

LA JUSTICIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS DE LA SALUD

EDUARDO DEVIS-MORALES

Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de La Sabana

I. LA JUSTICIA

"Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi".

Esto es, la intención firme y constante de dar a cada uno lo suyo. Es la definición que de *justicia* diera Ulpiano.

Pero, la verdad es que la *justicia*, en abstracto, como todos los grandes conceptos humanos o algo superiores a lo humano, es un mero valor que requiere vivirse para traducirse en virtud.

Posee carácter teológico en San Agustín, que la define como *amor al sumo bien*, o sea, a Dios. Se manifiesta racionalista cuando Platón la basa en la actuación del propio obrar. De acento exclusivamente jurídico, es la ya transcrita definición justiniana. Y hasta ha sido plasmada como fórmula matemática por los pitagóricos, que la consideraban representable como la multiplicación de un número por sí mismo. También como orden cósmico, es el caso de Anaximandro y Heráclito, o como el orden de los seres humanos según Parménides.

Sócrates enfocó la justicia desde el conocimiento y la observancia de las leyes que gobiernan las relaciones entre los hombres. Atisbó la diferencia entre lo justo y lo legal, orientando esto último por el derecho positivo, y afirmando lo primero en el derecho natural, en lo no escrito, en lo bueno y lo recto. Por su parte, Platón y Aristóteles centraron la justicia en la virtud. Para el primero, era aquella que mantenía la unidad, el acuerdo y la armonía. En cambio, para el otro filósofo ofrecía un aspecto social, que imponía a cada uno respetar el bien de los demás.

Santo Tomás afirmó que es propio de la justicia ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, por implicar cierta **igualdad**, como su mismo nombre revela. Consiste, dijo, en dar o atribuir a cada uno lo suyo según una igualdad, entendiendo por suyo cuanto le está subordinado o atribuido por sus fines, según lo trazado por Dios a sus criaturas. Para este pensador, la justicia está en directa relación con lo social: es una virtud esencialmente *ad alterum*, se refiere siempre al otro¹.

Y en *Las partidas* se definió la justicia como “una de las cosas porque mejor y más enderezadamente se mantiene el mundo, y que es como fuente de donde manan todos los derechos”. En ellas se establecieron como mandamientos los mismos consagrados en la triple manifestación práctica de la justicia definida en el derecho romano:

- *honeste vivere* (vivir honestamente),
- *alterum non ladere* (no dañar a otro), y
- *jus suum cuique tribuere* (dar a cada uno su derecho).

El término justicia procede del sustantivo latino *justus* (que es la cualidad de un modo de ser la persona, esto es, del hombre justo), derivado a su vez de *jus* (derecho). Hay también una equivalencia de la definición etimológica de la justicia en el pensamiento griego: *dikaiosyne* procede de *dikaion* (el modo de ser del hombre justo), derivado a su vez de *dikaion* (lo justo), según se puede apreciar en Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*². La claridad de la voz *justicia* ha representado, sin embargo, y tal como sucede con los grandes términos o con las grandes palabras, una desafortunada traslación de significado; de ser virtud o acto humano sobre lo justo, ha pasado a convertirse en una simple formalidad, sin contenido distinto al que de tiempo en tiempo, o de circunstancia en circunstancia, es llenado a voluntad por la ideología de turno; por eso muchas veces encontramos *derechos* que han dejado de ser *justos*: la paradoja de la cual nunca podrá escapar el positivismo a ultranza es precisamente la de articular socialmente derechos sin ser derechos, porque

1 Sobre el derecho como objeto de la justicia, véase la *Summa Theologiae*, q. 57, art. 1, resp.; sobre la justicia como virtud *ad alterum*, cfr. q. 58, art. 2, resp.

2 *Ética Nicomaquea* (V, 1, 1129a).

éstos han dejado de ser justos en su propia naturaleza. Pienso que esto ha sido un error, porque derecho y justicia son inescindibles, presentan una relación tal que no es posible predicar el uno sin la otra. No existe, en este sentido, un derecho injusto.

La razón fundamental de esta traslación no ha sido otra que la apreciación subjetiva que la justicia tiene y ha tenido en todos los tiempos. La justicia tiene, en la apreciación de los hombres, distintos prismas, y es imposible albergarla en una ley física inmutable. Producto de la naturaleza humana, el derecho sufre las mudanzas que le imprimen los distintos pareceres, los cambios de opinión, las diversas apreciaciones de un fenómeno jurídico dado; pero una cosa es la normal perspectiva diferencial que se tenga sobre la justicia, y otra muy distinta es vaciarla de su contenido real: su relación intrínseca con lo justo o con el derecho.

La virtud constante y perpetua de reconocimiento, respeto y otorgamiento de los derechos de los demás, con base en el amor que les debemos y en su dignidad como personas humanas, es, a mi modo de ver, la máxima expresión de la justicia, entendida esta, en abstracto –en forma de valor–, como el ideal de estado permanente de orden y equilibrio entre las necesidades, las obligaciones y los derechos de todos, de forma que les permita subsistir, crecer y realizarse en función de su fin último superior.

En todo caso, a pesar de vislumbrarse este carácter ideal o abstracto de la justicia, también existe una dimensión concreta de ella, quizás más modesta, aunque en realidad más tangible, y que consiste en la justicia propia de los juristas: la justicia del foro, que es la justicia del caso concreto, la que mira la cosa justa de cada hombre considerado en su individualidad. De ahí que pareciera que la fórmula de justicia de Ulpiano manifestara de manera explícita el verdadero objeto de la justicia, que es el derecho. Esto nos pone de manifiesto que cualquier ideal que la sociedad tenga sobre la justicia, solo podría lograrse a través de su concreción en cada caso concreto y de la realización del derecho. Por eso, los clásicos no dudaron en afirmar la primacía del derecho sobre la justicia, o dicho de otro modo, que la justicia está en función del derecho, y no a la inversa³.

3 HERVADA, Javier. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1989, p. 118.

Todo ser humano presenta una individualidad personal. Por eso, tiene derecho a ser tratado como una persona, no como un objeto ni como un medio para determinados fines. Cada uno de nosotros necesita, para conservar la vida, cubrir ciertas necesidades (alimentación, vestido, habitación, salud,...), y para desarrollarse en su inteligencia y en su voluntad, debe contar con determinadas posibilidades: información, comunicación, respeto, libre expresión, medios formativos,... Por ser una exigencia de nuestra naturaleza, tenemos derecho a disponer de todo ello, y los demás tienen obligación de dispensárnoslo en la medida de su posibilidad y capacidad. Tal es el fundamento de la solidaridad⁴.

De ahí que el hombre justo es el hombre bueno, el que satisface la necesidad que tiene cada persona de crecer, de lograr la estatura espiritual que le corresponde. Todos somos responsables de nuestra propia vida, de la configuración que va a ir adquiriendo. Tal responsabilidad implica un deber, pero también un derecho: el de recibir todas las posibilidades que necesitamos para dar a nuestra realidad personal la dignidad y el honor que le corresponde. Por eso, ser justo es hacer lo posible para que toda persona pueda cumplir las exigencias de su desarrollo personal. Lo que nos impulsa a observar un comportamiento justo es la seguridad de que formamos parte de una gran comunidad, en la que todo se halla interrelacionado y cuya buena marcha pende de la conducta recta de cada uno. "Nadie es despreciable, por anodina que parezca su vida. Nuestra existencia presenta una insospechada gravedad e importancia, porque está llamada a una tarea colosal. Esa dignidad básica suscita un sentimiento de aprecio y amor"⁵.

