

Víctor de Currea-Lugo

La salud como derecho humano

Universidad de
Deusto

• • • • •

**Instituto de
Derechos Humanos**

Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 32

La salud como derecho humano
15 requisitos y una mirada a las reformas

Víctor de Currea-Lugo

Bilbao
Universidad de Deusto
2005

Consejo de Dirección:

Jaime Oraá

Xabier Etxeberria

Felipe Gómez

Eduardo Ruiz Vieitez

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-582-1

«Las cruzadas nos habían traído la lepra, pero los prudentes reglamentos que se hicieron impidieron su propagación a la masa del pueblo (...) puesto que corresponde a la sabiduría de los legisladores velar por la salud de los ciudadanos, hubiera sido muy sensato contener esta propagación por (medio de) las leyes (pues) el Estado debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, el alimento, un vestido decoroso y un género de vida que no sea contrario a la salud».

Montesquieu, *El espíritu de las leyes*.

«La primera preocupación y cuidados son para los enfermos que son atendidos en hospitales públicos. En ellos, por grande que sea el número de enfermos, nunca hay aglomeraciones, ni incomodidad en el alojamiento (...) Estos hospitales están perfectamente concebidos, y abundantemente dotados de todo el instrumental y medicamentos para el restablecimiento de la salud (... y sin embargo) a nadie se le obliga a ir al hospital contra su voluntad».

Moro, *Utopía*

Indice

Presentación	11
1. Requisitos de contextualización	15
1.1. La aceptación de los derechos humanos	15
1.2. La exigibilidad de tales derechos ante el Estado	17
1.3. La integralidad y universalidad de los derechos humanos	19
1.4. La relación salud-necesidad-libertad	23
2. Requisitos de definición	29
2.1. La adopción de una definición de salud	29
2.2. La salud como asunto individual	34
2.3. La salud y sus causas modificables	35
2.4. Aceptación de la salud como un asunto objetivo	36
2.5. Más allá de la norma universal	40
2.6. Más allá del derecho prestacional	42
3. Requisitos de materialización	45
3.1. La exigibilidad al Estado del derecho a la salud	45
3.2. La relación entre el derecho y el servicio	50
3.3. La relación del servicio de salud privado con los deberes del Estado	53
3.4. Lo exigible de la técnica en salud	58
3.5. Sobre el deber de estar sano	67
4. Una definición de salud jurídicamente funcional	71
5. Elementos del derecho a la salud	73
5.1. Debates sobre el núcleo del derecho a la salud	73

5.2. Núcleo del derecho a la salud	75
5.3. El debate sobre los indicadores en salud	77
6. Una mirada a las reformas en salud	81
6.1. El hospital público y la lógica del mercado	89
7. ¿Y si Marx tuviera razón?	95
8. Anexo: La salud en el derecho internacional de los derechos humanos	109
8.1. La salud como parte de otros derechos	110
8.2. Como condición asegurable desde la garantía de otros derechos. .	110
8.3. Como condición que limita el ejercicio de otros derechos	111
8.4. Como derecho resultado de la abstención del estado	112
8.5. Como derecho en sí	113
8.5.1. Deber del Estado de prevenir la enfermedad y garantizar la salud	113
8.5.2. Deber de dar asistencia ante la enfermedad	116
8.6. Conclusiones.	117
9. Bibliografía.	119
9.1. Libros y artículos en revistas.	119
9.2. Artículos de prensa	127

Presentación

En 2001, la empresa tabacalera Philip Morris publicó un informe en el que se destaca el «efecto positivo» de las muertes prematuras derivadas del consumo de tabaco, ya que tales muertes contribuyen a «reducir el gasto sanitario» que se dispararía por la sobrevivencia de estas personas. «Es un estudio económico, ni más ni menos» dijo un portavoz de la empresa¹ (¿podría ser la salud un asunto «económico» ni más ni menos?).

Meses después, un artículo sobre el costo de ciertos medicamentos comenzaba diciendo que: «No se trata de un problema moral. Es mucho más serio: es un asunto pecuniario».² Por su parte, Friedrich Hayek, cuyas ideas inspiraron la reforma de salud en Chile, que a su vez inspiró otras reformas, sostenía que: «beneficiaría al conjunto del género humano (que) los seres de mayor capacidad productiva fueran atendidos con preferencia, dejándose de lado a los ancianos e incurables»³. Estos tres ejemplos muestran una lógica que cada vez más común para abordar cualquier debate sobre salud.

Si la salud es preferencialmente un asunto económico o de la agenda política o algo más serio que un debate moral ¿por qué preguntarle al derecho lo que se le debería preguntar a la ciencia política? ¿Por qué preguntarle al derecho lo que sería materia de la economía?⁴ Primero,

¹ «Un estudio de Philip Morris dice que la muerte por tabaco ahorra gasto sanitario» *El País*, Madrid, julio 17 de 2001.

² «Recetas ruinosas», *El País*, Madrid 14 de octubre de 2002.

³ HAYEK, Friedrich: *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1959. Edición consultada: *Los fundamentos de la libertad*. Unión, Madrid, 1975, p. 238.

⁴ Es curioso que, en el caso colombiano, las noticias sobre salud y belleza aparecen en la sección «salud», pero los problemas de la crisis hospitalaria y la regulación de los hospitales aparecen casi siempre en la sección «economía».

porque es lícito preguntarle al derecho, pues estamos ante un asunto sobre el cual en todas las partes del mundo hay normas (justas o injustas, pero normas) sobre la salud, y porque el marco de hoy día es —todavía— el del llamado Estado social de derecho; segundo, porque la economía y la ciencia política parecen no dar la respuesta adecuada a las necesidades en salud; y tercero, porque en esta dinámica tarde o temprano, ese paciente que llama a la puerta de la economía sin hallar una respuesta satisfactoria y luego a la puerta de la ciencia política, termina por llamar a la puerta del derecho y el derecho tendría que responder porque creemos en «la necesidad, inexcusable en un Estado de derecho, de dar solución jurídica a todos los conflictos imaginables».⁵

Ahora, hablar del derecho a la salud exige la revisión de algunas nociones que obstaculizan de manera importante cualquier articulación discursiva en torno a la salud como derecho humano. Estos obstáculos nacen de falacias que de tanto repetirse han terminado por ser aceptados, semejando la frase de Goebbels: «no importa que sea verdadero o falso, lo que vale es repetirlo muchas veces».

La salud puede ser vista como asunto filosófico, como hecho cultural, como elemento del debate político, como castigo divino⁶ o como asunto de regulación económica. Para nuestro caso, la salud es entendida como materia del derecho. Es decir, aquí deliberadamente dejamos de lado el debate filosófico, cultural y político de la salud, para centrarnos en su posible naturaleza jurídica, en el marco del derecho actual. Es decir, el derecho a la salud aquí no se propone, se deduce del derecho internacional de los derechos humanos.

Aún aceptando el derecho como punto de partida no deja de existir debates, que son precisamente los que intentaremos presentar. Usando la libertad como ejemplo se podría decir que libertad es todo, pero en el ámbito de los derechos humanos aceptamos como válido cierto tipo de libertades⁷ que son, además exigibles al Estado; esto no significa negar la discusión filosófica de la libertad sino precisarla como bien jurídico. Pensar en clave normativa implica renunciar a pensar con el deseo.

⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco: «Los límites de la justicia penal», *El País*, Madrid, 25 de septiembre de 2002.

⁶ Si no escuchas la voz del señor (...) que el señor te hiera de tisis, calenturas y delirios» (*Deuteronomio*, Cap. 28, 21-28) o el dolor como castigo por el pecado original: «parirás con dolor» (*Génesis*, Cap. 3, 16)

⁷ Libertad de expresión, de circulación, de pensamiento, de conciencia, de religión de reunión, de manifestación pacífica, de asociación, etc.

Es curioso que la mayoría de publicaciones sobre los límites o el espectro de exigibilidad del derecho a la salud, tanto en libros como en artículos de revistas y periódicos, se centren en tres universos más o menos recurrentes del orden de la actual ética médica: aborto, eutanasia y genética⁸ especialmente entre el público europeo.

Al mismo tiempo, las preocupaciones cotidianas en el llamado Tercer Mundo son más del orden de la diarrea, la infección respiratoria y las vacunas. Mientras unos centran el debate en los extremos de la vida (aborto y eutanasia), la inmensa mayoría tiene problemas más de la vida misma que de los extremos: «el mayor problema ético de nuestra región no es cómo se muere sino cómo se vive»⁹. Mientras unos centran el debate ciertos temas de la ética médica, nosotros intentamos centrarlo en el derecho. No decimos que no sean importantes los extremos de la vida, pero los derechos humanos en cuanto reguladores de las relaciones Estado-persona deberían incluir muchos más aspectos.

Los fines últimos del derecho a la salud son salvar la vida, restablecer la salud, mantener la salud y/o aliviar el sufrimiento, fines que no por no poderse lograr el 100 % de las veces deberían ser abandonados; ni pedir lo imposible ni negar lo indispensable. El derecho a la salud no es, no puede ser, el derecho a estar sano, sino a contar con decisiones, medios y recursos disponibles, accesibles, aceptables y de calidad que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible. Este derecho contiene libertades y medidas de protección. Libertades como el control de la persona de su propio cuerpo y de su propia salud, a la información relacionada con su salud, a rechazar tratamientos, a la salud reproductiva y sexual, a no ser torturado, entre otras libertades. Y medidas de protección relacionadas con el acceso a los medios y los recursos que le permitan mantener y/o tratar de recuperar su salud¹⁰ entendiendo como acceso no solo el acceso propiamente dicho sino la oportunidad, disponibilidad, eficacia y eficiencia de los servicios de salud.

⁸ Por ejemplo, una publicación de World Health Organization «Health aspects of Human Rights» se limita a aspectos como: «the beginning of life», «artificial termination of pregnancy», «newborn with congenital defects», «sterilization», «contraception», «preventive medicine in genetic disorders», «artificial insemination». Ver: WORLD HEALTH ORGANIZATION: *Health aspects of Human Rights. With special reference to Developments in Biology and Medicine*. Geneva, 1976.

⁹ ACOSTA, José Ramón. «¿Es la vida un valor absoluto?» *Avances médicos*, núm. 7 (la Habana, 1996), pp. 59-61.

¹⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments), Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, comentario 8.

Es cierto que las categorías jurídicas son maleables, pero «la maleabilidad de estas formas, su variedad, depende, sin embargo, del nivel de abstracción en el que nos situemos»¹¹ y en el caso de los derechos humanos, el nivel de abstracción no es tangencial a la noción misma sino es parte integral.

Hemos encontrado varios elementos centrales frente a los cuales se debe tomar una postura para poder, después, hablar con propiedad del derecho a la salud. Estos elementos están organizados en tres bloques: un primer bloque relacionado con el contexto jurídico, un segundo que llama la atención sobre la definición del bien jurídico que se busca proteger, y un tercero y último sobre la materialización del derecho.

La falta de precisión lleva a la falta de convicción, lo que produce temores en el momento de decir que la salud no es caridad, que es un derecho, que es más que un derecho social y/o prestacional, miedos que permiten que otros fijen las agendas del debate sobre la salud.

