de bienestar general para los titulares del derecho que aparece conectado con otros derechos sociales y de libertad, y el más concreto, el que lo interpreta como un derecho a la asistencia sanitaria que incluye las dimensiones que enumera Daniels⁶, es un derecho fundamental por la centralidad de la salud en la vida. Sin salud, sin protección de la salud, sin tratamiento de la enfermedad, uno no está en condiciones de ejercer sus derechos como ciudadano. En palabras de Rawls «la fuerza de las exigencias de asistencia sanitaria está ligada al mantenimiento de nuestra capacidad para ser miembros normales de la sociedad y al restablecimiento de esa capacidad cuando cae por debajo del mínimo requerido»⁷. Como indica el propio Rawls, la asistencia sanitaria tiene que ver con la igualdad de oportunidades, su no satisfacción vulnera ese principio y constituye una severa injusticia.

⁵ LEMA AÑÓN, Carlos, *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009. MARCOS DEL CAÑO, Ana María, «El derecho a la salud desde el punto de vista ético jurídico», *Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 2, nº 2, 2016, pp. 14-27. MARCOS DEL CAÑO, Ana María, «El derecho a la protección de la salud: delimitación y alcance en el contexto actual», cit.

⁶ DANIELS, Norman, *Just Health*, cit.

⁷ RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Ed. de Erin KELLY, Paidós, Barcelona, 2002, p. 231.

No obstante, no se puede negar que el derecho a la atención sanitaria ha supuesto una creciente y obsesionante medicalización de la sociedad, al menos en las sociedades del mundo capitalista occidental. Hoy todos estamos medicalizados; Antonio Escotado dice que ciertamente no se nos quiere sanos, sino enfermos y que la medicina preventiva, tan de moda ahora, no es otra cosa que el crearnos la angustia y la preocupación por la enfermedad que vendrá, que seguro que vendrá, y para la cual me hago análisis y pruebas y siempre, claro, falla algo porque no somos máquinas perfectas. Esto da un terrible poder al médico y a las industrias farmacéuticas⁸. Y no es que yo esté en contra ni de unos ni de otras porque como todos, yo soy una persona medicalizada. Pero los médicos son los que deciden qué drogas tomamos y cuáles no y lo hacen siguiendo los criterios de las farmacéuticas que no son hermanitas de la caridad, sino grandes multinacionales con el objetivo de incrementar su beneficio. Cuanto más tiempo estemos enfermos más tiempo estaremos tomando pastillas, cuanto más nos alarguen la vida, más tiempo seremos consumidores de este tipo de productos. Ahí hay un poder, el médico y el farmacéutico que escapa del control democrático, porque por mucho que se diga que se está abandonando el paternalismo médico este sigue estando presente, por mucho que diga la Ley de Autonomía del Paciente que tenemos derecho a rechazar un tratamiento, no estamos en una relación en igualdad de condiciones, sino que los pacientes enfermos que tenemos miedo al dolor, caemos bajo el discurso, no pocas veces oscuro, del médico para someternos a lo que nos diga⁹.

⁸ ESCOTADO, Antonio, «Nuestro derecho a las drogas», Festival XtraTónal y Colectivo Laika de Valladolid. 10 octubre de 2018. Disponible en: <https://m.youtube.com/watch?v=K5g7-jSVRZY>.

⁹ Vid. REY PÉREZ, José Luis, «¿La automedicación como nuevo derecho?», en ADROHER BIOSCA, Salomé, DE MONTALVO JÄÄSKELAINEN, Federico, CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes y VEIGA COPO, Abel (coord.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2008, pp. 701-714.

En línea con la fundamentación de los derechos humanos a partir de las necesidades básicas, los derechos se construyen desde la idea de vulnerabilidad. Todos somos seres vulnerables, y los derechos nos ayudan a recomponernos de esa vulnerabilidad, nos dan un arma para que intentemos reconstruirnos cuando la vulnerabilidad nos ha acosado, herido. Y nuestra mayor debilidad es el miedo al dolor físico y psicológico. No se puede vivir una vida con infinito dolor. El derecho a la asistencia sanitaria trata de paliar eso en cierta medida. Como todos somos vulnerables, como todos tenemos la necesidad básica de vivir sin dolor, el derecho a la atención sanitaria es universal al menos en un plano moral, pues como todos sabemos hay muchos países que no lo tienen reconocido como tal y se garantiza también de diversas maneras a lo largo y ancho del mundo. Ahora bien, y como cuestión de principio, creo que los derechos universales deben ser garantizados con garantías universales. La lógica de la universalidad no debe quedarse en los derechos, sino alcanzar a sus garantías, a las instituciones que tratan de hacer efectivo el contenido de los derechos como bien ha señalado Ferrajoli¹⁰.