II. LA IGUALDAD

El derecho, como objeto que es de la justicia, implica una medida; es decir, no existen derechos ilimitados, desmesurados, absolutos, desproporcionados, sino que por su propia índole todo derecho –fundamental o no– está necesariamente ajustado o medido. Y en esto consiste primeramente el

4 VILLAPALOS, Gustavo, y LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. *El libro de los valores*, Editorial Planeta, S. A., 1997.

5 *Ídem*.

concepto jurídico de la igualdad en relación con la justicia: no es posible predicar de esta una acción mediante la cual se le da a todos lo mismo, porque no todos requieren lo mismo. La justicia, entendida en términos de igualitarismo, desconoce el carácter individual de la persona humana. El concepto de igualdad es contrario al de *mismidad*. Por eso, cuando se afirma que el derecho, como objeto de la justicia, significa lo justo, se está significando al mismo tiempo que el derecho es medido –lo justo no es ni más ni menos, simplemente es lo que es justo o ajustado–. De ahí que Aristóteles haya afirmado que el derecho sea también *lo igual*. Este concepto de igualdad es trascendental para determinar la repartición de los bienes en una sociedad: una vez más se advierte que lo justo, entendido en términos de igualdad, es nada menos que la medición o la medida del reparto en la justicia; y una vez más se colige que la justicia en los repartos (la llamada justicia distributiva) implica de suyo una relación de proporción entre los sujetos de esta relación de justicia.

La igualdad jurídica de la que estamos hablando fue llamada por Aristóteles de dos maneras, dándole a cada una una misma significación o equivalencia; tales maneras son: *isón* y *analogón*, es decir, *lo igual* y *lo proporcional*, aplicado el primero a las relaciones de justicia correctiva y el segundo a las de justicia distributiva. Tomás de Aquino prefirió los términos *adæquatio* y *commensuratio*, pero dándoles la misma distinción que El Estagirita hizo en las clases de justicia descritas.

Que el derecho es lo igual –y en esto sigo a Javier Hervada– significa dos cosas: primero, que lo dado por la acción justa es igual a lo debido, y segundo, que lo debido es lo adecuado o proporcionado a su titular; de ahí que el jurista español haya definido la igualdad como “la relación de proporción o adecuación entre el derecho y su titular, esto es, entre la cosa y el poseedor del título”⁶.

Otra manera de entender la igualdad es acudir a la persona humana considerada en sí misma. Así, hablamos más que todo de una igualdad esencial o natural que compartimos todos los seres humanos. Por eso, se afirma que nadie es más o menos que otro, porque todos somos iguales por naturaleza; en esto radica la igualdad fundante, que es reflejo de que todos los seres

6 HERVADA, Javier, *op. cit.*, pág. 222.

humanos tenemos un mismo estatuto ontológico: la dignidad humana. Esta igualdad fundante da lugar a que todos seamos, en términos jurídicos, sujetos de derecho. Acá las palabras podrían eventualmente confundirnos: decir que todos seamos sujetos de derecho no significa que todos tengamos los mismos derechos. Ya hemos advertido que la igualdad de la justicia no es mismidad ni igualitarismo. Significa más bien que cada cosa atribuida es igualmente derecho respecto de cada hombre, o en otras palabras, todo derecho tiene la misma fuerza con relación a su titular.

Hay, sin embargo, un aspecto en el cual la misma dignidad humana implica necesariamente la misma igualdad de derechos: se trata de los derechos fundamentales de la primera generación o, en términos técnicos más precisos, los derechos de aplicación inmediata.

En lo humano general, *la igualdad* no existe. Es evidente que lo único que nos iguala son la dignidad y el anhelo de felicidad, comunes a todo ser humano. Por lo demás, la igualdad se presenta como aspiración difundida, sobre todo por los menos dotados, los más indolentes, los menos ejemplares, que así, aportando menos, pretenden recibir más. Si con ello se satisface a los inferiores y a las medianías, se ofende a los de mayor capacidad, diligencia o actividad. Contra la aceptación precipitada del igualitarismo entre los hombres, que propugna por la desaparición de las diferencias entre los humanos, resulta indiscutible que todos somos distintos, como resultado del ejercicio de la unicidad e irrepitibilidad que nos caracterizan.

Cosa bien diferente ocurre cuando se habla de *la igualdad ante la ley*. La propia generalidad de la ley lleva a equiparar a todos los ciudadanos, siempre que ocurra identidad de circunstancias. El principio de igualdad ante la ley, que consagra una igualdad meramente formal, ha venido siendo reconocido por la jurisprudencia de los países y por las legislaciones y, en el presente, es un axioma que pocos se atreven a desafiar. Los textos constitucionales declaran con énfasis que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin establecer distinciones de especie alguna. Esto implica, teóricamente, que los privilegios y las excepciones, por lo menos en lo que hace a la letra y al espíritu de las leyes, han desaparecido. Las mismas leyes rigen para todos los ciudadanos, y a todos les son aplicables sin excepción.

La idea de igualdad se ha generalizado en el pensamiento político occidental, desde el cristianismo primitivo. Después se trataba de una igualdad puramente formal, constitutiva de un derecho de primera generación y de un principio político, forjados, como lema, en la Revolución francesa, junto con *la libertad y la fraternidad*. Esa igualdad buscaba simplemente suprimir los privilegios que hasta entonces tuvieron las clases dirigentes. A partir de entonces, todas las constituciones han incorporado la igualdad ante la ley.

Pero la igualdad de que tratan las más recientes constituciones, incluida la colombiana de 1991, es también una igualdad material; es un derecho de segunda generación: se pretende el logro de la igualdad, en forma real y efectiva, y, para su logro, se le imponen obligaciones al Estado.

Como reflejo fiel del anterior proceso, la Constitución colombiana de 1886 no consagraba expresa e inequívocamente el derecho de igualdad, sino que simplemente hacía referencias a él. El artículo 19, por ejemplo, establecía la asistencia social para los grupos menos favorecidos.

La Constitución del 91, en cambio, consagró clara y expresamente el derecho a la igualdad, y su arma de defensa, la acción de tutela. El derecho de igualdad ante la ley encuentra su desarrollo constitucional en el artículo 13 de la Carta Fundamental, y el principio de la igualdad inspira toda la Constitución. No es sino revisar el preámbulo y, además del artículo 13, los artículos 1º, 2º, 5º, 40, 42 a 50, 53, 85, 86, 356, 357, 368 de la misma, para poder apreciarlo en toda su magnitud.

El mencionado artículo 13 de la Constitución dice:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados⁷.

7. Esta cláusula se llama en el constitucionalismo *Affirmative Action*. En los EE. UU. es muy frecuente: v. gr., cuando se obliga a una universidad pública a que un tanto por ciento de sus estudiantes o de sus profesores sea de raza negra.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-345 de 1996, define que los elementos del derecho de igualdad son los siguientes:

- El principio general según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y deben recibir la misma protección y trato de las autoridades;
- La prohibición de establecer o consagrar, en forma alguna, discriminaciones;
- El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todos;
- La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas a favor de grupos disminuidos o marginados;
- Una especial protección a favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y
- La sanción de abusos y maltratos que se comentan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En síntesis, se ha pasado de una igualdad ante la ley, meramente formal, a una igualdad material, que implica, además, la prohibición de establecer discriminaciones, y los deberes del Estado de promover una igualdad real y efectiva, de establecer privilegios en favor de los grupos discriminados o marginados y de los más débiles, y de sancionar a quienes cometan abusos contra ellos.