Una vez aportado un marco teórico, presentamos elementos centrales de las reformas en salud que, con más o menos intensidad, avanzan prácticamente en todo el mundo. Pareciera una paradoja histórica que cuando existe más técnica para llenar de contenido un derecho, mayores son los problemas para que los servicios de salud garanticen el núcleo fundamental del derecho a la salud, pues al confrontar los postulados teóricos con las reformas en curso encontramos un choque de argumentaciones y de lógicas.

Por último, presentamos a manera de anexo, una revisión ágil del puesto de la salud en los diferentes tratados que constituyen el derecho internacional de los derechos humanos. Creemos que los elementos teóricos presentados permiten analizar las reformas en curso, precisar las exigencias por parte de los usuarios de servicios de salud e, incluso, fijar líneas de acción para las organizaciones interesadas en defender la vigencia del Estado social de derecho.

Victor de Currea-Lugo
Lund, Suecia, 2005

¹¹ RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 667.

1.

Requisitos de contextualización

1.1. La aceptación de los derechos humanos

El primer requisito es hacer explícita la convicción en los derechos humanos, tanto en el plano moral como en el jurídico. Pero esta declaración, para no ser vacía, implica en rigor la aceptación no sólo de carácter ético sino jurídico de los derechos humanos, con las implicaciones que conlleva, implicaciones tales como aceptar al sujeto como titular de derechos humanos, la necesidad de un marco de exigibilidad jurídica y, ante todo, una definición del bien jurídico que se busca proteger.

Ya sea desde la óptica kantiana del ser como fin en sí mismo o desde una construcción rawlsiana de los derechos humanos, el punto de llegada es la persona, dentro de un marco jurídico que reconoce su dignidad y su condición de titular de ciertos derechos. Para Rawls, tanto en sociedades democráticas como en sociedades jerárquicas, un contrato social conduciría al reconocimiento de unos derechos, incluso prescindiendo de dogma alguno, religioso o no, como punto de partida.¹²

Los derechos fundamentales conjugan una argumentación moral y filosófica en la vía de reconocerle a una determinada necesidad humana la característica de, como dice Rawls, «necesidad vital». Esa justificación moral nos permitiría hablar de derechos morales¹³, que no dejan

¹² RAWLS, John: «Derecho de gentes», en: VV.AA.: *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85. Traducción de Hernando Valencia Villa.

¹³ Sobre una argumentación en esta vía, ver: RUIZ MIGUEL, Alfonso: «Los derechos humanos como derechos morales», en: *Anuario de derechos humanos, núm. 6*, (Madrid, 1990), pp. 149-160. No se debe fusionar la noción de «derecho moral» con la noción de «caridad» lo que sería una contradicción en los términos, que es en lo que raya

de ser más que una exhortación, por lo mismo, moral, sin la fuerza de ley que reclama el derecho. Luego, los derechos se constituyen como tales en su reconocimiento jurídico explícito, mediante las normas emanadas de un Estado que sería, por definición, un Estado de derecho, Estado que además produce las normas de acuerdo con los procesos determinados para tal fin. Así, nuestra pretensión moral se convierte en pretensión jurídica cuando la norma explícita lo permite o, mejor, cuando obliga.

Para Bobbio, «el fundamento de derechos de los que sólo se sabe que son condiciones para la realización de valores últimos es la apelación a dichos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, se asumen: lo que es último, justamente por su carácter de tal, no tiene fundamento alguno».¹⁴ Según él, el debate no debe girar sobre su fundamentación sino más exactamente sobre su promoción, control y garantía, sobre la base de aceptar su fundamentación.

Siguiendo a Rawls, el Contrato Social es acordado por los miembros de una comunidad, miembros libres, iguales y racionales, y por tanto responsables¹⁵. Rawls define a la persona como agente moral y político («unidades básicas de deliberación y responsabilidad»)¹⁶. Este Contrato determina las normas que regirían esa comunidad dada. En el caso latinoamericano, por ejemplo, esas comunidades han considerado la salud como un derecho humano y así lo han consignado, de diferentes maneras, en cada Constitución Política¹⁷. En el caso español, «(En la Ley de Sanidad) se observa una insistencia especial en el sometimiento de la acción sanitaria a principios jurídicos sólidos. Se trata de someter ésta a los postulados de la Constitución».¹⁸ Como dice Rubio: «al hablar de Derecho hablamos, efectivamente, de Constitución» pues el objeto de ésta es «la regulación de los modos de producción del Derecho».¹⁹

el abordaje de Buchanan. Ver: BUCHANAN, Allen: «Rights, Obligations, and the special importance of Health Care», en: BOLE III, Thomas J.; BONDESON, William B.(ed.): *Rights to health care*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 169-184.

¹⁴ BOBBIO, Norberto: *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Gedisa, Barcelona, 1992, p. 121

¹⁵ RAWLS, John: *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993. Edición consultada: *El liberalismo político*. Crítica, Barcelona, 1996. Traducción de Antoni Domènech.

¹⁶ RAWLS, *Political...* pp. 59-65.

¹⁷ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*. Washington, 1989.

¹⁸ Se refiere a la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986. Ver: MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios*, Alianza, Madrid, 1995, p. 90.

¹⁹ RUBIO LLORENTE, *La forma del...* p. 81.

1.2. La exigibilidad de tales derechos ante el Estado

La aceptación de los derechos humanos incluye la aceptación de la exigibilidad de tales derechos al Estado. El Estado como tal es propio de las formaciones políticas posteriores a la época medieval, es decir el Estado es moderno por definición, y puede ser definido mediante sus dos elementos constitutivos: «la presencia de un aparato administrativo que tiene la función de ocuparse de la prestación de los servicios públicos, y el monopolio legítimo de la fuerza».²⁰ Optamos por tal definición y se prescinde de la noción de Estado como el conjunto del pueblo, el territorio y la soberanía que usan algunos escritores modernos²¹; en palabras de García-Pelayo, para nosotros «el Estado se manifiesta como una unidad de poder»²², pero tal poder no puede radicar sólo en el ejercicio de la fuerza²³, ni siquiera en la decisión de la mayoría, sino que requiere de unos principios que consideremos no sólo válidos sino también necesarios para que la voluntad de la mayoría sea, en palabras de Rousseau, voluntad general²⁴.

Entendemos el Estado de derecho como aquel concebido como órgano de producción jurídica y, por tanto, como ordenamiento jurídico en su conjunto, siendo su fundamento el gobierno de las leyes²⁵. «El derecho rige porque es impuesto por la organización; pero la organización, como institución jurídica que es, supone el Derecho»²⁶.

Pero no todo ordenamiento jurídico constituye *per se* un Estado de derecho, «el Estado de derecho es el Estado *sometido* al derecho»²⁷ (el subrayado es nuestro), en el que: a) gobierna el imperio de la ley, en-

²⁰ BOBBIO, Norberto: *Stato, governo, società. Per una teoria generale della Politica*. Giulio Einaudi editore, Turín, 1985. Edición consultada: Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política. Fondo de Cultura Económica, México, 1989, Traducción de José F. Fernández Santillán. pp. 89.

²¹ BOBBIO, *Stato...* pp. 92 y 128

²² GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984, p. 19.

²³ Bobbio se pregunta: «¿si nos limitamos a fundar el poder exclusivamente en la fuerza, cómo se logra distinguir el poder político del de una banda de ladrones?» BOBBIO, *Stato...*, p. 118.

²⁴ «Lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos como el interés común que les une». ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. (Chambéry, 1754). Edición consultada: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El contrato social*, Orbis, Barcelona, 1984. Traducción de: José López y López, p. 178.

²⁵ BOBBIO, *Stato...*, pp. 73 y 132.

²⁶ GARCÍA-PELAYO, *Derecho...* pp. 18-19.

²⁷ DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Primera edición: 1966, Novena edición: Taurus, Madrid, 1998; p. 29. El subrayado es nuestro.

tendiendo ésta como la voluntad popular, b) hay división de poderes, c) existe legalidad en la administración (actuación según la ley y suficiente control judicial), y d) derechos fundamentales: garantías jurídicas formales y efectiva realización material²⁸.

Es importante recordar en todo momento que estos principios de la voluntad general no dependen de la voluntad de los Estados, máxime cuando el desarrollo de instrumentos internacionales de derechos humanos precisa los deberes del Estado. Estos tratados no son simples exhortaciones morales o declaraciones de buena voluntad, sino que constituyen obligaciones jurídicas que los Estados deben cumplir, obligaciones válidas para la conciencia colectiva de nuestro tiempo, y basadas en el principio «*pacta sunt servanda*» (los pactos son para cumplirlos)²⁹. El Estado, por vía de los tratados en el ámbito internacional y por vía del derecho constitucional en lo interno, se obliga a sí mismo para con unos derechos que se consideran fundamentales. Esa exigibilidad se deriva de la misma noción del Estado y de los derechos humanos. Según Rodrigo Uprimny:

«Jurídicamente son los Estados y no los particulares quienes se han obligado por intermedio de los pactos internacionales. Históricamente, esas garantías fueron concebidas para hacer frente a los abusos estatales. Filosóficamente, esa especificidad de los derechos humanos se justifica por cuanto la sociedad y los ciudadanos que delegan en el Estado el monopolio de la violencia: es necesario entonces establecer mecanismos de protección específicos de los ciudadanos inermes frente a ese poder armado. Esos mecanismos son los derechos humanos. Cuando los otros particulares realizan acciones que vulneran sus derechos, se trata de delitos y el ciudadano puede siempre recurrir a la autoridad estatal para que ésta lo proteja. Pero cuando es el Estado quien vulnera sus derechos, el ciudadano no tiene otro mecanismo de protección diferente a los derechos humanos»³⁰.

El Estado de derecho se vincula de modo inequívoco con la democracia como forma de gobierno y, por tanto, el Estado de derecho no puede ser ajeno a las exigencias éticas y políticas de la democracia, entendiendo por democracia una forma de gobierno «en que las decisiones se adoptan por mayoría, que actúa como totalidad, pero que, no

²⁸ DÍAZ, *Estado de...*, p. 44.

²⁹ *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* (ONU, 1969), numeral 26.

³⁰ Ver: UPRIMNY, Rodrigo: «Violencia, orden democrático y derechos humanos en América Latina. Viejos y nuevos retos para los noventa». En: VV. AA: *Derechos Humanos, democracia y desarrollo en América Latina*. Novib, Bogotá, 1993, p. 148.

siéndolo, ha de respetar los derechos de las minorías»³¹. Se juntan pues la democracia y el Estado de derecho, no pudiendo existir éste sin aquella ni aquella sin éste y si bien son cosas diferentes, hoy van juntas según lo que Cotarelo llama «la conciencia moral prevaleciente en nuestra época».³²

Es obvio que, para el caso de la vida, por ejemplo, ningún Estado garantiza por completo la vida, pero no por eso podríamos decir que el derecho a la vida sea tan sólo una pretensión moral. Es frente a condiciones concretas que el Estado puede y debe garantizar el derecho a la vida. En el mismo sentido, como lo desarrollaremos más adelante, el derecho a la salud se considera como tal frente a unas condiciones que el Estado puede modificar y precisamente, porque existe esa posibilidad de modificación, es posible hablar de exigibilidad. Si los derechos humanos son, por igual, responsabilidad de todos, nadie tiene el deber preferente de responder por ellos, debido a esta dilución del deber entre el todo.