3. TEORÍAS EN RELACIÓN A LA DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS SANITARIOS

Digamos que todas las teorías de la justicia escritas desde John Rawls plantean la cuestión de la justa distribución de los recursos. Voy a dejar a un lado el libertarismo a lo Nozick porque para esta corriente la atención sanitaria es algo exclusivamente privado. Pagar impuestos para sostener un sistema público de salud sería un ataque a su concepción de la propiedad y de la vida misma¹¹.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

¹¹ NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974.

No dicen lo mismo las teorías liberal-igualitarias aunque entre ellas hay diferencias importantes. En estas teorías está presente siempre la distinción entre la responsabilidad que se deriva de nuestras elecciones (lo que Dworkin denominaba la *option luck*) y la que se deriva del azar (la *brute luck*)¹²; en el primer caso, la idea liberal de la responsabilidad nos debe obligar a hacernos cargo de las malas elecciones que hayamos tomado. En el segundo, como es algo que escapa de nuestra libertad, no tiene sentido atribuirnos esa responsabilidad. Rawls específicamente no abordó la justicia distributiva sanitaria, pero su concepto de bienes primarios la puede incluir: si, de acuerdo con su teoría, los bienes primarios son aquellos que necesitamos para desarrollar nuestros planes de vida, bienes que él concretaba en derechos y libertades básicas, poderes y prerrogativas que acompañan a determinados puestos o cargos, responsabilidad, ingresos y riquezas, sin un mínimo de atención sanitaria nunca podremos desarrollar nuestras elecciones de vida. Y de hecho, no en la *Teoría de la Justicia*¹³ pero sí en *Liberalismo político* cuando hace referencia al primer principio de su teoría de la justicia habla de que «puede ir precedido de un principio léxicamente anterior que exigiera que queden satisfechas las necesidades básicas, al menos en la medida en que su satisfacción es una condición necesaria para que los ciudadanos entiendan y sean capaces de ejercer fructíferamente los derechos y libertades básicos»¹⁴. Ahora bien, Rawls no lo concreta más y cabría preguntarse si está en una posición igualitarista de asegurar a todo el mundo una igual atención sanitaria o una postura quizá más prioritarista o suficientista. Hay muchos estudiosos de Rawls que han discutido

¹² DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

¹³ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995.

¹⁴ RAWLS, John, *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995, p. 75.

esto y no me voy a meter en ello ahora¹⁵. Pero sí quiero llamar la atención sobre otro de sus principios de justicia porque nos puede dar la clave para entender más en concreto la cita de Rawls. En efecto, me refiero al principio de diferencia que admitía las desigualdades siempre que eso redundara a favor de los menos aventajados¹⁶. Creo que si combinamos ambas visiones y como buen norteamericano que era, Rawls no tendría por qué estar a favor de un sistema universal de salud como el de España, por ejemplo, porque para él la competencia entre seguros privados de salud podría beneficiar a los menos aventajados, reduciendo el precio, y así siendo asequible a ellos un seguro de salud. ¿Qué ocurre con personas que, por ejemplo, tienen enfermedades graves que ningún seguro privado cubriría? Creo que ahí Rawls sí podría ser partidario de detraer una parte de los beneficios de las compañías aseguradoras para cubrir esas necesidades. Algo no muy distinto de lo que ya ocurre en el sistema estadounidense donde existe una especie de asistencia caritativa para aquellos que no tienen seguro de salud. El problema es que no se está garantizando la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones a todas las personas y esta depende al final del grado de riqueza que cada uno tenga. Algo que está alejado de la concepción de la asistencia sanitaria como derecho.

Dworkin, por su parte, sí parece estar más cerca de un sistema de garantía universal del derecho a la asistencia sanitaria con su esquema de subasta + seguro¹⁷. Este autor parte tam-

¹⁵ Vid. el excelente libro de RIBOTTA, Silvina, *John Rawls: sobre (des)igualdad y justicia*, Dykinson, Madrid, 2009.