Sin embargo, al igual que los demás derechos, el de igualdad no puede ser absoluto. No es sino que pensemos que no todo trato igual es razonable y está justificado, y que no todo trato desigual es irrazonable e injustificado.

Corresponderá al juzgador, en cada caso, examinar si el criterio que sustenta la igualdad o la desigualdad es constitucional o no lo es.

Por otra parte, la igualdad material no se traduce en *igualitarismo*, que implica igualdad permanente en todo y para todo, pues a pesar de que todos tengamos derecho a unas mismas cosas materiales –alimentación, vivienda, salud, vestido, etc.–, todos estos derechos están supeditados a condiciones de realización.

III. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA JUSTICIA⁸

Lo importante de la definición clásica de justicia, inicialmente citada, está en el hecho de que se trata de una acción humana que, como todas las acciones, se especifica por un objeto, es decir, hay una ordenación propia de la acción de la justicia. Tal objeto, nos lo dice la misma definición, es el *ius suum*, que se traduce como lo justo, lo suyo. Por eso la justicia es darle a cada uno lo justo, lo suyo. Y lo justo (lo suyo) es el derecho. De ahí que la definición deba expresarse en términos de *darle a cada uno su derecho*.

En principio, supuesto un título jurídico por el cual se atribuye un derecho, uno tiene que afirmar que la justicia es independiente de la forma de Estado, o del sistema de gobierno, o del régimen político. Es decir, el derecho como algo que me es propio, no mira ni puede mirar si yo hago parte de una democracia, de un estado liberal, de un estado social, de un sistema parlamentario, de un estado federal, etc. Por eso, en razón de la *existencia* del derecho y del consecuente imperativo de la justicia, no es necesario presentarlo desde el punto de vista del Estado. Lo natural en el hombre es la sociedad, no el Estado: el Estado es organización de esa sociedad a través de una forma, que puede ser liberal, democrática, social, autocrática, etc.

Sin embargo, el Estado sí es importante, de cara no a la existencia del derecho, sino a la *eficacia* de la justicia (o de su objeto), porque la persona

8 MORA RESTREPO, Gabriel. Colaboración en documento denominado *Notas sobre el estado social de derecho y la justicia*. Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Al profesor Gabriel Mora Restrepo le agradezco muy especialmente su excelente colaboración en la realización de este escrito.

humana, a pesar de tener un título jurídico sobre un conjunto de cosas, este puede ser desconocido por el Estado del cual haga parte. Nuestro Estado actual, definido como un estado social de derecho, se sitúa precisamente en esta línea indicada: se entiende que en este tipo de Estado se tiene una orientación más decidida hacia la efectiva realización o concreción de los contenidos de justicia, esto es, hacia su eficacia.

El estado social de derecho puede ser entendido como la forma de Estado o régimen político que supera históricamente al simple estado liberal de derecho y al simple Estado social.

El primero, el estado liberal, es el propio estado post-revolucionario de los siglos XVIII y XIX, que rompe el régimen antiguo de la monarquía absolutista, y que se funda sobre tres o cuatro principios básicos, tales como la separación de los poderes, el principio de legalidad, la autonomía de la voluntad privada (aunque esto dependerá de cierto desarrollo histórico) y los llamados derechos de la primera generación: derecho de libertad (especialmente individual, de expresión, de prensa, en algunos casos de asociación, religiosa en otros casos, etc.), derecho de igualdad ante la ley (tal como quedó expresado atrás), derecho a la vida, derecho a la propiedad (absoluta), derecho a las garantías fundamentales en materia de juicios. Es importante resaltar, del estado liberal decimonónico, lo relativo al concepto de libertad, la cual se entiende desde un punto de vista negativo: aquel irreductible espacio de la voluntad individual, en la que no puede existir injerencia de parte del Estado o de las demás personas. Por eso, la libertad negativa es llamada *ausencia de coacción*, autonomía, espacio vedado, aislamiento: la protección de la libertad exige que las intervenciones de las autoridades sean admitidas solo como excepción.

El estado social, que es en cierto modo la otra cara que conforma el estado social de derecho, es una reacción a la carencia de rostro humano del estado liberal. Surge tanto de las tesis del socialismo (utópico y marxista), como de la doctrina social de la Iglesia católica; el primero aparecerá como estado socialista *stricto sensu*; el segundo, como estado social al que acompaña la libertad individual. Las primeras constituciones de las que puede predicarse un estado social son la mexicana de Querétaro, de 1917, y la de Weimar, de 1919. Otra influencia fue el *New Deal* estadounidense. La idea

central del estado social es la transformación del derecho de igualdad formal del estado liberal, al derecho de igualdad material; la concreción de este postulado vino a producirse a través del surgimiento de los llamados derechos sociales, económicos y culturales, tales como los derechos a la salud, a la vivienda, a la huelga, a la seguridad social, a la propiedad privada (con función social), a la libertad de empresa, a la libre competencia (el estado social es por lo mismo distinto del estado socialista), a la educación, a las expresiones culturales y artísticas.

El rostro humano del estado social, traducido en tales derechos, adquiere su fuerza definitiva a través de mandatos constitucionales claros y directos, para que las autoridades públicas actúen decididamente hacia la realización de la justicia social. De allí que la síntesis del estado social pueda ser descrita como aquel que busca garantizar estándares mínimos de salud, de educación, de alimentación, de vivienda, de propiedad y, en general, de esta clase de derechos denominados de la segunda generación.

Sin embargo, el estado social como tal, en su pureza, es un estado intervencionista, que en cierta manera sacrifica la libertad individual, llegando muchas veces a supeditarla a los mandatos materiales que establecen las constituciones. En otras palabras, el estado social, o de bienestar, es excesivamente paternalista y direccionista: al buscar garantizar la igualdad de las condiciones sociales, con detrimento de la libertad individual, especialmente en materia económica, produjo una profunda crisis, que se tradujo en una preponderancia de lo estatal sobre lo social –a través de un conjunto exagerado de regulaciones legales–. Esta es tal vez la razón fundamental por la cual en la década que siguió a la segunda guerra mundial, y hasta los años ochenta, la mayoría de los países entraron en una especie de desmonte progresivo del aparato creado por el estado social, para transformarlo en algo que pudiera garantizar un equilibrio entre la libertad individual y la igualdad material, o, dicho en otros términos, un estado en donde la iniciativa de lo privado pudiera convivir al lado de una justicia material, real y efectiva.

Es acá donde encontramos el nacimiento del estado social de derecho. Un estado que comprende que tanto la igualdad como la libertad se coimplican mutuamente; para lograrlo, transforma el sentido que la libertad del estado liberal tenía, para convertirla en una libertad de participación en lo social,

que no ve al hombre como un individuo autónomo, que hace su propia vida con independencia de lo social, sino que le obliga a participar activamente en la persecución de fines sociales de justicia. De ahí que sea más propio hablar de este estado como social y *democrático* de derecho, en donde lo democrático es especialmente lo *participativo*. Este es el verdadero sentido constitucional del término, tal como lo establecen la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución española de 1978, así como nuestra Constitución de 1991⁹.