1.3. La integralidad y universalidad de los derechos humanos

Hay un viejo debate sobre si hay derechos humanos principales y derechos humanos secundarios. Esa noción se alimentó con la idea de que los derechos humanos aparecen divididos, tan solo formalmente, en dos listas contenidas en los Pactos de 1966; de la noción de que hay «generaciones de derechos» y de que unos generan omisiones del Estado (acciones «negativas») y otras acciones llamadas positivas.

En las declaraciones de Teherán y de Viena no existe la noción de generaciones de derechos, pues los dos pactos de 1996 (de derechos civiles y políticos, y de derechos sociales, económicos y culturales) son complementarios e interdependientes, pudiéndose afirmar que cada derecho tiene su personalidad propia, que no depende de su inclusión en uno u otro pacto sino de su relación con la noción de dignidad³³. Algunos pocos todavía pretenden fijar límites entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales por otro. Límite no sólo de

³¹ COTARELO, Ramón: *En torno a la teoría de la democracia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 18.

³² COTARELO, *En torno a...*, pp. 13-16; 86-88.

³³ *Proclamación de Teherán*, (ONU, 1968), numeral 13; y *Declaración y Programa de Acción de Viena*, (ONU, 1993). «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso» (Viena, numeral 5).

difícil definición sino inútil y hasta peligroso a la hora de precisar exigibilidades jurídicas, especialmente porque niega la noción de integridad de los derechos humanos.

Trataremos de ilustrar lo artificial de la tensión lo individual-lo social o, si se prefiere derechos individuales y derechos sociales. Se menciona el sufragio universal como el derecho político por antonomasia, parte de los derechos individuales donde el Estado tendría el deber de abstenerse y se le considera un derecho no progresivo sino de aplicación inmediata. Pero la historia del sufragio ha sido la historia de la inclusión progresiva y no es cierto que el Estado simplemente se abstenga de prohibir el voto sino que invierte recursos creando colegios electorales. Además ¿tendría sentido invocar tal derecho en una isla con un único habitante? Si su razón de ser, como lo percibimos hoy, es consultar la opinión del otro es porque parte precisamente de que: a) el otro existe, b) se le reconoce poseedor de opinión, y c) se acepta que tal opinión cuenta. Entonces, ¿no nos muestra esto el alto contenido social de tal derecho individual? ¿Por qué colocarlo como un derecho individual por antonomasia y por qué la salud —tan personal e intransferible como lo mostraremos— habría de ser vista como un derecho social?³⁴.

Para Rubio Llorente, los derechos humanos no son una lista cerrada, no son un «elenco definido y estable», sino que «el número y contenido de estos va aumentando y ensanchándose con el progreso moral y político de la humanidad»³⁵, criterio al que se podría anexas el del progreso técnico y científico. Los derechos humanos derivan de la noción de dignidad humana, cuyo contenido se ha ido precisando en un proceso histórico creciente.

La salud sería o no un derecho humano. Pero si aceptamos que lo es, la salud sería un derecho pleno, no un derecho de segunda generación (para algunos de segunda clase.) Un derecho humano que no lleva consigo un deber del Estado y un derecho de la persona, no es tal. Para el caso de la salud, aunque ésta aparece mayoritariamente relacionada con los llamados derechos sociales, en una lectura más amplia y una mirada cuidadosa del derecho internacional de los derechos humanos es claro y concluyente que la salud existe como derecho, supera el mar-

³⁴ Decía el novelista sueco Söderberg: «llegará el día en que el derecho a morir se considerará mucho más importante e inalienable que el derecho a introducir una papeleta en una urna electoral». SÖDERBERG, Hjalmar (1905): *Doktor Glas*. Madrid, Cátedra, 1992, p. 104.

³⁵ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho constitucional», en: VV.AA.: *El núcleo duro de los derechos humanos*, J.M. Bosh, Navarra, 2001, p. 69.

co de los derechos sociales para situarse, como cada uno de los derechos, en un derecho con personalidad propia y, en cuanto tal, sujeto de protección jurídica particular.³⁶

El puesto de la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es indiscutible. Aparece como parte de otros derechos como el trabajo y la seguridad social³⁷; está incluida de manera explícita en normas internacionales contra la discriminación racial y de la mujer³⁸; aparece como límite al ejercicio de otros derechos³⁹; es el resultado no sólo de la acción de Estado sino de su abstención (por ejemplo en el caso de tortura y lo relacionado con la integridad física de las personas)⁴⁰; y finalmente, también aparece como derecho en sí⁴¹. En la práctica, el derecho a la salud depende también de la concreción de otros

³⁶ Ver: ALFREDSSON, Gudmundur; TOMASEVSKI, Katarina (ed.): *A Thematic guide to Documents on Health and Human Rights*, Martinus Nijhof Publishers, London, 1998; LEARLY, Virginia: «The Right to Health in International Human Rights Law», en: *Health and Human Rights*, núm. 1 (Boston, 1994), pp. 24-56; TOEBES, Brigit: «The Right to Health» en: EIDE, Asbjorn et al (ed.): *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001, pp. 169-190; y de la misma autora, TOEBES, Brigit: *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia - Hart, Antwerpen, 1999.

³⁷ En la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (ONU, 1948) se contempla en el derecho a la seguridad social; así mismo en varios convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

³⁸ Ver: *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (ONU, 1965); y *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (ONU, 1979).

³⁹ El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ONU, 1966) muestran la salud como una condición que limita el ejercicio de ciertos derechos, en su orden: circulación (art. 12), manifestación religiosa (art. 18), libertad de expresión (art. 19), derecho de reunión pacífica (art. 21) y derecho de asociación (art. 22). Además aparece como límite en la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (ONU, 1981), y en la *Convención sobre los derechos del Niño* (ONU, 1989).

⁴⁰ Ver: *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (ONU, 1984); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ONU, 1966); *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte* (ONU, 1989); *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (ONU, 1992); *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (ONU, 1948); *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ONU, 1996); *Convención sobre derechos del Niño* (ONU, 1984).

⁴¹ Ver: *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, artículos 10 y 12 (1966); *Convención Internacional Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, art. 5; (1965); *La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, art. 14 (1984); *Convención sobre derechos del Niño*, art. 39 (1989).

derechos, como los derechos laborales de los trabajadores de clínicas y hospitales.

La postura de que los derechos humanos son una lista abierta encuentra, más en los tiempos actuales, contradictores en discípulos del profesor Hayek, especialmente en las reformas en salud y su relación con la libertad. Esta postura, para lo que nos ocupa, está sustentada en: a) una definición de la libertad en negativo: la ausencia de «controles arbitrarios», dice Hayek, por parte del Estado, b) una noción de derechos humanos en los que prima el derecho de propiedad, c) un rechazo al Estado social, d) una fe en el mercado y e) una consideración de la salud como parte de la cadena productiva⁴².

En la medida en que la persona es libre, los resultados serán solo los derivados de sus esfuerzos. La libertad centrada en la propiedad se ejerce en la libertad de poseer. Así, en materia de derechos humanos, Hayek enfatiza en los mismos derechos de propiedad y de libertad de comercio que reivindicó la burguesía frente al poder feudal. Al rechazar el Estado social (como medio para garantizar derechos), Hayek descarta los derechos sociales porque, a) no los considera como tales, b) su garantía sería dada por la indeseable intervención del Estado que él considera arbitraria. «La igualdad de los preceptos legales generales y de las normas de conducta social es la única clase de igualdad que conduce a la libertad y que cabe implantar sin destruir la propia libertad». Los derechos humanos en cuanto regulador de la defensa de la libertad de la persona frente al Estado sólo tendrían sentido en cuanto contribuyen a la libertad y ésta estaría en entredicho si se acepta la acción de un Estado interventor que regule a favor de cualquier igualdad.⁴³ Por supuesto, nosotros adoptamos la argumentación citada de los derechos humanos como una lista abierta al progreso humano.

Resuelto el problema de la integralidad, nos queda aceptar el postulado de la universalidad de los derechos humanos, lo que nos obligaría a aceptar que la salud, en cuanto derecho humano, tendría una naturaleza universal. Negar tal universalidad supondría la negación misma de los derechos humanos, con lo cual no se cumpliría el primero de los requisitos aquí presentados. En palabras de Habermas con relación a la universalidad de ciertos valores:

«Nuestro ordenamiento jurídico descansa sobre principios fundamentales de contenido universal y la realización de tales principios puede entenderse como el agotamiento de ese contenido. Normas como los derechos fundamentales, la garantía del procedimiento juri-

⁴² HAYEK, *The Constitution of...* pp. 26, 36, 101-116; 147-148.

⁴³ HAYEK, *The Constitution of...* p. 101-102.

dico, el principio de la soberanía popular, la separación de poderes, el principio del Estado social, etc., están formuladas inevitablemente en un alto escalón de abstracción. Estos principios tendrían que tener una vigencia universal, esto es, valer en todo momento y espacio, para todo y para todos y también para otras normas que enjuicamos según estas medidas»⁴⁴.

1.4. La relación salud - necesidad - libertad

La salud contribuye a la libertad, pero la libertad necesita de la salud, como dice Marx: «para cultivarse con mayor libertad, un pueblo necesita estar exento de la esclavitud de sus propias necesidades corporales»⁴⁵. La salud contribuye y posibilita el ejercicio de la libertad. Pero además, la salud comparte con la libertad una condición: la de ser una necesidad vital humana⁴⁶, necesidad en el sentido más amplio de la palabra, no sólo en lo relacionado con las necesidades materiales.

Para Galtung, desde la noción de necesidad es posible construir una argumentación jurídica de los derechos humanos, a partir de que los derechos humanos son un tipo especial de necesidades humanas que constituyen las causas últimas de los derechos⁴⁷. Las necesidades son: de sobrevivencia (contra la violencia), de bienestar (contra la miseria), de identidad (contra la alienación) y de libertad (contra la represión).⁴⁸ Esta lógica contribuye a la abolición de la frontera creada entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, o entre necesidades materiales y no materiales.

La garantía de necesidades materiales implica la disponibilidad de recursos lo que nos adentra en el debate sobre los recursos del Estado.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen: *Ensayos Políticos*, Ed. Península, Barcelona, 1988. Traducción de Ramón García Cotarelo. pp. 83-84.

⁴⁵ MARX, Karl: *Manuscritos. Economía y filosofía*. Alianza, Primera Edición: 1968. Quinta Edición, Madrid, 1974. Introducción y traducción de Francisco Rubio Llorente, p. 61.

⁴⁶ Sobre la salud como necesidad básica, ver: DOYAL, Len; GOUGH, Ian: *Teoría de las necesidades humanas*. Icaria, Barcelona, 1994, pp. 77-107. Y sobre salud y autonomía, ver: en la misma obra, pp. 219-241.

⁴⁷ GALTUNG, Johan: *Human Rights. In another key*. Polity Press, Cambridge, 1994.