¹⁶ Sobre el principio de diferencia hay una amplia bibliografía que por razones de espacio es imposible citar aquí. Pero quizá uno de sus mayores críticos ha sido COHEN, Gerald A. en obras como *Self-Ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995; o *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Paidós, Barcelona, 2001.

¹⁷ Originalmente, DWORKIN, Ronald, planteó esto en dos famosos artículos: «What is Equality? Part 1. Equality of Welfare», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, n° 3, 1981, pp. 185-246, y «What is Equality? Part 2. Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, n° 4, 1981, pp. 283-345.

bién de una posición inicial que es incierta ya que, por un lado, presupone que todos los individuos que participan en la subasta son racionales y se van a comportar de forma parecida y, por otro, porque presupone que cualquiera que fuera «la cantidad destinada a la salud en esa sociedad (y esa cantidad no sería sino la suma de los gastado por cada uno de sus miembros) esa sería la cantidad justa y cualquiera que sea la forma en que quede distribuida la protección de la salud, esa sería la distribución justa»¹⁸. Además, Dworkin considera que se evolucionaría a un sistema público de salud por razones de economía agregada y reducción de costes, pero esto, en mi opinión, no parece que esté suficientemente justificado.

Por último, y por no extenderme más, estas teorías igualitaristas se enfrentan de alguna forma con otras dos teorías que en la distribución de los recursos sanitarios son muy relevantes. En primer lugar, está el suficientarismo; dado que la asistencia sanitaria siempre va a ser un recurso escaso, es preciso garantizar un mínimo nivel de cobertura a todas las personas y eso hace que otras queden excluidas. Por ejemplo, parece lógico que la salud pública costee un trasplante o un tratamiento para intentar frenar el avance de un cáncer, pero que no lo haga de una operación de cirugía estética (salvo en el caso de que la persona haya sido víctima de un incendio o haya sufrido un cáncer; entonces la operación entra dentro de lo que se considera el tratamiento para la dolencia que afecta a esa persona). Esto lleva a que en España tengamos una cartera de servicios básicos esenciales de salud¹⁹, donde entran determinados tratamientos y otros quedan fuera aunque para una persona pudiera tener una importancia relevante, por ejemplo, hacerse un implante de pelo. De acuerdo con Casal, el suficientarismo

¹⁸ DE LORA, Pablo y ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Iustel, Madrid 2009, p. 145.

¹⁹ Disponible para su consulta en <https://www.msrebs.gob.es/profesionales/prestacionesSanitarias/CarteraDeServicios/ContenidoCS/Home.htm> (último acceso 8/2/2021).

puede dividirse en dos tesis, una positiva que subraya la necesidad de que las personas tengan lo suficiente para vivir, y una negativa que indica que una vez alcanzado ese nivel de suficiencia no habría más motivos para distribuir²⁰. Pero además hay dos cuestiones que requieren algo de reflexión: por un lado, puede que un enfoque suficientarista nos lleve a excluir determinadas enfermedades que son minoritarias (por ejemplo, el tratamiento y la investigación de lo que se conoce como enfermedades raras), porque en este caso estaríamos discriminando por una razón simplemente numérica. ¿No somos todos titulares del derecho a la salud? ¿Por qué alguien puede verse negado de la garantía de ese derecho simplemente porque su enfermedad no es mayoritaria o generalizada? Por otra, porque el suficientarismo aunque algo tiene de igualitario, permite crear un mercado privado de salud para las coberturas que no quedan dentro de esa cartera básica, aunque sean mayoritarias y generalizadas, y encuentran un nicho de mercado que acentúa la desigualdad en el acceso y tratamiento; es lo que ocurre en nuestro país con el mercado de la salud buco-dental que provoca que las personas con menos recursos queden excluidas de tratamientos que podrían necesitar. Por eso, para defender el suficientarismo habría que responder a tres cuestiones que señala Wendt²¹ y que no son en absoluto pacíficas: ¿qué se considera suficiente y de acuerdo con qué criterio? ¿Cómo se distribuye debajo del umbral de lo suficiente, con un criterio igualitarista o con otros criterios? Y ¿cuándo se supera el umbral de lo suficiente qué ocurre, la justicia no tiene nada que decir?