Otro asunto que surge en el estado social de derecho es la consagración de los llamados derechos de la tercera generación: los derechos colectivos y del ambiente (hoy se habla de los de cuarta generación, que son los derechos de grupos, de minorías, también consagrados en la Constitución colombiana de 1991). Se combinan así las distintas etapas de los derechos fundamentales, otorgándosele un énfasis especial a la realización efectiva de los derechos, es decir, a su eficacia.

Como función del estado moderno se señala la del *bienestar público o social*, en el sentido de procurar a todos los habitantes de su territorio la protección encaminada a conseguir los medios económicos, sanitarios, intelectuales y de cualquier índole, conducentes a una existencia digna, segura y cómoda, para quienes trabajan, para los impedidos de hacerlo o para los que hayan alcanzado la edad merecedora de descanso.

IV. EL DERECHO A LA SALUD

Es verdad que el derecho a la salud es fundamental, o como dirían los clásicos, un derecho natural; esto significa que se trata de uno que procede de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por lo tanto, es propio del hombre en cualquier estado y en cualquier época histórica. Sin embargo, el derecho a la salud, entendido desde el punto de vista del reparto (desde la justicia distributiva), es, como diría Hervada, un derecho natural originario

9 "La República Federal Alemana (*Die Bundesrepublik Deutschland*) es un Estado federal (*Bundesstaat*), democrático y social". - "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político." - "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, ...".

derivado, pues está sujeto a una mayor variabilidad en lo que respecta a su extensión (a su medida), por cuanto es dependiente en mayor grado de las condiciones históricas, sociales o económicas. Esto se predica de todos los llamados derechos sociales, económicos y culturales, no así de los de la primera generación. Por ejemplo, es un postulado del estado social de derecho el acceso a la propiedad privada, o el acceso de todos a la educación, o a la vivienda; sin embargo, para que sea efectivo cada uno de estos derechos, para su viabilidad, se requiere de condiciones materiales (sociales, políticas, culturales, etc.). Por eso también se les llama, a este tipo de derechos, *derechos fundamentales de contenido programático*, para indicar que se trata de un conjunto de mandatos que el constituyente da al Estado (a los legisladores y a la administración especialmente) para que los haga posibles en términos de finalidad. De ahí también que la Corte Constitucional de Colombia no conceda la acción de tutela respecto de estos derechos, **salvo** que los mismos estén en *conexidad* directa con un derecho fundamental de primera generación.

La diferencia entre este tipo de derechos y los llamados de aplicación inmediata o de primera generación, desde la ciencia del derecho natural, es esta: el derecho natural es *primario* cuando deriva de una tendencia básica de la naturaleza humana, o cuando representa un bien fundamental de la naturaleza humana; estas tendencias o estos bienes son, entre otros, el vivir en comunidad, la búsqueda de la felicidad, el amar a Dios, la tendencia al trabajo, a la comunicación y al conocimiento, la unión de los sexos con miras a la procreación, la conservación de la vida. En cambio, el derecho natural es *derivado* cuando deviene de uno primario: del derecho a la vida se deriva el derecho a la salud, como también el derecho a alimentarse. Pero estos últimos dependen de un estado o de una condición que es variable por las circunstancias sociales (es lo que en teoría constitucional se llaman derechos fundamentales por conexidad o conexión).

No se desconoce que tales derechos sean naturales, solo que dependen de algo externo para su efectiva realización. Dependen no tanto del oficio del jurista, como del oficio del político, o del economista, etc. Es, si se quiere, *el ideal de justicia*; pero fijémonos que se trata más de una aspiración (de un valor) que de un derecho en estricto sentido. En cambio, son **actualmente** exigibles los derechos de la primera generación: vida, libertad, garantías procesales, religión, etc.

La opinión de la Corte Constitucional de Colombia

Según me informara un autor jurídico especializado en temas constitucionales –el doctor Hernán Olano–, entre 1993 y 1994 la Corte Constitucional expidió al menos 82 fallos, principalmente de revisión de acciones de tutela, relacionados con el tema de la distribución de los recursos sanitarios.

Resulta imperativo transcribir apartes de la Sentencia Unificadora de Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia –SU-111 de 1997 (magistrado ponente, Dr. Eduardo Cifuentes)–, pues allí se tratan los temas del estado social de derecho frente a los postulados de la prestación del servicio de salud, del reconocimiento de este derecho y de las vías para su defensa, en donde se destaca el carácter programático del derecho, sin que se le desconozca una dimensión exigible en casos extremos, como el del mínimo vital.

Tales apartes de la mencionada jurisprudencia son los siguientes:

- *La atención a la salud y el consiguiente acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma, integran el derecho social a la salud. El carácter social del Estado lo vincula a la tarea de procurar el cuidado integral de la salud de las personas, que es, a la vez, asunto que concierne al individuo y a la comunidad. [...] Se parte de la premisa de que, en las condiciones de la sociedad actual, solo la instancia pública es capaz de organizar y regular el servicio de salud de modo tal que toda persona pueda efectivamente contar con el mismo cuando ello sea necesario. [...] Es el caso de la salud, que reúne las características de bien básico para el individuo y la comunidad.*
- *La cláusula del estado social de derecho (C. P., art. 1) tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad.*
- *El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. [...] El derecho a la vida protegido por el artículo 11 de la C. P., comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particu-*

lares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para estos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad.

- *El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica.*
- *Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.*

V. LA JUSTICIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS¹⁰

Como vimos inicialmente, el estudio de la justicia ha llevado a que esta sea clasificada de maneras muy diversas, dependiendo de su objeto o de su campo de acción. Así, se habla de justicia atributiva, conmutativa, distributiva, expletiva, social,...

Para hablar de *reparto de recursos*, debemos hacerlo con referencia a la justicia distributiva. Esta no obliga a distribuir, sino tan solo a que, si se hace

10 En esta parte me he apoyado principalmente, con citas y paráfrasis, en el estudio que sobre el tema de la distribución de los recursos sanitarios elaboraron en España los señores investigadores SILVESTRE, B.; RONCHERA-OMS, C. L., y CARRERO-HUESO, F. J., de la Fundación Universitaria San Pablo, Moncada, Valencia, y el señor MIRALLES, J., del Hospital San Rafael, Barcelona.

la distribución, se guarde en ella la debida proporción entre los beneficios y las aportaciones o los méritos, y entre las cargas y las capacidades. El individuo, tratándose de la justicia distributiva, se encuentra situado frente a una entidad de rango superior, a la que él mismo pertenece, como la parte al todo. Lo que se da por justicia distributiva a la persona privada, se le da en la medida en que debe darse a la parte lo que pertenece al todo.

La justicia distributiva tiene unos criterios del reparto que se aplican dependiendo de cada circunstancia en particular, es decir, no son criterios absolutos ni se aplican todos a todas las circunstancias. Con base en dichos criterios es posible establecer diferencias, sin afectar el derecho de igualdad. Son los siguientes:

- **Primero.- La condición:** se refiere al estatuto fundamental del ciudadano. Para ilustrar este criterio, veamos un ejemplo: la Constitución mexicana dice que se prohíbe al Estado otorgar títulos nobiliarios o cosas semejantes; en cambio, en Bélgica, la Constitución dice, directa y expresamente, que el Rey sólo podrá ser un descendiente de la Familia Real constituida. En ambos casos hay igualdad: en México, la condición de ciudadano es la misma, mientras que en Bélgica hay la excepción de la monarquía.
- **Segundo.- La función:** este criterio tiene en cuenta que las personas en las sociedades cumplen distintas funciones o roles: no es lo mismo la cantidad de escoltas que debe tener el ministro de justicia que el de salud.
- **Tercero.- La capacidad:** se refiere este criterio a las posibilidades de cada quien. Un buen ejemplo se refleja en el reparto de las cargas tributarias.
- **Cuarto.- La aportación a la sociedad:** este criterio considera con mayores méritos a quienes más aportan en determinadas circunstancias. Un ejemplo en Colombia lo representa la Ley Páez; según ella, tienen un tratamiento tributario preferencial quienes generen empresa o empleo en la región del río Páez.