⁴⁸ Pero, no toda necesidad individual, reconocida o no por el colectivo social adquiere la categoría de necesidad vital y/o fundamental. Sobre el desarrollo de los derechos humanos desde las necesidades, ver: GALTUNG, *Human Rights...* pp. 56-107. Sobre una visión de la relación derechos humanos y necesidades, en el marco de la cooperación internacional, ver: ETXEBERRIA, Xavier: «Justicia distributiva internacional», en: ETXEBERRIA, Xavier, MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio; TEITELBAUM, Alejandro: *Ética y derechos humanos en la cooperación internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 13-31.

Pero la necesidad de crecimiento económico no debe implicar la negación de la libertad ni del disfrute de derechos humanos. Para Donelly, no es aceptable la priorización del crecimiento económico, a veces incluso no acompañado de aumento en el desarrollo, como límite o condición para el ejercicio de los derechos humanos. Este autor explica, aceptando la necesidad del desarrollo para la garantía de los llamados derechos sociales, que modelos en los cuales los gobiernos priorizan la educación, la salud o los debates sobre la tenencia de la tierra, es posible avanzar en un sistema de libertades que, a la vez, garanticen derechos sociales.⁴⁹ Para Sen «la buena salud y la prosperidad económica tienden a reforzarse mutuamente. Una persona sana podrá más fácilmente obtener ingresos, y una persona con mayores ingresos podrá más fácilmente obtener asistencia médica, mejorar su nutrición y gozar de la libertad necesaria para llevar una vida más sana».⁵⁰

Para Stiglitz «La cuestión no es estar a favor del crecimiento. En algunos sentidos el debate crecimiento / pobreza pareció absurdo (...) La cuestión tiene que ver con el impacto de políticas concretas»⁵¹ como sería en nuestro caso el impacto concreto de las políticas en salud. No es admisible, por ejemplo, la manida explicación de que es necesario sacrificar una generación de personas: «del mismo modo es que no es admisible que se imponga una tiranía con el pretexto de preparar a la población para disfrutar en el futuro de instituciones democráticas, es insostenible que se someta deliberadamente a la miseria a la mayoría de la población con la excusa de que ello garantiza el bienestar futuro o la supervivencia de un sector de la economía»⁵².

Por otro lado, la relación entre la salud y la libertad se materializa en unas condiciones dignas que hagan posible el ejercicio de la libertad. Para Galeno, cuatro eran las formas de vida humana: a) la vida del hombre libre y sano, b) la que con la salud escasa es libre, c) la del sano atado por las obligaciones de la vida, y d) la del siervo enfermizo, es-

⁴⁹ Donelly compara el modelo de Brasil, con alto crecimiento del PIB pero con altas tasas de mortalidad infantil y analfabetismo, y el modelo de Corea del Sur, el cual fue ejemplar en varios sentidos hasta la crisis del sudeste asiático. Ver: DONELLY, Jack: *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Cornell University Press, Ithaca / London, 1989, especialmente el capítulo 9: «Development-Right Trade-offs: Needs and Equality», pp. 163-183.

⁵⁰ SEN, Amartya: «la salud en el desarrollo». Discurso inaugural pronunciado ante al Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, 18 de mayo de 1999

⁵¹ STIGLITZ, Joseph: *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002. Traducción de Carlos Rodríguez Braun, p. 133

⁵² NIKKEN, Pedro: *En defensa de la persona humana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988, p. 87-88. Citado por: BOLÍVAR, Ligia: *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*. Provea, Caracas, 1996, p. 19.

quema dentro del cual el ser humano que persigue el mundo civilizado y que soñó la Ilustración es de la persona libre y sana.⁵³ Para otros, la relación salud-libertad, se materializa en, y sólo en, la selección del médico o la institución tratante dentro de una gama de oferentes (esta tensión conceptual se ha observado, con graves repercusiones, en las reformas de sistemas de salud en los casos chileno y colombiano).

El error de la ésta última postura radica en desconocer una noción más amplia de libertad y en creer que (aún dentro de esa visión miope de la libertad) el usuario de los servicios decide realmente cuando solo la «primera consulta es el único acto de decisión relativa que está en manos del consumidor» máxime si después «este complejo es manejado con criterios de lucro y más aún si lo es en condiciones monopólicas, el usuario queda a merced de grupos que pueden guiar o inflar los servicios (...). En Estados Unidos, en los años 70, las operaciones cesáreas practicadas en pacientes privados acogidos al sistema de seguros de salud, fueron más del doble que en pacientes hospitalizadas en servicios públicos, sin causa médica que pudiera explicar la enorme diferencia»⁵⁴.

Esa libertad se reduce a la selección del médico, sin que tenga ninguna otra implicación, ni en la selección del especialista al que será remitido, a las pruebas diagnósticas ni a los procedimientos quirúrgicos. No es que desconozcamos el consentimiento informado⁵⁵ o las cartas de derechos de los pacientes, sino que esta libertad que ofrecen las reformas en salud no dice nada de la autonomía del paciente, del derecho a la segunda opinión, del derecho a rechazar tratamientos, ni del mismo consentimiento informado. Menos dice sobre la posibilidad de evaluar el servicio prestado. Un cuadrapléjico no se hace libre simplemente porque escoja la silla de ruedas que ha de usar.

Sabemos que el derecho internacional de los derechos humanos plantea, además del acceso al servicio, un acceso que implique: a) el uso de técnicas adecuadas y b) relaciones acordes con la dignidad hu-

⁵³ Ver: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *Historia de la medicina*, Masson, Barcelona, 1978, p. 123.

⁵⁴ REQUENA-BIQUET, Mariano: *Análisis preliminar sobre la política social en Chile, 1979*. (Background paper for the Workshop: «Six Years of the Military Rule in Chile», Smithsonian Institution, Washington DC, May 15-17, 1980), p. 7.

⁵⁵ La figura del consentimiento informado también es objeto de debates. Se alega que el paciente no puede decidir, pero ¿no es acaso común que al sistemáticamente negarle al paciente el derecho a la información oportuna, se le someta a pruebas sin previo consentimiento, practicar exámenes —como el del VIH— que son de la esfera de su intimidad personal sin su autorización, se coloca en imposibilidad de decidir? No basta con argumentar que el paciente no podía decidir cuando la condición de «incapaz de decidir» es producida por el médico.

mana y con la libertad de las personas entre los trabajadores de la salud y las personas que buscan sus servicios⁵⁶. Los instrumentos, códigos y declaraciones relacionadas con la ética médica⁵⁷ están en coherencia con esta noción. Con respecto a la realización de experimentos en personas, es claro que «nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos»⁵⁸. Este es el tipo de libertad que vincula el servicio de salud con los derechos humanos y no la falacia de libertad de la selección de un oferente.

Así, la libertad en salud tiende a reducirse a elegir dentro de un abanico de oferentes del primer eslabón de una cadena de servicios, cadena frente a la que poco o nada opina la persona. La reivindicación de la libre elección del médico como paradigma de la relación libertad-salud no sólo es falaz sino peligrosa. No vamos a entrar en el debate de los críticos de la práctica médica, sólo queremos resaltar la potencial contradicción discursiva: a) si el que sabe de salud es el médico, salvo por agradabilidad ¿para qué se justificaría la libre elección del servicio?, Y b) si el que sabe de salud es el paciente, ¿por qué reducir su capacidad de opción sólo al primer peldaño del proceso y no extenderlo a todos los siguientes peldaños? Hayek quien alimenta precisamente esta segunda noción de libertad reconocía que «bajo una organización estatal de los servicios médicos, la autoridad resuelve y decide, y al individuo solo le cabe acatar resolución ajena»⁵⁹.

La relación entre salud y libertad es compleja, pero tal complejidad no nos permite hablar de super-derechos, sino entender que la relación se materializa en muchos ámbitos, lo que no impide la definición de salud sino que sólo evidencia la complejidad. La relación salud-libertad se da en el ámbito de la realización de la persona, de su libre desarrollo, de sus posibilidades de ejercer su libertad y de disfrutar su salud. Resulta

⁵⁶ Por ejemplo, *Declaration on the Promotion of Patient's Rights in Europe* (WHO, 1994); incluye: a) el derecho al servicio, b) el derecho a la información plena sobre el estado de salud incluyendo procedimientos, riesgos, beneficios, alternativas terapéuticas, diagnósticos, pronóstico y progreso del tratamiento; c) el derecho al consentimiento informado, entendiendo que éste debe ser prerequisite para cualquier tipo de intervención médica y que incluye el derecho del paciente a rechazar un tratamiento, d) el derecho a la confidencialidad y a la privacidad, y e) el derecho a los cuidados y tratamientos adecuados, sin discriminación alguna.

⁵⁷ Algunos códigos a citar, son: *International Code of Medical Ethics* (NGO, 1983); *Declaration of Geneva* (NGO, 1948) que recoge parte del juramento hipocrático; *Declaration of Hawaii* (NGO, 1977), de la Asociación Mundial de Psiquiatría.

⁵⁸ Artículo 7, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, (ONU, 1966). Ver. Además, *Declaration on the Human Rights of Non-Nationals* (UN, 1985)

⁵⁹ HAYEK.: *The Constitution of...* p. 328.

ta pobre un concepto de libertad que tan solo se materializa en elegir un médico dentro de una lista que tampoco se elige.

Una última precisión es sobre la relación salud-responsabilidad. Las sociedades medicalizadas⁶⁰ alimentan la noción de buscar respuestas a los dilemas cotidianos volviendo enfermedad toda ruptura en la cotidianidad. Es decir, la persona disminuye su libertad cuando su vida se presenta como un conjunto de alteraciones que requieren siempre y en todos los casos intervención médica para recuperar un perdido equilibrio. Este tipo de lecturas, de las que se alimentan prácticas como la Nueva Era, en vez de aumentar la libertad y la responsabilidad de las personas para consigo mismo y para con sus propias decisiones, termina generando, como lo hace el psicoanálisis en los Estados Unidos, una renuncia al ejercicio responsable de la libertad.

Vale aquí subrayar la reflexión de Hipócrates si estamos realmente ante un enfermo o no.⁶¹ Evadir esta pregunta, en sociedades altamente medicalizadas y tendientes a llamar enfermedad a toda adversidad, permite la proliferación de todo tipo de prácticas autodenominadas de salud que ofrecen curación, y la logran, precisamente por encontrarse ante entidades que no son, en rigor, una enfermedad. El objetivo del derecho a la salud es garantizar una supervivencia lo más funcional posible de las personas, no explicar las causas últimas de la vida, busca preservar la vida pero no definir ni imponer cómo ésta debe ser vivida, función que corresponde a cada persona en el ejercicio de su libertad.

⁶⁰ La sociedad medicalizada es en la que la relación médico-paciente es el paradigma y el instrumento de la resolución de todo tipo de problemas, y la sociedad medicamentada es aquella que considera como única vía de mantenimiento y/o recuperación de la salud el consumo de medicamentos.

⁶¹ LAÍN, *Historia de la...* pp. 114-119.

2.

Requisitos de definición

2.1. La adopción de una definición de salud

Tener con una definición de salud no es un lujo académico sino una necesidad jurídica: se trata de precisar el bien jurídico que se quiere proteger. Esta definición debe llenar ciertos requisitos y necesidades: a) que su objeto definido sea la salud y no más que la salud, b) que sea jurídicamente funcional, es decir que no sea sólo una noción vaga del deseo sino que permita una concreción jurídica, y c) que dé respuestas a las nociones morales, sociales y académicas de lo que se entiende por salud. Es decir, un concepto de salud que sea preciso en sus límites y en su materia y que, por tanto, permita precisar los alcances de su exigibilidad.