Por su parte, el prioritarismo, establece que se deben priorizar determinadas necesidades sanitarias o determinadas personas sobre otras atendiendo a la probabilidad que tienen de

²⁰ CASAL, Paula, «Why Sufficiency is not Enough», *Ethics*, vol. 117, n° 2, 2007, pp. 296-326.

²¹ WENDT, Fabian, «Three Types of Libertarian Suficientarian Libertarianism», *Res Publica*, vol. 25, 2018, pp. 301-318.

salvarse o de curarse²². El prioritarismo, en mi opinión, tiene dos caras, porque su oportunidad o no, va a depender del criterio en el que basemos la prioridad, no en el hecho de priorizar en sí mismo. Lo veremos ahora en relación a la primera ola del SARS-Cov2.

4. LA RESPUESTA DE LA PRIMERA OLA, ¿FUE ÉTICA Y JUSTA? ¿QUIÉNES FUERON LOS RESPONSABLES?

La primera ola del SARS-Cov2 pilló a casi todo el mundo desprevenido. Y desprevenido porque pese a que se trataba de un virus de la familia de los coronavirus que se vienen estudiando desde hace décadas y quizá con mayor profundidad después del MERS y el SARS, el origen de este coronavirus es todavía un misterio. La ciencia, por el momento, parece apostar por un origen animal en el virus que se transmitió a un humano, pero se trata de una hipótesis que no se ha logrado demostrar y, por tanto, podría ser falseada. La otra hipótesis por la que la ciencia no ha querido seguir en tanto la primera no esté descartada es que tuviera su origen en un laboratorio o en el escape accidental de un laboratorio en la ahora famosa ciudad china de Wuhan. En torno a todo esto, debería haber más transparencia y claridad. Primero, porque los datos que ha ofrecido China en relación al número de muertos e infectados no parecen reales viendo lo que ha ocurrido con posterioridad en otros países; en segundo lugar, porque China es un país autoritario y poco transparente que recientemente ha castigado con pena de muerte a quien filtre datos sobre el origen del SARS-Cov2 y que solo un año después ha permitido que inves-

²² Sobre el prioritarismo, vid. entre otros: ARNESON, Richard, «Luck Egalitarianism and Prioritarism», *Ethics*, vol. 110, n° 2, 2000, pp. 339-349; ARNESON, Richard, «Equality, Priority and Compassion», *Ethics*, vol. 113, n° 4, 2003, pp. 145-163; y RIBOTTA, Silvina, «Redistribución de recursos y derechos sociales. La tensión entre igualdad y prioridad», *Derechos y Libertades*, n° 35, 2016, pp. 235-264.

tigadores internacionales y neutrales se desplacen allí para **investigar** lo ocurrido. Es más, aquí se ha vuelto a poner de manifiesto como las potencias mundiales son las que controlan la situación. Ya en diciembre Taiwan informó a la OMS del peligro de un nuevo coronavirus y como la OMS no reconoce a Taiwan y depende económicamente de China hizo caso omiso de la advertencia. Es decir, si tuviéramos que determinar un responsable a nivel mundial, aunque solo fuera por su opacidad, China lo sería por no alertar a tiempo de la gravedad de lo que estaba pasando y la OMS por ser su cómplice e ir siempre por detrás. En mi opinión, el prestigio de la OMS se ha visto muy comprometido con esta crisis y no creo que sea ya del todo recuperable.

Pero dejando esto a un lado, cuando el virus llegó a España, ¿se actuó correctamente? También en España ha habido problemas de falta de transparencia. Los datos de la primera ola sin contabilizar el exceso de número de muertos de la media de los pasados años hacen sospechar **de que** pudo haber más de 20.000 personas fallecidas por culpa directa o indirectamente de la Covid. El gobierno nos ha tratado muchas veces a los ciudadanos como niños pequeños sin reconocer, al principio, la utilidad de las mascarillas como medida de protección simplemente porque no se disponía de ellas en España, pudiendo ocasionar con ello mayores contagios.