- **Quinto.- La necesidad:** Según este criterio, es legítimo tratar con preferencia a quien más lo necesita. Por ejemplo, los subsidios otorgados solo a ciertas clases sociales.

De todos estos criterios se deriva lo que Aristóteles llama la fórmula de igualdad: *se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, según una medida proporcional.*

VI. PRIORIZACIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS SANITARIOS

Sabemos que mientras aumentan las necesidades y las expectativas de los usuarios de los servicios de salud, al igual que el costo de los diagnósticos y tratamientos, también aumenta la complejidad en la toma de decisiones sobre la adecuada distribución de tales recursos.

Los recursos dedicados a la salud son siempre, por su propia naturaleza, limitados, y obligan a cuestionar cómo se realiza una mejor distribución de los mismos. Es importante tener en cuenta que el presupuesto de sanidad puede entrar en conflicto con otras *partidas*, tan importantes en la vida social como las destinadas a la defensa, a la educación y a la vivienda, y que debe buscarse siempre un equilibrio en el destino de los fondos generales dedicados al bien de los ciudadanos. La salud es un bien fundamental, pero evidentemente no es el único que debe potenciarse por la administración¹¹.

Por lo tanto, el debate sobre cómo asignar recursos en el sistema sanitario se basa en dos premisas fundamentales: primero, que los recursos disponibles son limitados, y segundo, que el hecho de invertir más recursos en un sector implica invertir menos en otro. De estas dos premisas de limitación y selección de cursos de acción alternativos proviene el concepto de la *priorización*, es decir, la necesidad de elegir entre varios posibles usos beneficiosos y beneficiarios que compiten por los mismos recursos. El término *priorizar* significa la decisión de asignar recursos a uno de esos posibles beneficiarios antes que a otro, o simplemente asignar más recursos a uno que a otro.

11 GAFO, J. El derecho a la asistencia sanitaria y a la distribución de recursos. En: *Ética y legislación en enfermería*. Edit. Universitas, S. A., Madrid, 1994, págs. 79 a 92.

Al tomar decisiones sobre priorización en la distribución de los recursos que nos ocupan, son tres los ingredientes que intervienen y que requieren de un tratamiento equilibrado: los derechos de la persona, las necesidades de la población general y los recursos disponibles. Los tres entran en conflicto, de modo que, por ejemplo, si se gasta una considerable suma de dinero en el cuidado de un determinado paciente, quedan menos recursos para cubrir las necesidades del resto de la comunidad¹².

Por lo tanto, se hace necesario, de la manera más equitativa posible, restringir la distribución de estos recursos.

Veamos algunas prácticas al respecto:

1. Restricción pública de los recursos sanitarios

Gene Outka¹³ estableció inicialmente los siguientes cuatro criterios, que se deben tener en cuenta para la distribución de los recursos sanitarios:

- **Primero.- Los méritos o la virtud de las personas.** Se atiende primero a los más meritorios. Además de olvidar el principio que reconoce a todos los seres humanos una dignidad igual y los mismos derechos, a pesar de sus características individuales y sus funciones en la colectividad, en este criterio se olvida que la necesidad de atención sanitaria ocurre de forma totalmente independiente de los méritos de las personas. Por otra parte, nuestra condición humana nos dificultaría ser objetivos al afirmar el mérito o la virtud de una persona en relación con otra.
- **Segundo.- La utilidad social de las personas.** Se atiende con prioridad a las personas socialmente más útiles. Este criterio también ignora el principio de la dignidad humana. Para ver su inconveniencia, no es sino observar que las mayores necesidades sanitarias y los mayores gastos se presentan en niños y ancianos, cuya

12 Mc COLL L. Ethical issues in healthcare prioritization: a political viewpoint. *Brit. J. Urol.*, 1995; 76 (supplement 2), págs. 55 a 57.

13 GAFO, J. *Op. cit.*, pp. 79-92.

utilidad social podría considerarse menor. Es que no es posible determinar qué persona es socialmente más útil.

- Tercero.- **La capacidad de los individuos para costear los recursos sanitarios.** Se atiende prioritariamente a quien tenga con qué pagar. Es evidente que este criterio no puede ser determinante a la hora de distribuir los recursos de la salud.
- Cuarto.- **A cada uno de acuerdo con sus necesidades.** Se atiende primero al más necesitado. Sería absurdo que todo ser humano tuviera derecho a la misma proporción de los recursos disponibles: ello conduciría a una salud desigual. En cambio, predica este criterio, la desigualdad puede corregirse dando más a los que tienen mayor necesidad. Lógicamente, esto conllevaría un sacrificio por parte de aquellos con necesidades menores. Este criterio de distribución, aunque está relacionado con la razón fundamental de la atención sanitaria (asistir al enfermo necesitado)¹⁴, tiene también su limitación: la enfermedad y la muerte son inevitables y la condición humana es finita y mortal. Por lo tanto, es imposible prestar todo servicio sanitario concebible.

Viendo que ninguno de estos criterios era plenamente satisfactorio para orientar la distribución de los recursos sanitarios, Outka formuló uno nuevo:

Casos iguales exigen tratamientos iguales. Según este criterio, una cuidadosa reflexión y un diálogo social determinarían, primero, qué servicios deberían ser prestados como mínimo y por igual a todos los ciudadanos, y segundo, proporcionárselos a todos, sin tener en cuenta sus méritos, utilidad social ni capacidad económica. Como consecuencia, existirían servicios sanitarios que no se distribuirían, porque no responden a verdaderas necesidades o porque superan la capacidad de una sociedad formada por personas que deben asumir la enfermedad y la muerte.

14 ASPLUND, K. Ethical issues in healthcare prioritization: a political viewpoint. *Brit. J. Urol.*, 1995; 76 (supplement 2), págs. 49 a 54.

Teniendo en cuenta la trascendencia de una política de restricción de los recursos sanitarios, la misma debe examinarse frecuentemente, con el fin de verificar si está proporcionando el máximo nivel posible de servicios eficaces.

Tal política debe considerar las disponibilidades terapéuticas, los costos y las demandas sanitarias, para cumplir la exigencia ética de procurar que los recursos se apliquen con la máxima eficiencia y lleguen al mayor número posible de necesitados. Todo recurso es, por definición, limitado, y será siempre necesario estudiar cuáles son las formas más idóneas para conseguir su eficiencia. Es inevitable una restricción de los servicios sanitarios, que incluya unas atenciones médicas esenciales y básicas, y ciertas limitaciones de servicios. Las características de esos servicios esenciales variarán de acuerdo con el nivel económico y sanitario de cada país, y deberán estar sometidas a revisiones periódicas. Finalmente, es inevitable admitir la existencia de terapias que no están a disposición de todos los ciudadanos, sino solo para los que las pueden pagar. Es una consecuencia de las inevitables desigualdades sociales. Ello exige una política que persiga eficazmente superar estas diferencias, mejorar los niveles de atención accesibles a todos los ciudadanos y la creación de una intensa sensibilidad ética sobre las obligaciones éticas en el tema triutario¹⁵.