La abundancia de definiciones de salud hace que el debate sobre el derecho a la salud se torne complejo en la definición misma del bien jurídico a proteger, máxime cuando ese bien se entiende de manera cada vez más laxa en aras de una aparente «tolerancia discursiva». Algunos autores presentan una definición de salud como derecho que raya en la imposibilidad jurídica, pues plantean la extensión del derecho sin definir límite alguno (la salud como un todo), por ejemplo al sostener que: la salud es «una manera de vivir libre, gozosa y solidaria»⁶².

Una tendencia entiende la salud «como un todo» que incluye la vivienda, la educación, el trabajo, como si fuera un macro-derecho que contiene a todos los otros, lectura que se refuerza cuando se piensa en

⁶² GOL: «La salut», *Annals de Medicina* (Barcelona), 63 (1977), 1.025-1.040; citado por: SALLERAS SANMARTÍN, L: «La salud y sus determinantes» *Anthropos*, núm. 118-119 (Barcelona, mar-abr. 1991), p. 34.

la salud como inseparable de la seguridad social⁶³. Esto nos llevaría a la ecuación: derecho a la salud igual a Declaración Universal de Derechos Humanos. A esto se suma la «tendencia creciente a considerar los problemas de la vida como problemas médicos»⁶⁴. Si salud es todo, entonces toda situación adversa o no deseada es enfermedad.

Como lo menciona Bobbio para otro tipo de pares (paz, guerra; público, privado; democracia, autocracia) la salud junto con la enfermedad, forma una pareja dicotómica en la que un elemento se define usando como referente su opuesto, y cada uno delimita el alcance del otro⁶⁵. Y aunque esta noción dicotómica hoy se considera por muchos superada (la salud «no es solamente la ausencia de enfermedad» sostiene la Organización Mundial de la Salud, OMS, en su carta fundacional de 1948⁶⁶), el par salud / enfermedad ha sido determinante: a) durante la mayoría del tiempo en la historia de la humanidad, b) en el presente cotidiano de las personas y c) como punto de partida en la gran mayoría de definiciones de salud o para reducir ésta —a pesar de lo que se diga— a la ausencia de la enfermedad. El problema es definir que es aquello que, siendo salud, es más que la ausencia de enfermedad. Según Vallespin: «un sistema solo se puede determinar, solo puede “tematizar” sus límites, introduciendo una distinción entre un “adentro” y un “afuera”». ⁶⁷

⁶³ Algunos autores incluyen en la expresión «seguridad social» a la salud, otros denominan así sólo a los servicios de pensiones, pero esto no solo sucede en teoría sino que también afecta la práctica. México, por ejemplo, utilizó los recursos de pensiones para el desarrollo de servicios de salud. Ver: TAMBURI, Giovanni: «La seguridad social en la América Latina: tendencias y perspectivas», en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social y la atención a la salud*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 82. En el caso brasileño, los servicios de salud federales se financian mediante el presupuesto general de la seguridad social y por tanto están vinculados al presupuesto de las pensiones. Ver: INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS, IRELA: «Las reformas estructurales en América Latina: una agenda inacabada» en: *Dossier núm. 62* (Madrid, 1997), p. 35; y en el caso cubano, existe un fondo común estatal para el gasto social sin diferenciación por precisa por rubros de ingresos, sino que del fondo común se toman los recursos según lo asignado por la planeación central. Ver, detalles del modelo cubano en: MESA-LAGO, Carmelo: «Diversas estrategias frente a la crisis de la seguridad social: enfoques socialista, de mercado y mixto», en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social...* pp. 372-384.

⁶⁴ Entrevista a Richard Smith, director del British Medical Journal, en: «Sólo el 10% de los estudios es válido para el médico» *El País*, Madrid, 1 de octubre de 2002.

⁶⁵ BOBBIO, *Stato...* pp. 9-38.

⁶⁶ Ver: MARTI TUSQUETS, José Luis: *El descubrimiento científico de la salud*. Anthropos, Barcelona, 1999, p. 20.

⁶⁷ Comentario de Fernando Vallespín en su introducción al libro: LUHMANN, Niklas: *Politische theorie im Wohlfahrtsstaat*. Edición consultada: *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Alianza Universidad, Madrid, 1997. Traducción e introducción de Fernando Vallespín, p. 15.

Otra tendencia de la definición es la salud como «como un fragmento»: ésta tendencia sólo mira el derecho a la salud a través de una de sus variables, lo que no es malo en sí pero implica el riesgo de vaciar de contenido el mismo concepto de salud pues parece que la salud se reduce y se explica tan solo por el adjetivo que le acompaña (salud reproductiva, por ejemplo). Tal es el caso de los derechos reproductivos⁶⁸, el Sida tanto en el plano nacional⁶⁹ como internacional⁷⁰, la tecnología médica⁷¹, los medicamentos⁷², etc. Esta tendencia ha permitido articular acciones (mujeres y derechos reproductivos, movimiento gay y Sida, etc.) pero genera limitaciones. Hablar de Sida no debería ser un punto de llegada del derecho a la salud sino un punto de partida para hablar de malaria y derechos humanos, de tuberculosis y derechos humanos, etc.

Un último grupo de autores plantea la relativización cultural de la salud, al punto que hace imposible una definición universal⁷³. Es decir,

⁶⁸ En otras palabras, salud con enfoque de género. Esta perspectiva haría énfasis en: a) la atención materna: controles prenatales y atención del parto, b) planificación familiar: tanto programas de anticoncepción como de fertilización, y c) el derecho a la mujer a decidir sobre la opción de ser madre o no, incluyendo la opción del aborto.

⁶⁹ Sobre los esfuerzos legales en el plano nacional realizados, ver: VV.AA: *Handbook for Legislator on HIV / AIDS, Law and Human Rights*, Joint United Nations Programme on HIV / SIDA, UNAIDS, 1999. Esto incluye desde la ratificación de principios generales (no discriminación, por ejemplo), hasta recomendaciones técnicas que fueron materia de legislación (como bancos de sangre y control de la infección) pasando por recomendaciones sobre la legislación en salud pública y en la reforma de servicios de salud.

⁷⁰ El Sida no aparece como tal en los tratados, pero sí en instrumentos como: *London Declaration on AIDS Prevention* (WHO, 1988), sobre el deber de los Estados de incluir el sida dentro de las estrategias de los Sistemas Nacionales de Salud; *Counselling in HIV Infection and Disease* (WHO, 1988), con énfasis en las relaciones médico-paciente; *Statement on HIV epidemiology and prostitution* (WHO; 1989), más basado en la educación sexual; *HIV transmission and Breast-feeding* (WHO; 1992); *Declaration of the Paris AIDS Summit* (WHO, 1994), sobre los derechos de las personas con la infección.

⁷¹ Ver, por ejemplo: BRODY, Eugene: *Biomedical technology and Human Rights*, Dartmouth, Hants, 1993.

⁷² Ver, por ejemplo, el debate sobre disponibilidad de medicinas contra el Sida en Sudáfrica y Brasil, casos en los cuales los Estados han planteado la producción local de medicamentos a bajo costo para cubrir las necesidades de su población haciendo caso omiso a los compromisos que derivan de la propiedad intelectual de las patentes. Ver: PÉCOUL, Bernard y otros: «Acceso a medicamentos esenciales en países pobres: ¿una batalla perdida?», en: *The Journal of the American Medical Association*, (january 27, 1999), Vol. 281, pp. 361-367. Versión en español tomada de: www.msf.es/3_1_4.asp, marzo 23 de 2001.

⁷³ Sobre las múltiples definiciones de salud y el debate que suscitan, ver, entre otros: LAIN, *Historia de...*, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: «Constitución de la Organización Mundial de la Salud», en: *Documentos Básicos*, Documento oficial núm. 240, Washington, 1991; SALLERAS, «La salud y...»; MARTI TUSQUETS, *El descubrimiento científico...*

habría tantas definiciones de salud como culturas, además todas igualmente ciertas, con lo cual la universalidad del bien jurídico es un imposible. Incluso, contraponen los llamados derechos colectivos a una lectura de la salud como bien jurídico. La salud, como la luna de los poetas, está contaminada de metáforas, cosa que se les permiten a aquellos pero no a los astrónomos.

Los derechos humanos son, en esencia, derechos individuales⁷⁴, inspirados en una forma llamada moderna de ver el mundo (para algunos occidental⁷⁵) y fruto de un proceso histórico. Pero, los derechos humanos no son discutibles simplemente por ser occidentales, como si esto fuera un hallazgo moralmente represensible, pues una discusión no puede evacuarse con una respuesta geográfica sobre la cuna (occidente creó la bomba atómica y también la medicina nuclear, pero China creó la pólvora). Algunos autores usan la expresión «cultura de los derechos humanos» que puede estar bien intencionada pero que corre el riesgo de negar la universalidad de los derechos humanos al enmarcarlos dentro de una determinada cultura.

Sobre la idea de occidente, nos preocupa la dicotomía conceptual: occidente-malo, y oriente (y el resto)-bueno. No es este el espacio para profundizar tal debate, pero suscribimos la idea presentada por Savater en el sentido de que occidente no es «otra» cultura, sino una cultura con perspectiva universal, «un bosquejo fundacional de la civilización globalmente humana». Es decir, una cultura que propone extender a escala mundial unos derechos, unos servicios y unos desarrollos de la humanidad, entendiendo por ésta la idea ilustrada de la humanidad, y no una idea romántica⁷⁶. Tal idea ilustrada nos provee unos principios que no son pues «negociables» ante la cultura sino exigibles ante la humanidad.

⁷⁴ Son derechos individuales, pero tal carácter no es contrario a que: a) su vulneración este basada en fenómenos colectivos, b) en su realización participe lo colectivo, y c) las causas que afectan un colectivo produzcan efectos «personalizados». Nuestra noción del derecho a la salud no abre la puerta ni para hablar de derechos culturales, colectivos ni muchos menos de los mal llamados de tercera generación.

⁷⁵ Para otros, el mérito de occidente no radica en inventar los derechos sino en sistematizarlos, en pensar sobre ellos. Occidente «fue capaz de realizar sobre este tema —y ese fue su mérito— una investigación sistemática que adquirió la forma de una discusión progresiva abierta. De esta forma produjo, no la cosa, sino el discurso sobre la cosa» en: VARIOS: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, UNESCO-Serbal, 1985, p. 357; citado por: ETXEBERRIA, Xavier: «Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad», en: *Los derechos humanos. Camino hacia la paz*. Centro Pignatelli, Zaragoza, 1997, pp. 87-105.

⁷⁶ SAVATER, Fernando: «La universalidad y sus enemigos», *Claves*, núm. 49 (Madrid, ene-feb. 1995), pp. 10-19.