En cualquier caso, en los meses de marzo, abril y mayo vivimos momentos muy duros de colapso sanitario. Ahí sí hubo escasez de todo tipo de recursos: escasez de personal en los centros médicos que llevaban desde la crisis financiera de 2008 recortando en recursos humanos, escasez de trajes de protección adecuados que han dado como resultado que España sea uno de los países con mayor número de sanitarios infectados y fallecidos, escasez de camas en los hospitales y en las UCIs. ¿Qué criterio se siguió para administrar esta escasez? Aunque todavía no está muy claro, parece que el criterio que se siguió fue el del prioritarismo y se decidió priorizar a las personas más jóvenes sobre aquellas que tenían más edad, a las que no tenían otras patologías sobre las que presentaban asociadas

más enfermedades, etc. Todo esto sin un criterio muy claro: está por ver si, por ejemplo, en Madrid o en Cataluña, hubo un protocolo que evitaba trasladar a los ancianos de las residencias a los hospitales, pero todo indica que sí, si atendemos al número de fallecidos en residencias (no conocemos, por ejemplo, el número de personas con discapacidad que se han visto afectadas por la enfermedad ni cuántos centros residenciales de personas con discapacidad están en la lista de residencias afectadas; los datos se tienen pero no se facilitan como viene denunciando el CERMI). ¿Es ético este criterio de priorización? ¿Es conforme a los derechos humanos?

Lo vivido no es nuevo, porque existe mucha literatura al respecto. Lo que ha ocurrido en España es que se ha tratado de priorizar a los que se consideraba que tenían más posibilidades de supervivencia. Ahora ¿esto no choca con el discurso de los derechos humanos? Antes he señalado que los derechos son la ley del más débil, como dice bellamente Ferrajoli²³, que se construyen sobre la idea de la vulnerabilidad precisamente para proteger a aquellos que son más vulnerables. Si esto es así, resulta inmoral no atender a los ancianos que vivían en residencias, negarles el derecho a la asistencia sanitaria simplemente porque eran más vulnerables y no podían presentarse en las urgencias de cualquier hospital. En mi opinión, el prioritarismo solo se justifica cuando la prioridad se hace atendiendo a los derechos, atendiendo a los más débiles; son aquellos que merecen más protección los que deben ser nuestra prioridad. Lo contrario vulnera la idea de dignidad de la persona que es el fundamento transversal de todos los derechos. Por otra parte, el hecho de que en algunos sitios los hospitales privados siguieran funcionando generó una desigualdad: las personas con recursos económicos, aunque fueran de esas que el criterio de prioridad utilizado postergaba, podían tener la atención que a otros, en su misma situación, se les negaba. Cuando hablamos del derecho a la asistencia sanitaria en circunstancias de excep-

²³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit.

ción como la que hemos vivido, y es necesario elegir, optar, hay que hacerlo siempre por aquel que tenga una mayor necesidad (sin llegar, es obvio, al encarnizamiento terapéutico), al que está más desprotegido, al que es más débil. Porque los derechos dan o deben dar la vuelta al discurso del poder y proteger a los que no tienen poder, a los que más sufren. En mi opinión, a la inversa del criterio de priorización que se utilizó en muchos de los hospitales de España.

5. **LA SEGUNDA Y TERCERA OLAS, ¿QUÉ OCURRE CON LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL? ¿DEBE JUGAR ALGÚN PAPEL EN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS SANITARIOS? CONDICIONAMIENTOS SOCIOECONÓMICOS.**

España fue uno de los primeros países a los que llegó la segunda ola del SARS-Cov 2. Si en la primera no teníamos apenas información sobre el virus y su forma de transmisión, en esta segunda  contábamos con un conocimiento suficiente de qué conductas hay que evitar para no contagiarse, las medidas higiénicas adecuadas, la obligatoriedad de las mascarillas, la distancia social, etc. Si esto es así, ¿puede jugar la responsabilidad individual algún papel en el derecho a la atención sanitaria? Este debate no es nuevo. Se lleva muchos años discutiendo, por ejemplo, si los fumadores que desarrollan un cáncer pueden ser considerados responsables de esa dolencia y por tanto podrían ser pospuestos a la hora de realizar un trasplante de pulmón. El argumento es que se debe tener en cuenta el comportamiento de un potencial beneficiario cuando distribuimos recursos que son escasos. Wilkinson ha denominado a esto el «argumento de la restauración» ²⁴: «si ante la necesidad de

²⁴ WILKINSON, Stephen, «Smokers' Right to Health Care: Why the «Restoration Argument» is a Moralising Wolf in a Liberal Sheep's Clothing», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 16, n° 3, 1999, pp. 255-269.