2. Restricción a pie de cama

Además de la restricción pública de los recursos sanitarios, también ocurre la *restricción a pie de cama*. Ello, cuando el profesional sanitario:

- No ofrece, no presta o suspende un servicio sanitario que, a su juicio clínico, es beneficioso para el paciente;
- Actúa principalmente para favorecer los intereses económicos de alguien distinto del paciente, ya sea el propio profesional, una organización o la sociedad globalmente considerada, y
- Tiene control sobre el uso de ese servicio¹⁶.

15 GAFO, J. *Op. cit.*, pp. 79-92

16 UBEL, P. A., GOOLD, S. Recognizing besides rationing: clear cases of tough calls. *Ann. Inter. Med.*, 1997; 126: págs. 74 a 80.

Para algunos, las decisiones de racionamiento a pie de cama pueden estar moralmente justificadas, ya que constituyen el modo más efectivo y flexible para racionar la asistencia sanitaria. Pero, ¿por qué se ha de abandonar a ciertos pacientes en el sufrimiento o en el dolor, o incluso dejarlos morir, cuando existen medios sanitarios para evitarlo? La respuesta que se da es que la priorización de los recursos sanitarios podría obligar a privarles de cuidados que les serían potencialmente beneficiosos. Y ello, dicen, sería eficiente y ético. En consecuencia, el médico debería hacer todo cuanto sea costo-efectivo por el paciente. Si excede este límite y provee cuidado que solo es efectivo, sin ser costo-efectivo, se malgastarán los recursos disponibles en el sistema sanitario, y los pacientes en las listas de espera serán privados de cuidados costo-efectivos, de los que podrían beneficiarse; y si se quedare corto, si el tratamiento estuviere por debajo del nivel costo-efectivo, el trabajo sería contrario a la ética profesional¹⁷.

Otros opinan que el médico debe ser, en todo caso, defensor irrestricto de cada uno de sus pacientes, y no le puede estar permitido anteponer otros intereses a los del propio paciente. De acuerdo con este planteamiento, el racionamiento a pie de cama es éticamente malo de por sí, ya que lesiona la relación profesional médico-paciente; es injusto, dicen, y deja las decisiones morales en manos del profesional de la salud, quien puede no estar capacitado para tomarlas¹⁸.

Con muy buen criterio, el *Hastings Center Report*, sobre las metas de la medicina, ha urgido al establecimiento de nuevas prioridades, de modo que aquella sea justa y equitativa. Insiste en que una medicina que no conoce límites, sin brújula, que es blanda frente al mercado, que se obliga de la finitud de la condición humana, no puede ser una medicina equitativa. Seguirá al dinero y al poder, que se alimentan del entendible pero equivocado deseo de sobreponerse a la naturaleza y a los límites de las posibilidades humanas. La injusticia política y económica, lo mismo que la mala administración, pueden distorsionar la asignación de recursos médicos, al igual que puede hacerlo

17 MAYNARD, A. Ethical issues in healthcare prioritization: a political viewpoint. *Brit. J. Urol.*, 1995; 76 (supplement 2), págs. 59 a 64.

18 UBEL P. A., GOOLD, S. *Op.cit.*, pp. 74-82.

una imagen de la medicina que con demasiada estrechez se considera una fuente de dinero, empleos, venta y exportación de tecnología, o un vehículo para el progreso humano infinito. Una medicina equitativa requiere del apropiado apoyo médico administrativo, así como una sólida fundamentación política. Esto no ocurrirá por sí mismo: exige una iniciativa política conjunta¹⁹.

Dice con acierto el *Hastings Center Report*, que una medicina equitativa será asequible para todas las personas, o bien para los gobiernos y las economías que deban proveerla, y no solo para aquellos que puedan pagar su precio en el mercado. No desarrollará constantemente nuevas tecnologías y medicamentos, que solo los ricos podrían pagar, o que llevarían a la quiebra a los gobiernos que intentasen proveerlas. Deseará convivir con la inevitabilidad de la enfermedad y de la muerte, y no luchar para prolongar marginalmente lo inevitable. Será una medicina que confíe –mucho más que en el pasado reciente– en la salud pública, en la promoción de la salud y en la prevención de la enfermedad. Y comprenderá que el deseo de gastar más para mejorar la salud, siempre estará en tensión con otras necesidades y prioridades sociales. Una medicina equitativa estará diseñada teniendo en mente un presupuesto financiero razonable, equilibrando con sensatez las necesidades de la salud y las posibilidades médicas con las de otros sectores sociales²⁰.

En nuestro contexto de recursos limitados y de necesidad de priorización, el profesional sanitario puede experimentar dudas y miedos respecto a su responsabilidad ante la no provisión de un determinado servicio sanitario, y las consecuencias legales y penales que ello pueda acarrearle. Es más, esta situación puede influenciar la toma de decisiones clínicas y llevar a lo que se ha dado en llamar *medicina defensiva*, de *encarnizamiento terapéutico*, o, por lo menos, ser causa de estrés profesional.

Pero debemos tener muy claro que, para el profesional de la salud, actuar éticamente no significa proveer todas las modalidades y alternativas sanitarias posibles, sino ejercer su profesión de la mejor forma posible, dentro de los límites de disponibilidad²¹.

19 THE HASTINGS CENTER REPORT. *Las metas de la medicina: establecer nuevas prioridades*. Nov.-Dic., 1996, suplemento especial, pág. 44.

20 *Ídem*.

21 KLUGE, E. Physicians, limited resources and liability. *Can. Med. Assoc.*, 1996; 155: págs. 778 y 779.

3. Experiencias de priorización²²

Se han llevado a cabo experiencias de priorización en el sector sanitario, en distintos países y con diferentes enfoques.

- En el estado de Oregón (EE. UU.) se basaron en el criterio de costo-efectividad²³. Pero la aplicación de la relación costo-efectividad, como el único determinante de un sistema de priorización, puede llevar a ignorar las necesidades de algunos pacientes, los derechos humanos e incluso la opinión de la población general, que no parece estar dispuesta a dar más importancia al costo-efectividad para poder dirigir más recursos a los más necesitados.
- La experiencia de Somerset se basó en la incorporación, por vía de consulta popular, de la opinión y los valores de la población en las decisiones sobre priorización en la asignación de recursos sanitarios²⁴. El argumento que da soporte a esta iniciativa es que mientras algunas decisiones se toman con base en razones técnicas, o para cumplir directrices del gobierno, otras implican juicios basados en valores, y como estas decisiones van a afectar al usuario, es importante incluir sus valores; además, implica una mayor democratización del proceso, y evita la posibilidad de que los valores de un grupo reducido (los expertos –médicos, gestores y políticos–) se impongan en la sociedad. Finalmente, este método se ajusta más a las necesidades y a las preocupaciones de quienes financian el sistema y que son sus usuarios –la población general–. Sin embargo, este enfoque plantea mayores problemas. Es evidente que las opiniones del público difieren, muchas veces dependiendo de cómo se formulen las preguntas. Se plantea la cuestión de cuándo las opiniones del público valen y cuándo no. Además, existen serias dudas sobre si el público debe tener voz en las decisiones sobre el

22 BADIA, X. Bioética y asignación de recursos sanitarios. En: *Materiales de bioética y derecho*, Casado M. Cedecs Editorial SL, Barcelona, 1996, págs. 171 a 194.