No reconocer que los derechos humanos están más cimentados en eso que llamamos civilización (en el sentido de propuesta universalizadora de valores y que tal universalización no tiene porque ser atada a otros fenómenos de internacionalización y universalización ahora en boga) es no creer en los derechos humanos como discurso de valores más allá de las eventualidades y de las circunstancias, es simplemente no creer en ellos. «A mí no me parece grave que oigan la misma canción sino que no tengan similar acceso a las mismas medicinas», dice Savater, para terminar diciendo que «los derechos humanos deberían más bien tener hoy como sentido principal el medir la aproximación de culturas y Estados a un ideal civilizatorio que las trasciende, no ayudar a formar guetos de resistencia contra él»⁷⁷.

En el caso de la salud el debate resulta más difícil porque el pensamiento mágico y la argumentación que éste ha tenido desde corrientes antropológicas coloca todo que hacer indígena en salud con igual validez del llamado occidental. ¿Puede una comunidad, so pretexto del derecho colectivo, negar a un indígena su derecho a recibir ayuda que podría salvarle como, por ejemplo, antibióticos o servicios quirúrgicos? Para algunos indígenas el poliparasitismo intestinal no es una enfermedad, pero ¿éticamente podemos aceptar esto y entonces no buscar su solución y cohonestar con el daño objetivo que hacen los parásitos en la naturaleza de las personas? Para otros, intervenir en comunidades e implantar unos servicios y/o variables que modifican las condiciones de salud es «avasallamiento cultural» o «neo-asimilacionismo», pero ¿podemos considerar, en aras de la cultura, que es correcto que niños mueran por falta de vacunas? ¿Rechazaríamos, agazapados en nuestra cultura, si un marciano nos ofreciera la vacuna contra el sida? ¿Realmente los indígenas rechazan aquello que no conocen? Una costumbre en una tribu de Nueva Guinea era comer el cerebro de sus muertos en los ritos funerarios, vía mediante la cual varios de ellos adquirieron una enfermedad del tipo de las encefalopatías espongiiformes⁷⁸, ¿podría defenderse en contra del derecho a la salud tal práctica amparándonos en que es un asunto propio de los derechos culturales y colectivos de los pueblos?

Por último, se espera que la aproximación conceptual de salud este en conformidad con lo académico y lo socialmente esperado. Aquí el problema radica en la aceptación de la falta de rigor conceptual de lo posible y de lo exigible, y de los prejuicios que existen en materia de salud.

⁷⁷ SAVATER, «La universalidad y...» p. 17.

⁷⁸ PALOU, Andreu; SERRA, FRANCISCO: «Riesgos para la salud humana derivados de la enfermedad de las "vacas locas"», *El País*, Madrid, enero 27 de 2001.

2.2. La salud como asunto individual

En relación con los alcances del servicio, persiste la errada percepción de que la salud es un asunto de lo colectivo y que, por tanto, no puede ser reclamado de manera individual. Se hace necesario diferenciar entre derechos humanos «sociales» y derechos humanos «colectivos»: los primeros, en principio, son los contenidos en el Pacto con ese nombre, y los segundos, un intento por hacer sujeto de derechos fundamentales individuales (como son por naturaleza los derechos humanos) a un colectivo, lo que resulta un contrasentido y un problema jurídico.

En el caso de la salud, es claro, por lo menos para nosotros, que uno se enferma solo; puede compartir con otros las causas de la enfermedad y puede recuperar la salud con medidas colectivas (como son los servicios de salud) pero, la enfermedad como fenómeno, ocurre en el individuo, dentro de su naturaleza biológica. Cada uno es dueño de su propio resfriado. Muy a pesar de lo argumentado por Foucault⁷⁹, no podemos concebir la enfermedad en otra geografía diferente al cuerpo porque sólo en la biología o teniendo como punto de partida la biología es posible hablar de la salud y de la enfermedad como realidad objetiva. Si no es en el cuerpo ¿dónde?

La salud no es, para efectos de su noción de derecho humano, un asunto esencialmente de estadísticas sino de respuestas concretas a necesidades concretas de un individuo que es, por definición, sujeto de derechos fundamentales. El énfasis en la epidemiología (información sobre los colectivos) para responder necesidades individuales es uno de los sesgos del debate más preocupante. No queremos decir que la epidemiología no sea útil, sino que no es suficiente.

Así como análisis estadísticos son útiles para la evaluación de otros derechos (el número de desapariciones forzadas o las condiciones en las prisiones) sin que esto signifique despreocupación alguna por el caso individual, las informaciones en salud y las medidas para lo colectivo no resuelven del todo las demandas individuales ni absuelve al Estado de su deber para con los individuos.

Para muchos autores, la relación salud y derechos humanos se da en el espacio de la salud pública, entendiendo esta como: «un esfuerzo permanente por comprender la complejidad de los procesos sociales que determinan las condiciones de bienestar y progreso social y derivar

⁷⁹ FOUCALT, *Naissance de la clinique*. Presses Universitaires de France, Paris, 1963. Edición consultada: *El nacimiento de la clínica*, Madrid, Siglo XXI, 1986. Traducción de Francisca Perujo, pp. 16-41.

propuestas de acción que se orienten a la creación de condiciones colectivas que hagan sustentable el cuidado y la protección de la salud y la vida»⁸⁰. Por tanto, las acciones que no están encaminadas a garantizar condiciones colectivas sino individuales, no aparecen en la salud pública, pero sí en el derecho a la salud. Las medidas de salud pública sirven pues al derecho a la salud, pero no lo reemplaza.

2.3. La salud y sus causas modificables

Otro punto del debate es el relacionado con lo modificable o no de la salud. Las condiciones de salud de las personas, algunas causas de la enfermedad y las consecuencias son modificables y, en cuanto tal, se puede hablar de una responsabilidad jurídica derivada de la preservación, garantía o recuperación de tales condiciones. Uno se enferma por algo y ese algo no siempre es «natural» sino que, a veces, depende mayoritaria o totalmente de actos humanos. En el caso de enfermedades por causas naturales, lo que se espera es la garantía de los servicios de recuperación⁸¹. Eso implica, además, la renuncia a cualquier concepción metafísica de la salud, pues poco se podría exigir a fenómenos que están por encima o por fuera de la acción, aunque sea teórica, del Estado⁸².

El obstáculo aquí es la noción de inevitabilidad en materia de salud y la certeza de la muerte que parecen prolongarse en la resignación a la enfermedad. Algunas condiciones de salud son transformables y, por tanto, algunas causas de la enfermedad son evitables. No es fruto del azar sino de condiciones concretas, de factores identificados, identificables y modificables que producen alteraciones en la salud.

Son centrales en la garantía del derecho a la salud aspectos de posible regulación y/o control estatal como normas medioambientales,

⁸⁰ CARDONA, Alvaro: «Relaciones entre la salud pública, Seguridad Social y Funcionalidad del Estado», *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, (Medellín, ene-jun. 1996), citado en: CARDONA y otros: *Impacto de la reforma de la Seguridad Social sobre la Organización Institucional y La Prestación de los Servicios de Salud en Colombia*, Universidad de Antioquia, Medellín, 1999, p. 15.

⁸¹ En los brotes de *Legionella* en España, se ha discutido la responsabilidad del Estado en la propagación de la enfermedad sin que pueda evadirse tal responsabilidad diciendo que la bacteria es «natural».

⁸² Sobre las diferentes concepciones de salud que han acompañado las diversas culturas y su cuota de pensamiento mágico, ver: LAIN, *Historia de...;* sobre el origen del pensamiento científico, ver: BACHELARD, Gastón: *La formation de l'esprit scientifique*. Edición consultada: *La formación del espíritu científico*. Siglo XXI, Madrid, 1974.

precios de medicamentos, suministro de agua potable, calidad de los alimentos, exposición a tóxicos, contaminación ambiental, condiciones laborales, acceso sin discriminación a los servicios de salud, manejo de basuras, condiciones de higiene en el lugar de vivienda, control de vectores, etc.⁸³

Ahora, la modificación posible de esas condiciones determinantes de la salud tiene su base en los avances en el conocimiento científico, y constituye el núcleo central de la exigibilidad jurídica al Estado: el mantenimiento de ciertas condiciones favorables y/o la corrección de ciertas condiciones desfavorables para garantizar el bien protegido llamado salud.

La exigibilidad, de mantener y/o corregir una situación modificable, implica el suministro de los avances de la ciencia (de lo que entendemos aquí como técnica en salud) a las personas que la necesitan: avances en cirugía, medicamentos, medidas de control ambiental, aparatos de rehabilitación, etc.

2.4. Aceptación de la salud como un asunto objetivo

Solo la naturaleza objetiva del bien jurídico nos permitiría crear el consenso social necesario para definir lo que sería materia de exigibilidad al Estado. No sería pues la salud un asunto de «sentirse bien» sino de estar, objetivamente, bien. Sentirse enfermo no es lo mismo que estar enfermo. Y sentirse sano y no es lo mismo que estar sano. No se le podría decir a un condenado a cadena perpetua que basta con sentirse libre para serlo.

Este planteamiento es de difícil aceptación entre posmodernos, entre relativistas en materia de derechos humanos y entre defensores de las culturas tradicionales⁸⁴; sin embargo, la evidencia científica cada vez es más contundente en demostrar que las condiciones de salud, aún aquellas más sutiles, dependen de realidades biológicas⁸⁵. Si la salud no

⁸³ LALONDE, M: *a New Perspective on the Health of Canadians* Office of the Canadian Minister of National Health and Welfare, 1974.

⁸⁴ Sobre el debate del relativismo cultural, ver, entre muchas otras fuentes: VALDECANTOS, Antonio: *Contra el relativismo*, Visor, Madrid, 1999; ETXEBERRIA, «Los derechos...» pp. 87-105; KABUNDA BADI, Mbuyi: «Los derechos humanos vistos desde África», en: *Los derechos humanos. Camino hacia la paz*. Centro Pignatelli, Zaragoza, 1997, pp. 109-140; SAVATER, Fernando: «La Universalidad y...», pp. 10-19.

⁸⁵ Sobre la biología humana, ver: EIBL-EIBESFELDT, Irenäus: *Die Biologie des Menschlichen Verhaltens*. Edición consultada: *Biología del Comportamiento Humano*. Alianza, Madrid, 1993. Sobre una crítica, ya algo pasada pero interesante, de la salud como

fuera un bien objetivo, las demandas al Estado en materia de salud rayarían en medios mágicos y fines milagrosos. Ahora, la exigencia al Estado del tipo de prácticas en salud que reivindican una interpretación cultural estaría de pronto en el terreno de los llamados derechos culturales pero difícilmente del derecho a la salud, y aquella exigencia nunca podría ser la negación de la salud como sucede en las ceremonias de purificación en las aguas contaminadas del Río Ganges.

En el caso de muchas otras prácticas en salud, su argumentación es —aunque incorrecta— también la biología. Los orientales explican la acupuntura y su eficacia a partir de su acción sobre ciertos meridianos energéticos, pero la verdad es que las agujas actúan sobre la red de nervios y por eso el uso de *naloxona* bloquea la eficacia de la acupuntura. Las personas que hacen meditación y otros ejercicios similares muestran sus avances a través de cosas como el control frente al dolor, la reducción del ritmo cardiaco, etc. Es decir: responden «dentro» de las funciones biológicas y no fuera de ellas.