asignar un recurso escaso el factor de haber desarrollado a conciencia una conducta arriesgada, sabiendo y asumiendo dicho riesgo, no resulta decisivo, aquellos que no han desplegado dicho comportamiento habrán estado costeando un estilo de vida privado y pernicioso»²⁵. Vemos en las noticias casi todos los lunes, fiestas clandestinas con más personas de las toleradas en casas, locales, sin guardar la distancia de seguridad y sin mascarilla. ¿En caso de que esas personas se contagiasen, deberían ser postergadas? Roemer defendió hace años que como las cosas no son blancas o negras, habría que comparar el comportamiento de un individuo con el comportamiento medio de su grupo socio-económico. Por ejemplo, si la media de años que fuma un profesor universitario son 10 y, en cambio, la media de años que fuma un trabajador de la construcción son 30, si A es profesor universitario, ha fumado 10 años y ha desarrollado un cáncer del pulmón y B es trabajador de la construcción, ha fumado 30 años y ha desarrollado el mismo cáncer, los dos tendrían derecho a la misma asistencia sanitaria y no tendría sentido establecer una priorización del primero sobre el segundo porque ha fumado menos años²⁶. Roemer aquí lo que intenta poner de manifiesto es que la salud muchas veces viene condicionada por factores sociales, económicos y educativos. Junto a esto, además, cuando hablamos de medicina no existen relaciones de causalidad puras. Una persona puede fumar toda la vida y no desarrollar cáncer de pulmón y otra puede no haber fumado nunca y desarrollar ese cáncer.

En la segunda y **tercera** olas del virus hemos visto que los hogares con más personas y con menos espacio se contagiaban más o más rápidamente, hemos visto gente que, aunque había dado positivo o por ser contacto estrecho y que debía mantener una cuarentena, se la saltaba porque dependía de la economía informal. Es decir, la desigualdad socioeconómica ha afectado



²⁵ DE LORA, Pablo y ZÚNIGA FAJURI, Alejandra. Op. cit., p. 282.

²⁶ ROEMER, John, «Equality and Responsibility», *Boston Review*, vol. XX, n° 2, pp. 3-7.



al virus, a un virus que ya no es solo una enfermedad, sino que es también una crisis económica que está dejando a mucha gente en la calle sin ningún tipo de recurso. Esto nos debe hacer reflexionar sobre la temática a la que está dirigido este volumen: si entendemos el derecho a la salud como algo más que el simple derecho a la asistencia sanitaria, la salud está muy condicionada por aspectos socioeconómicos. ¿Quiénes pueden teletrabajar? Aquellos que poseen un nivel de rentas y de cualificación elevado. ¿Qué niños son los que han podido seguir las clases on-line? Aquellos que en su casa disponían de conexión a internet y de ordenador o tablet. La economía de nuestro país está muy orientada al sector servicios (hostelería, turismo, servicios de todo tipo). Las PYMES conforman el tejido empresarial fundamental de nuestra economía porque son ellas las que más empleo ofrecen. Una crisis como la que estamos viviendo destruye la economía de los servicios porque es necesario cerrarlos o limitar su aforo. Por ello, son sus empleados los que más están sufriendo la alarmante subida del desempleo y los que al mismo tiempo más expuestos han estado al virus con trabajos cara al público. Si bien es cierto que el virus ha terminado por afectar a todo el Estado y a todos los barrios, sean estos de ingresos más o menos elevados, la posibilidad de cumplir con las restricciones sanitarias de aislamiento y de cuarentena solo han estado disponibles para personas con niveles de renta elevados.

Creo que aquí el Estado debería haber puesto más facilidades en estas situaciones. Esto es, utilizar por ejemplo hoteles para que las personas en cuarentena pudieran aislarse o poner más facilidades con el tan traído y anunciado Ingreso Mínimo Vital que finalmente no está llegando a todos los hogares que lo necesitan, sino tan solo a un 5% de los mismos. Si una persona tiene que elegir entre dar de comer a su familia o quedarse en casa dos semanas, es comprensible que se salte el confinamiento. El peligro aquí es que está poniendo en riesgo vidas ajenas, pero no creo que se le pueda hacer plenamente responsable por ello. La salud entendida en un sentido amplio tiene que ver con unas condiciones de bienestar y de alimentación mínimas que

en España no se cumplen cuando más del 20% de la población está en situación de riesgo de exclusión social y de pobreza. Si queremos que estas personas se comporten responsablemente, el resto como sociedad, debe ser responsable con ellos, se les deben facilitar los medios. De ahí que no crea que se deba negar o posponer la atención sanitaria a estas personas en caso de ser necesario.