23 U. S. Congress, Office of Technology Assessment. *Evaluation of the Oregon medicaid proposal*, OTA-H-531: Washington, D. C. U. S. Government Printing Office, mayo de 1992.

24 BOWIE, C., RICHARDSON, A., SIKES, W. Consulting the public about health service priorities. *BMJ*, 1995; 311: págs. 1155 a 1158.

futuro de otras personas, sobretodo cuando tienen poca experiencia en temas de salud y de ética. Es preocupante, por decir lo menos, la posibilidad de que las elecciones del público puedan ir en contra de los derechos de algunos grupos sociales. Pero quizás el aspecto más preocupante de este enfoque es que las decisiones no se basarían en una ética objetiva, sino en la opinión subjetiva de una mayoría relativa de los consultados.

- En Suecia se aplicó un modelo conceptual de criterios o principios éticos desarrollado por expertos -la Comisión sobre Prioridades Médico- Sanitarias-, que debía servir como guía en el proceso de priorización ²⁵. Los principios éticos que escogió la comisión para ser utilizados como pautas en el proceso de priorización, que corresponden a criterios propios de la justicia distributiva, fueron los siguientes:

- El primero y más importante fue el principio de la dignidad humana, que otorga a todos los seres humanos una dignidad igual y los mismos derechos, a pesar de sus características individuales y sus funciones en la colectividad.

- El segundo principio es el de la necesidad y de la solidaridad y, en el campo de los servicios sanitarios, implica que los recursos se deben dirigir primero allí donde hay más necesidad, y que hay que prestar especial atención a esos individuos o grupos que no pueden ejercer sus derechos o que no son conscientes de su dignidad.

- El último es el principio de costo-efectividad, que plantea una obligación moral de buscar una relación razonable entre el costo y la efectividad, donde la efectividad se mide en términos de mejora de la salud o de la calidad de vida.

La comisión estaba constituida por políticos, profesionales sanitarios, economistas y expertos en bioética, y estableció listas de prioridad tanto a nivel político-administrativo como en el ámbito clínico. Los grupos de prioridad de aplicación en la práctica clínica se recogen en la siguiente tabla.

²⁵ Swedish Parliamentary Priorities Commission. *Priorities in healthcare: ethics, economy, implementation*. Swedish Government Official Reports 1995.5.

TABLA
 Grupos de prioridad en la práctica clínica, según la
 Comisión Sueca sobre Prioridades Médico-Sanitarias

Grupo de prioridad	Descripción	Ejemplos
I A	Tratamiento de enfermedades agudas graves, que si no son tratadas producirán discapacidad o muerte prematura.	<i>Infarto agudo del miocardio</i> <i>Accidente cerebro-vascular</i>
I B	Tratamiento de enfermedades crónicas graves. Cuidados terminales paliativos. Cuidado de pacientes cuya autonomía se ha visto reducida como consecuencia de una enfermedad.	<i>Diabetes</i> <i>Cáncer</i> <i>Trastornos psicóticos</i>
II	Habilitación/rehabilitación. Prevención en el ámbito individual.	<i>Rehabilitación tras traumatismo grave</i> <i>Prevención de las complicaciones de la diabetes</i>
III	Tratamiento de enfermedades agudas y crónicas menos graves.	<i>Migraña</i> <i>Trastornos prostáticos benignos</i>
IV	Asistencia por motivos diferentes al de la enfermedad.	<i>Fecundación asistida</i> <i>Cirugía estética</i> <i>Tratamiento de la talla baja</i>
V	Cuidado autosuficiente. Dolencias menores.	<i>Resfriado común</i> <i>Cefalea ocasional</i>

Los procedimientos diagnósticos no están incluidos en la lista de prioridad, ya que el diagnóstico es un pre-requisito para asignar el paciente a uno de los grupos de prioridad. Por lo tanto, cualquier ser humano enfermo tiene derecho a un examen clínico básico. Nótese que la prevención en el ámbito de la población general está excluida de la lista de prioridades clínicas, ya que

las decisiones relacionadas con las estrategias de prevención de la población general rara vez son tomadas individualmente por un profesional clínico. Según la Comisión Sueca sobre Prioridades Médico-Sanitarias, la mayor parte de la financiación de los grupos I a III debería provenir de fondos públicos. En la práctica, estos tres grupos solamente difieren en que los pacientes del grupo I deben tener acceso inmediato a la asistencia inmediata del más alto nivel. Es aceptable que aquellos pacientes en los grupos altos de menor prioridad (II y III) tengan un acceso restringido, en el caso de que los recursos sean limitados. Por otra parte, no deberían asignarse recursos públicos al grupo V, mientras que el grupo IV incluye casos fronterizos, los cuales podrían financiarse públicamente si existen recursos económicos suficientes, pero no si estos son limitados²⁶.

4. El caso colombiano

Los artículos 48 y 49 de nuestra Constitución política rezan:

- *Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.*

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

26 ASPLUND, K. Ethical issues in healthcare prioritization: a political viewpoint. *Brit. J. Urol.*, 1995; 76 (supplement 2), págs. 49 a 54.

- **Artículo 49.** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud para entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La Ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Los citados artículos 48 y 49 de la Constitución política de Colombia establecen un *deber ser*, cuya realización está muy lejos de nuestros días. En unos pocos años –no más de cinco, a mi juicio– sabremos a ciencia cierta si fuimos capaces de ser consecuentes, en el campo de la distribución de los recursos de la salud, con nuestra nueva naturaleza de estado social de derecho.

De ambos preceptos son destacables los principios que nuestros constituyentes copiaron de la legislación española: el de eficiencia (aprovechamiento máximo de los recursos dentro de unos parámetros de costo-beneficio), el de universalidad (seguridad social para todos) y el de solidaridad (recursos aportados por todos en beneficio de quienes los requieran). El resultado de estos dos artículos ha sido la ley 100 de 1993 y los cientos de decretos que la desarrollan, de manera por demás desordenada y antitécnica.

Igualmente, es de destacar el principio de que cada uno de nosotros es responsable de su propia vida y, en consecuencia, de su propia salud. Lo

propio nos ocurre respecto de los mismos derechos de los demás. Tal es el sentido del inciso final del artículo 49 de nuestra Carta política, al afirmar que toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de la de su comunidad. Así, ese deber mío tiene un derecho contraprestacional: el que todos los demás están obligados a respetar mi vida y a cuidar integralmente mi salud.

VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES ÉTICAS

Allá por la época del descubrimiento de nuestro continente por los europeos, ya había pensadores preocupados por el presente tema. Entre 1515 y 1517, uno de ellos describía, en los siguientes términos, un sistema social de distribución de recursos de salud que le pareció extraordinario:

“Para que la población no se reduzca ni aumente, en exceso, se hace lo posible para que cada familia, de las que hay unas seis mil en cada ciudad, [...], no tenga más de diez hijos púberes ni rebase los dieciséis.