Es necesario subrayar que decir biología no implica desconocer contextos sociales ni políticos, ni negar el medio ambiente (que por demás también es biológico) sino entender que la enfermedad (diferente como concepto de sus causas) sucede y se expresa en el cuerpo de la persona, lo que no niega que su solución puede estar fuera de él y mucho menos del uso de medicamentos. Decir biología no es decir solamente antibióticos, ni hospitales ni bacterias, es también decir prevención y salud pública. Queremos subrayar que una cosa es la biología como información y otra su uso político. Por ejemplo, la noción de raza no es de lo biológico sino de lo ideológico, y acusar a la biología de racista es no solo injusto sino peligroso. No existen diferencias de fondo entre blancos y negros en su anatomía, hablar de raza negra —en rigor— es absurdo y oportunista; pues si también el tamaño y forma de la nariz es asunto genético ¿por qué no hablar de la raza de los narizones?

Las diferencias biológicas no justifican discriminaciones sociales. Pero afirmar la existencia de diferencias biológicas, no implica una postura fascista. Una cosa es el reconocimiento de variaciones biológicas constatables y otra es la edificación de categorías de superior/inferior que no se pueden desprender de la constatación y que son más del orden de lo moral, de lo político o de lo sociológico que de lo biológico. No se puede derivar más allá de lo derivable. Sobreviven los sanos te-

herramienta del poder y carente de objetividad, ver: FOUCAULT, *Naissance...* Sobre una mirada desde las ciencias a los discursos posmodernos, ver: SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean: *Intellectual impostures* (1998). Edición consultada: *Imposturas intelectuales*. Paidós, Barcelona, 2000. Traducción de: Joan Carles Guix Vilaplana.

mores ya observados ante la manipulación de los resultados de la investigación biológica para «justificar» respuestas fascistas, pero esa forma de concluir no desdice de la ciencia sino de quien la interpreta de esa manera. Un ejemplo para ilustrar lo dicho sobre la evidencia y de lo que ella se deriva: los cerebros de los varones son, en promedio, más grandes que los de las mujeres, esto es una evidencia después de miles de autopsias; pero esto no nos permite deducir que los varones sean más inteligentes que las mujeres. Repetir que el tamaño promedio del cerebro es diferente entre hombres y mujeres no es machista, pero decirlo callando que no guarda relación con la capacidad intelectual es poner una verdad científica de manera sesgada al servicio de un discurso machista.

El derecho a la salud tiene su materialización en la exigencia de medios que garanticen y/o restablezcan unas condiciones adecuadas de la naturaleza biológica de la persona, pero no toda su naturaleza sino de aquella alterada, que llamamos enfermedad, y para la cual la ciencia nos ofrece posibilidades. La vejez es una condición normal del desarrollo de las personas y no una enfermedad, pero sí son enfermedades algunas realidades que a veces (no siempre) acompañan la vejez; si no fuese así, el derecho a la salud plantearía como reivindicación la inmortalidad.

Siguiendo, sólo en aras de la discusión, el esquema de lo bio-psico-social, podemos precisar que los elementos sociales que nos interesan cuando exigimos el derecho a la salud son aquellos que inciden efectivamente en la salud de las personas. La falta de agua potable es un hecho social con implicaciones directas en salud, pero no lo sería una caída de la bolsa de valores. Por razones jurídicas, debemos fijar un límite en algún eslabón de la cadena de causas y efectos que produce la salud. Ese límite nos permite precisar también la responsabilidad del personal de salud. Si queremos definir un adentro y un afuera, tendremos que excluir algunos fenómenos sociales, pues si incluimos todo, sistema de salud sería la totalidad del Estado y personal de salud todas las personas que cumplen funciones estatales, personal que además debería responder por todo, desde el agua potable hasta la caída de la bolsa.

La exigencia buscada no es sólo en materia de supervivencia (urgencias, por ejemplo) sino también en términos de la salud como medio para garantizar una vida digna. Si sólo fuera invocable la salud como derecho cuando hay riesgo para la vida, se limitaría toda reclamación de salud al dilema vida o muerte, con lo que el reconocimiento de la salud quedaría subsumido por el derecho a la vida.

La salud y la enfermedad tienen elementos subjetivos pero son, en esencia, fenómenos objetivos. La ciencia da la guía y las herramientas

para determinar la exigibilidad posible del derecho. Incluso, en la compleja discusión sobre la salud mental, cada día es más claro que la enfermedad mental es un fenómeno objetivo de naturaleza biológica, aunque sus causas y soluciones contengan elementos sociales. El pensamiento no es un acto mágico, basta usar alucinógenos o producir traumas cerebrales para observar cómo las personas cambian de forma de pensar o la forma como organizan sus ideas. Queremos precisar que no es nuestro interés, «patologizar», volver enfermedad, cada acto de las personas, como sucede en las sociedades medicalizadas y como se hizo por parte de regímenes políticos que consideraban enfermos mentales a los disidentes, esquema dentro del cual se quiere, por ejemplo, «curar» la pobreza con antidepresivos. Pero frente a la enfermedad mental establecida, el tratamiento, por supuesto, parte de reconocer la realidad biológica y que es en el cerebro donde se desarrolla la enfermedad por eso, entre otras cosas, no se le puede hacer psicoterapia a un tumor.

Fue Alcmeón el primero en aceptar que el cerebro es el centro de la vida⁸⁶. En el *Corpus Hippocraticum* ya se reconocía el letargo, la melancolía y la epilepsia como enfermedades del cerebro⁸⁷. El daño que ha hecho prácticas psiquiátricas policivas (como ha sucedido en Chile, China y en la Unión Soviética donde los psiquiatras consideraban «enfermos» a los disidentes y los trataban medicamente), las corrientes anti-psiquiátricas (Franco Bassaglia y David Cooper, entre otros) más la avalancha de películas sobre el tema ha satanizado la psiquiatría, pero esa «desatanización» sobrepasa el deseo de este texto. Lo anterior ha contribuido para que algunos sean refractarios a entender las enfermedades mentales como parte de alteraciones biológicas y, ante el poco desarrollo de explicaciones entendibles y/o aceptadas por muchos, su cura se convierte en un nicho para prácticas de rituales de todo orden.

La adopción de esta postura implica (aunque suene a «intolerancia») el rechazo a otras concepciones de salud fuera de la biología. No podríamos en consecuencia dejar la puerta abierta a otras definiciones en la lógica del relativismo cultural. Si la biología fuera «una postura más» entonces consideraríamos de igual valor ético y técnico tanto el que hacer del epidemiólogo frente a una brote de cólera como las prácticas promovidas por la *Nueva Era* (para nosotros, un hipo-paratioridismo no se trata con terapia de pirámides sino con hormonas suplementarias).

⁸⁶ LAIN, *Historia...* p. 83.

⁸⁷ La epilepsia aparece tratada en el tetro «Sobre la enfermedad sagrada» citado por: LAIN, *Historia...* p. 97.

En los casos de las personas que son víctimas de tortura, es obvio que las causas de la alteración no son biológicas, pero hay consenso que la terapia se centra en la recuperación de ese equilibrio biológico perdido, ya sea mediante técnicas psicológicas o mediante el uso de medicamentos. Y es eso lo que le pedimos al personal de salud, que no es poco. Es claro que este personal tendría otras tareas como no cohostear ni participar en la realización de torturas, servir de peritos para contribuir a la investigación. Pero no podríamos colocar dentro de las tareas del personal de salud la lucha contra la impunidad, la violencia política y toda la agenda de los derechos humanos. No porque no se quiera, sino porque hemos decidido, desde el comienzo de este texto, precisar la naturaleza de un solo bien jurídico.

Llama la atención el giro producido entre los sectores más progresistas con relación a la ciencia: antes la ciencia era un motor de transformación y sus hallazgos una herramienta para la defensa de los pacientes.⁸⁸

2.5. Más allá de la norma universal

La salud como derecho beneficia a personas en situaciones especiales (no universales⁸⁹, si se quiere) como las mujeres gestantes o las personas discapacitadas y de manera concreta (no abstracta, si se prefiere). Esto no significa que tales características del ejercicio del derecho (no universal, no abstracto) nieguen su categoría de derecho fundamental.

«Podría, eventualmente, sostenerse que sólo es un verdadero derecho fundamental aquel que se predica de toda persona sin excepción, vale decir, aquel que se confiere —o reconoce— a todo ser humano, con independencia de su género, su condición social, racial o económica. Si ello fuera cierto, mal podría afirmarse que la mujer y, en especial, la mujer embarazada, es, en razón de su estado, titular de particulares y específicos derechos fundamentales. No obstante, la tesis según la cuál sólo son fundamentales los derechos universales carece, absolutamente, de respaldo en el constitucionalismo social.

⁸⁸ La historia del doctor Semmelweis en el Hospital de Viena en el siglo XIX, ilustra cómo los hallazgos científicos le sirvieron a él para defender a las embarazadas de la fiebre puerperal que era transmitida por los médicos por falta de medidas de higiene. Los médicos, heridos en su ego, rechazaron el lavado de manos impuesto por Semmelweis.

⁸⁹ Aquí la palabra «universal» se refiere al uso mismo de servicios específicos, no al derecho como universal. No es universal para todas las personas, por ejemplo, el servicio de maternidad, sino sólo para las mujeres.

Ciertamente, este último constituye un sistema en el cual se reconoce que la defensa de ciertos bienes jurídicos que interesan a todas las personas sólo puede satisfacerse si se confieren a quienes integran determinadas categorías sociales, derechos específicos y diferenciados. (Esto) no supone que la realización de los valores que justifican la existencia del Estado —como la libertad y la igualdad—, se alcance mediante el reconocimiento general y abstracto a todos los seres humanos sometidos a la jurisdicción nacional, de los mismos derechos y obligaciones. En especial, el constitucionalismo contemporáneo reconoce que, para que todos los miembros de la sociedad cuenten con un nivel suficiente de autonomía, ciertos sectores de la población —como por ejemplo, las mujeres en estado de embarazo—, merecen una especial protección, la que incluso puede llegar a consistir en la consagración de derechos fundamentales cuyos titulares son exclusivamente sus miembros»⁹⁰.

Lo que se observa en los servicios de salud es que aquellos en condiciones de vulnerabilidad social (indigentes, minorías, pobres, negros, mujeres gestantes, etc.), no reciben un trato igual al resto de la población, ni mucho menos un trato especial acorde a sus necesidades. David Cooper define que, para una medicina occidental excluyente y creadora de categorías de seres, la mujer negra es el enfermo perfecto.⁹¹ Podríamos agregar más: mujer negra enferma, madre soltera, pobre y de bajo nivel académico. En la práctica médica hay sexismo: los servicios de salud se limitan a la ecuación «mujer igual útero igual madre»⁹² dentro de la lógica de explicar muchas enfermedades en la mujer a partir de la retroversión uterina; en España un mayor porcentaje de mujeres queda sin un diagnóstico preciso que los hombres, aún consultando con los mismos síntomas.⁹³ Y hay racismo: en los Estados Unidos, «los afroamericanos tienen menos probabilidades que los blancos de recibir un trasplante renal».⁹⁴ El derecho a la salud debe incluir un trato igual para los iguales y un trato desigual a los desiguales («regla de justicia»⁹⁵).