Cosa distinta es cuando esto se hace no por necesidad, sino por pura diversión. Las fiestas que normalmente vemos en los telediaros no son precisamente de gente con escasez de recursos, sino todo lo contrario. En este caso, habría que exigirles una responsabilidad (que no fuera solo la de la correspondiente sanción administrativa) sin negarles la atención sanitaria a la que tienen derecho, pero, por ejemplo, obligándoles a un copago o posponiéndolos hasta el final en el proceso de vacunación.

6. ¿QUÉ HACEMOS CON LA(S) VACUNA(S)?

El mundo tiene puestas sus esperanzas en las vacunas que actualmente se están administrando y desarrollando por parte de distintos laboratorios en un esfuerzo coordinado de investigación que antes no se había visto en el mundo. Con las vacunas se ve ya la luz al final del túnel de esta pandemia que tanto nos ha afectado a nivel global. Con todo, las variantes que como reacción a las vacunas pueda desarrollar el virus hacen pensar que esto no va a acabar aquí y que probablemente sea necesario que nos vacunemos periódicamente (o cuanto menos, ciertos sectores vulnerables de la población). Por eso, en contra de lo que de una forma un tanto populista los gobiernos de los distintos países nos quieren hacer creer, ciertamente el fin de la pandemia no está ahí y todavía hará falta uno o dos años si las vacunas funcionan para que podamos volver a lo que se ha denominado la «vieja normalidad», a la que quizá no habría que volver nunca.

Con todo, las vacunas ponen sobre la mesa tres dilemas éticos a los que solo brevemente haré referencia: en primer lugar, el orden de prioridad a la hora de administrar las vacunas, en segundo lugar, la desigualdad que en el proceso de vacunación se va a producir entre países ricos y pobres y, por último, el negocio que la industria farmacéutica saca con todo esto.

Comenzando con el primer punto, parece obvio que si la vacuna va a llegar de forma progresiva según se vaya fabricando es necesario establecer un orden de prioridad en la vacunación. Estamos, de nuevo, ante un recurso escaso y aquí, a diferencia de lo que ocurrió con el acceso a hospitales, UCIs y demás, se ha optado con buen criterio, en mi opinión, porque se  los colectivos más vulnerables los que se vacunen primero. Esto sí es coherente con la lógica de los derechos de proteger a los más débiles. No obstante, habrá que estar muy atentos no vaya a ser que el remedio sea peor que la enfermedad. Y obviamente, creo que de acuerdo con nuestra legislación actual donde la Ley de Autonomía del Paciente reconoce el derecho a rechazar un tratamiento, resultaría difícil imponer la obligación de vacunarse. Quizá el único argumento que podría justificar aquí una medida tan paternalista como esa sería la de la protección a terceros, aunque yo creo que no tienen un peso suficiente si seguimos manteniendo las medidas necesarias para evitar los contagios como el uso de mascarillas, la distancia social, o la higiene de manos. Y menos cuando las vacunas que tenemos hasta ahora lo que hacen es prevenir la enfermedad, pero no son esterilizantes ni previenen el contagio. Obviamente aquí habría que hacer una ponderación entre el mal que se quiere evitar con la restricción de la libertad individual que supone obligar a vacunarse. Si en el confinamiento pesó más la protección de la salud sobre las libertades individuales, en este caso, cuando hablamos de la imposición de una vacuna, creo que la ponderación no resulta tan sencilla de realizar siempre que la persona asumiera, por un lado, el riesgo que corre de infectarse y desarrollar la enfermedad quizá de forma grave, y por otro, la obligación de mantener una serie de medidas que también limitan su libertad, pero que serían el precio a pagar

por la negativa a vacunarse. Por suerte, la mayor parte de los países que ya están administrando la vacuna lo hacen de una manera gratuita. Pero de nuevo aquí nos podemos encontrar, según avance el proceso de vacunación, con sectores de la población que no tengan acceso a ella, como los migrantes irregulares. Por otra parte, en el orden de vacunación no solo debería primar un criterio de vulnerabilidad entendido en un sentido exclusivamente sanitario, sino también observarlo desde una perspectiva amplia de la salud, donde elementos sociales y económicos también hacen más vulnerables a las personas y esto es algo que no se está teniendo en cuenta.