“Los habitantes tienen una especial consideración por sus enfermos, a los que cuidan en hospitales públicos, de los que hay cuatro en cada ciudad, situados un poco más allá de las murallas, tan grandes y acondicionados que se podrían considerar unas pequeñas ciudades, por lo que los enfermos, aunque sean muchos, nunca tienen que sufrir escaseces ni privaciones. Esto también permite apartar de los demás a los que por causa de su dolencia podrían contagiarles. Dichos centros están dotados de todo lo preciso para los enfermos; los cuidados se realizan con presteza y con delicada atención; los médicos más acreditados están permanentemente en ellos y, como no se obliga a nadie a ir forzosamente, no hay nadie en toda la ciudad que al enfermar no prefiera más ser atendido en el hospital que en su propio hogar.

“Cuando el abastecedor de los enfermos se ha provisto de la alimentación señalada por los doctores, se distribuye la comida seleccionada en forma proporcional al número de comensales entre los abastecedores de los edificios de la ciudad, no sin demostrar una especial deferencia al príncipe, al pontífice y a los traniboros, lo mismo que a los embajadores y a los extranje-

ros, si hay algunos, ya que generalmente son pocos, pero los que acuden hallan casas dotadas de todo lo necesario"²⁷.

El pensador era Tomás Moro, y el país era la isla llamada Utopía.

Se pregunta, básicamente, si es éticamente aceptable la limitación o restricción de los servicios sanitarios, la decisión de no desarrollar o no proporcionar a la población ciertas tecnologías, intervenciones o tratamientos con potenciales beneficios médicos. Considero que sí lo es, siempre que se trate de servicios, tecnologías, intervenciones o tratamientos de características exóticas e irracionalmente costosos, que no aportarían algo significativo a la calidad de vida de sus destinatarios. Hay que reconocer la existencia de límites en relación con la prolongación de la vida y la imposibilidad de impedir la muerte de una persona.

El modelo conceptual de criterios o principios éticos que se aplica en Suecia es verdaderamente admirable y digno de ser imitado. Sería deseable establecer en nuestro país una *comisión sobre prioridades médico-sanitarias*, que sirviera de guía en el proceso de priorización. Los principios éticos y su orden de importancia, que escogió la comisión sueca para ser utilizados como pautas en el proceso de priorización, corresponden al orden equitativo de las cosas.

- Se parte de reconocer a todos los seres humanos una dignidad igual y los mismos derechos, a pesar de sus características individuales y sus funciones en la colectividad.
- Se sigue reconociendo, con base en la necesidad y en la solidaridad, que los recursos se deben dirigir primero a donde hay más necesidad, y que hay que prestar especial atención a esos individuos o grupos que no pueden ejercer sus derechos o que no son conscientes de su dignidad.
- Se culmina planteando, de forma realista, la obligación moral de buscar una relación razonable entre el costo y la efectividad, donde esta se mide en términos de mejora de la salud o de la calidad de vida, sin desconocer la naturaleza finita del ser humano.

27 MORO, Tomás. *Utopía*. Editorial Bruguera. S. A., Barcelona, España, 1975, págs. 139 ss.

En nuestros países latinoamericanos, una comisión tal debería estar constituida por profesionales de la salud, economistas y expertos en bioética. A la misma también se le tendría que asignar la tarea de establecer listas de prioridad, tanto a nivel político-administrativo como en el ámbito clínico.

Conuerdo, con Gustavo Villapalos y Alfonso López Quintás, en que: "Si la justicia consiste en mantener entre todas las realidades el orden que les permite subsistir y crecer, no es ilógico que la vida se desajuste y colapse cuando los hombres actúan con espíritu insolidario, en virtud de sus intereses egoístas"²⁸.

Hago la anterior cita porque considero que es paradójico el hablar de justicia en la distribución de los recursos de la salud en un país como el nuestro, en el cual no se dan las condiciones materiales mínimas que faciliten comparar el bienestar de sus habitantes, ya que una gran mayoría de compatriotas no tienen acceso, entre otros, a dichos recursos. Todo ello debido a las profundas brechas que existen entre las clases sociales, y a los viejos vicios del Estado y de sus integrantes. Es así como hace siete años el Banco Mundial informó que el 19% de la población colombiana vivía en situación de pobreza absoluta²⁹. Y hace apenas un año, el DANE reportó que de 35 millones de colombianos, alrededor de 10.8 millones viven en la pobreza, con apenas un dólar diario, y 3.6 millones sobreviven en la miseria, con menos de un dólar por día³⁰.

El anterior cuadro se complica, ya iniciando el tercer milenio de nuestra era, a la misma velocidad que se complica la convivencia de la sociedad mundial, proporcionalmente a sus progresos. El campo de la justicia en la distribución de los recursos sanitarios no es extraño a este fenómeno. Y las complejidades que trae el progreso son, en gran parte, éticas. Hoy tenemos que enfrentarnos a hechos que hace apenas veinte o treinta años creíamos que eran temas de pura ciencia ficción, y tenemos que valorarlos a la luz de la ética.

28 VILLAPALOS, Gustavo, y LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso. *Op. cit.*

29 MAY, Ernesto. *La pobreza en Colombia. Un estudio del Banco Mundial*. TM Editores - BM, Bogotá, 1996, págs. 1 y 3.

30 *El Tiempo*, 22 de julio de 1998, pág. 11 A.

Pero el aumento de la complejidad no es la causa de la dificultad del análisis ético. Ella es la crisis de valores en que nos ha sumergido el capitalismo, con sus anti-valores materialistas, individualistas y hedonistas. Este proceso de deterioro ha llevado al hombre actual al subjetivismo moral y a trastocar los valores, superponiendo los materiales sobre los morales.

Así, está siendo muy difícil hacer prevalecer principios o valores tales como el de la dignidad de la persona humana, como el del amor al prójimo, como el de la tolerancia, como el de la prioridad de la necesidad, como el de la equidad, como los de la universalidad, la eficiencia y la solidaridad, todos esenciales para lograr la justicia en la distribución de cualquier tipo de recurso.

Permanentemente se requieren enormes esfuerzos –que muchas veces resultan inútiles– para evitar la legalización del homicidio de los inocentes (aborto y eutanasia); para lograr el funcionamiento de la seguridad social, presa fácil de las garras, del apetito y de la avidez de los corruptos; para darle la paz a nuestra Patria, en manos de los violentos, etc. La distribución justa de los recursos sanitarios no ha sido ajena a esta problemática. Nunca han faltado intereses torcidos –políticos, económicos y sociales– que distorsionan el verdadero sentido de la justicia distributiva en este fundamental campo de desarrollo del estado social de derecho.

Mi generación le está entregando a las siguientes una patria en condiciones muy inferiores a aquellas en que la recibió de nuestros mayores. No hicimos la tarea. Fracasamos. Lo único que nos queda ahora es excedernos al hacer nuestro mejor esfuerzo, para que quienes nos van a suceder entiendan y aprendan que para volver esta una patria de convivencia y bienestar, en la que predomine la concordia, hace falta que todos, solidariamente, como hermanos, vivamos la virtud de la justicia y hagamos de la ética el único modo de vida.

Termino con otro relato, que nos demuestra cuánto nos hace falta aquello que hemos perdido: la solidaridad.

En alguna oportunidad vi una película, en la que dos hermanitos, de unos 14 y 7 años de edad, se escapan de un orfanato y tienen que viajar por

todo el país en busca de su familia, escondiéndose permanentemente de las autoridades, que los persiguen implacablemente. El asunto adquiere despliegue periodístico nacional, que los acompaña durante su odisea. El pequeño se enferma gravemente, y su hermano tiene que cargarlo en los hombros. Un periodista le pregunta si no se cansa del esfuerzo que hace, y él contesta:

— *No pesa, es mi hermano.*