En segundo lugar, y como siempre, son los países ricos los que han comprado la producción de la vacuna de aquí a un tiempo. ¿Y qué va a ocurrir con los países menos desarrollados? Que van a ser los últimos en vacunarse, con lo que a la pobreza de esos países y las dificultades sociales y económicas en las que vive mucha gente hay que añadir el riesgo de la enfermedad y de la muerte. Por eso creo que desde una perspectiva de derechos humanos que atiende a los más débiles deberían haberse puesto a disposición de los países con más dificultades sociales y económicas las vacunas primero, en un esfuerzo de solidaridad internacional y global comprometido con el derecho al desarrollo de estos países.

Esto enlaza con el tercer problema. Los grandes beneficiados de la pandemia son las industrias farmacéuticas que han firmado contratos multimillonarios con los países desarrollados o con la UE. ¿No hay aquí una causa de fuerza mayor para dejar en suspenso los derechos de propiedad sobre las vacunas? ¿No pesa más la protección de la salud a nivel global que la propiedad intelectual de las mismas? Más, si cabe, cuando muchas de las investigaciones que pueden dar como resultado vacunas están siendo financiadas, al menos en parte, por los impuestos de los países. Si esto es así, las patentes de las vacunas deberían considerarse un bien común y no un bien privado que explotan las industrias farmacéuticas cuya moralidad es más que cuestionable porque juegan con la salud como un bien mercantil no solo en esta cuestión sino en todas o casi todas.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho a la salud, entendido en sentido amplio como derecho social, tiene íntimas conexiones con el resto de derechos, no solo el más evidente como es el derecho a la vida, sino también el resto de derechos sociales, económicos y culturales. La salud está íntimamente relacionada con las condiciones de ausencia de recursos, pobreza, falta de empleo o empleos extenuantes que en un mundo de precariedad cada vez más generalizada, está deteriorando la salud de las personas. La pandemia del SARS-Cov2 que estamos viviendo está dejando un montón de desempleos, de colas del hambre, que están dañando la salud de las personas, por ejemplo, la salud mental, hasta el punto que un reciente estudio publicado en *The Lancet* habla de que esa puede ser la próxima pandemia²⁷. En esta pandemia, aunque ha habido infectados y muertos de todas las clases sociales, se ha visto cómo el efecto ha sido mayor sobre las personas más vulnerables no solo en un sentido físico, sino también social. Que haya habido tantos ancianos que hayan muerto en residencias sin recibir la asistencia sanitaria, esto es, un derecho del que eran titulares, no solo supone una discriminación por razón de edad, sino también porque muchas de las personas que viven en este tipo de centros no tienen recursos para recibir asistencia personal como la recibirían en sus casas en caso de disponer de medios socioeconómicos suficientes. Algo similar ha ocurrido en los confinamientos de aquellas personas que han resultado positivas o contacto estrecho de un positivo: la imposibilidad de aislarse si en un domicilio viven varias personas y no se cuenta con habitaciones suficientes o un baño separado, la necesidad de ir a trabajar aun estando

²⁷ TOWNSEND, Ellen, «Covid-19 policies in the UK and consequences for mental health», *The Lancet*, vol. 7, n° 12, 2020, 15 de octubre. Para mayor detalle vid. PIERCE, Matthias, HOPE, Holly, FORD, Tamsin et al. «Mental Health before and during the COVID-19 Pandemic: a longitudinal probability sample survey of the UK population», *Lancet Psychiatry*, vol. 7, 21 de julio, pp. 883-992.

contagiado porque se trabaja en el sector informal o porque el empresario amenaza con el despido en caso contrario, ponen de nuevo sobre la mesa que la clase socioeconómica está íntimamente ligada a la salud.

Cuando todo esto pase, no sé si habremos aprendido algo. Probablemente se siga sin prestar la suficiente atención a la pobreza que es la mayor vulneración de los derechos humanos, porque no es ya que afecte al derecho a un nivel de vida digno, sino que afecta al resto de derechos y, en particular, al derecho a la salud. Esto que ya se sabía, se ha puesto en evidencia con la pandemia del SARS-Cov2. Que se desarrollen políticas públicas centradas en los más vulnerables con un enfoque de derechos es una asignatura que tenemos pendiente y a la que, lejos de la palabrería fácil de declaraciones grandilocuentes, nuestra clase política no le presta la atención debida.