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia): Sentencia T-373, julio 22 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹¹ COOPER, David; y otros. «Encierro Psiquiatría, prisión». En: Foucault, Michel. *Un diálogo sobre el poder*. Alianza Ed. Madrid: 1.981. pp. 87-127.

⁹² GIBERTI, Eva. Mujer, enfermedad y violencia en medicina. En: *En otras palabras*, núm. 1. (Bogotá, 1996), pp. 9-26.

⁹³ «Cuando el sexo marca las diferencias», *El País*, Madrid, 20 de febrero de 2001

⁹⁴ MATESANZ, Rafael: «Igualdades y desigualdades en salud», *El País*, Madrid, febrero 6 de 2001

⁹⁵ BOBBIO, Norberto: *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 64.

2.6. Más allá del derecho prestacional

Todo derecho implica gastos al Estado, lo cual desmiente aún más el mito de las generaciones de derechos. Garantizar la protección a la vida, el derecho a la defensa o el derecho al voto (la garantía de un sistema electoral) implica gastos estatales. Por eso, no es aceptable dividir los derechos entre aquellos que implican gastos para el Estado y aquellos que no, de modo que toda garantía de los primeros derechos sería dependiente de recursos. En el derecho a la salud hay aspectos que no dependen de recursos (equidad en el acceso a los servicios, por ejemplo), ni tampoco de los muchos o pocos recursos que haya, sino de la administración que se haga de éstos. «La seguridad de los ciudadanos, postulado básico del Estado de derecho, exige que la administración esté también sometida a normas jurídicas que garanticen esa seguridad, permitan ejercer contra aquella las oportunas reclamaciones de los particulares y eviten, en suma, la arbitrariedad (...) La administración, para actuar con eficacia, ha de disponer de un margen de discrecionalidad, pero ese margen no puede utilizarlo a su capricho, sino en funciones de los fines que persigue su actividad»⁹⁶. Un derecho supeditado a coyunturas deja de ser derecho para reducirse a una reclamación sin exigibilidad moral ni jurídica como la que le otorgamos a los derechos humanos.

Para ilustrar este debate, permítanos apoyarnos en la argumentación presentada por la Corte Constitucional colombiana: «Podría argumentarse que sólo resultan fundamentales aquellos derechos constitucionales que no implican una erogación o un coste económico a cargo del Estado o de los particulares. En este sentido, derechos de igualdad sustancial que pueden aparejar costos —públicos o privados— serían derechos constitucionales no fundamentales cuya eficacia se delega a los órganos de representación política. Se trataría justamente, de aquellos derechos denominados derechos de desarrollo progresivo, que no son directamente aplicables por el poder judicial. No obstante, una tal reducción resulta inaceptable. (...) La clasificación entre derechos de libertad y derechos de prestación no es, en sí misma, adecuada para definir si un derecho constitucional es fundamental. En efecto, existen derechos fundamentales que necesariamente exigen, para su vigencia, erogaciones públicas, como el derecho a la asistencia letrada, el derecho a la educación básica o el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, mal puede afirmarse que el hecho de que la

⁹⁶ LATORRE, Angel: *Introducción al derecho*. Ariel, Barcelona, 2000, pp. 167 y 168.

protección de un determinado derecho implique un costo público o privado inmediatamente le resta el carácter de derecho fundamental. En síntesis, ni la naturaleza prestacional de los derechos (...), ni su falta de universalidad, constituyen argumentos suficientes para afirmar que no se trata de derechos fundamentales»⁹⁷.

Un comentario relacionado con los derechos prestacionales es el debate sobre la existencia o no de recursos. Es posible hallarnos ante, por lo menos, cuatro escenarios: a) existe el reconocimiento del derecho y su garantía, b) el reconocimiento del derecho y su difícil garantía ante problemas de disponibilidad de recursos materiales, c) el reconocimiento del derecho, una relativa disposición de recursos y una distribución injusta de tales recursos, y d) la negación del derecho.

No es aceptable equiparar los escenarios b (falta de recursos) y c (inequidad), para justificar la mala distribución de los recursos con su poca disponibilidad, ni es tampoco aceptable supeditar el reconocimiento del derecho a su posibilidad material inmediata o su reglamentación a razones económicas antes que a razones jurídicas. La salud como derecho implica una distribución justa de los recursos disponibles, independiente de si estos recursos son pocos o muchos. Esta distribución justa de los recursos tiene al menos dos momentos: a) una justa asignación de recursos de acuerdo con las necesidades del sector salud, lo que a su vez depende de las necesidades de otros sectores (justicia, defensa, educación, etc.) y de lo prioritario que sea la salud en la agenda estatal; y b) la distribución justa dentro del sector salud de los muchos o pocos recursos que le sean asignados, es decir, la equidad que se persigue en su distribución. Retomemos las palabras de Pechman, Aaron y Taussig: «el mejor método de financiamiento (de la seguridad social) depende decididamente de lo que la nación considere como la razón de existencia del sistema»⁹⁸.

Según Amartya Sen, existe una relación entre la esperanza de vida y el PIB por habitante, principalmente a través de los ingresos destinados a los pobres y el gasto público en particular en atención en salud. Sen precisa que quienes verdaderamente deberían sentirse amenazados por el «conservadurismo financiero» son los militares pues su utilización de recursos públicos apenas reporta claros beneficios sociales, pero desafortunadamente quienes están amenazados son los maestros

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia): Sentencia T-373, julio 22 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁸ Citado por: MUSGROVE, Philip: «El efecto de la seguridad social y la atención en salud en la distribución del ingreso» en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social...* p. 236.

y el personal de salud. «Si en la asignación de los recursos se da sistemáticamente prioridad a los armamentos más bien que a la salud y a la educación, el remedio sólo podrá venir, en definitiva, de un debate público debidamente documentado sobre estas cuestiones y de la participación del público en la búsqueda de un mejor equilibrio entre la satisfacción de las necesidades básicas para vivir bien y los medios necesarios para matar de una manera eficiente»⁹⁹

Es claro que el debate sobre la disponibilidad de recursos no es ajeno a nuestro análisis, pero el objetivo médico, la naturaleza de la profesión, no es esencialmente ahorrar dinero. Dedicar la labor médica principalmente al ahorro de recursos contradice la naturaleza misma del acto médico.

⁹⁹ SEN, «la salud en el ...»

3.

Requisitos de materialización

3.1. La exigibilidad al Estado del derecho a la salud

Ya hemos aceptado la salud como derecho y hemos aceptado que los derechos humanos se le exigen al Estado. Entendemos que algunas acciones para garantizar la salud pueden darse en el marco de la solidaridad entre seres iguales y libres, pero ese no es el terreno de la salud como derecho, pues diferenciamos la esfera de la solidaridad de la esfera de los deberes del Estado, aunque algunas veces ambas confluyan en el objetivo. La salud está, de manera explícita e indiscutible en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, con un lugar específico propio y un reconocimiento jurídico suficiente para poder decir que no es una falacia hablar del derecho a la salud.¹⁰⁰

Es cierto que los primeros documentos sobre derechos humanos no incluyen a la salud como tal, pero no por deliberada exclusión sino acorde con el poco desarrollo científico de tales épocas, pues no se podría pedir o proteger algo que, para ese momento, era inexigible. ¿Podría exigirse el tratamiento de infecciones mediante antibióticos en la época en que no había antibióticos?

La idea de derecho a la salud y su correlación como deber estatal aparece en muchos textos de la Ilustración: para Montesquieu, las leyes podían evitar la propagación de las enfermedades y en tal deber debería obrar el legislador: «Las cruzadas nos habían traído la lepra, pero los prudentes reglamentos que se hicieron impidieron su propagación a la masa del pueblo (...) puesto que corresponde a la sabiduría de los legisladores velar por la salud de los ciudadanos, hubiera sido muy sensa-

¹⁰⁰ Ver, el anexo al final de este trabajo, titulado precisamente: «La salud en el derecho internacional de los derechos humanos».

to contener esta propagación por (medio de) las leyes»¹⁰¹ pues «el Estado debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, el alimento, un vestido decoroso y un género de vida que no sea contrario a la salud»¹⁰².

Para Moro, en su isla *Utopía* «la primera preocupación y cuidados son para los enfermos que son atendidos en hospitales públicos (...) En ellos, por grande que sea el número de enfermos, nunca hay aglomeraciones, ni incomodidad en el alojamiento (...) Estos hospitales están perfectamente concebidos, y abundantemente dotados de todo el instrumental y medicamentos para el restablecimiento de la salud» y sin embargo «a nadie se le obliga a ir al hospital contra su voluntad»¹⁰³.

En *Utopía* también es claro el saneamiento ambiental¹⁰⁴ y una concepción de la eutanasia pasiva y del conocimiento informado, pues aunque «no escatiman en nada, trátase de medicinas o de alimentos» cuando el mal es incurable, se le hace saber esto al paciente, algunos de los cuales se dejan morir o a petición propia reciben alguna medicina «muriendo sin darse cuenta de ello, pero no eliminan a nadie contra su voluntad, ni por ello le privan de los cuidados que le venían dispensando»¹⁰⁵. En la isla en mención la salud es proclamada como «el placer fundamental»¹⁰⁶.

Voltaire, ante las epidemias de viruela, reivindica como un bien social las vacunas que se desarrollaban exponiendo a los niños desde muy pequeños a pústulas provenientes de pacientes con «viruela benigna», tal práctica la defiende como un medio racional de protección y como un deber de la nación y del gobierno para con todas las personas.¹⁰⁷ El ser humano que proyectó la Ilustración era, por supuesto, una persona sana, una persona dentro de la cual la enfermedad no tenía sitio y si ésta apareciese debería ser combatida dentro de una noción de racionalidad, alejada del pensamiento mágico, y que incluye como correlato ciertos deberes estatales.

¹⁰¹ MONTESQUIEU: *De L'esprit des lois* (1748, Geneve). Edición consultada: *Del espíritu de las leyes*. Madrid, Sarpe, 1984. Dos tomos. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. T. I, pp. 241 y 242.

¹⁰² MONTESQUIEU: *De L'esprit des lois*... T. II, p. 114.

¹⁰³ MORO, Tomas (1518): *De Optimo Reip. Statu, deque noua insula utopia*... Edición Consultada: *Utopía*, Alianza Editorial, Madrid, 1984. Traducción de Pedro Rodríguez Santidrián, p. 131.

¹⁰⁴ MORO, *De Optimo Reip*... p. 130.

¹⁰⁵ MORO, *De Optimo Reip*... pp. 161-162.

¹⁰⁶ MORO, *De Optimo Reip*... p. 154.

¹⁰⁷ VOLTAIRE: *Cartas Filosóficas y otros escritos*, Sarpe, Madrid, 1983, pp. 56- 59.

Es clara, pues, la preocupación propia del renacimiento y de la Ilustración por reconocer la calidad de persona igual, libre y dotada de razón a cada uno, incluso a aquel anónimo de la historia y del poder. Para John Locke, todas las personas son iguales y libres, y dotadas de razón¹⁰⁸. Y esa idea original de igualdad no era contraria a otra idea que iba de la mano, la de la libertad.

En el derecho moderno, la ubicación de la salud en el ámbito de los llamados derechos sociales la encuadra dentro de aquellos derechos de «aplicación progresiva» según los recursos disponibles, de acuerdo con los principios de Limburgo.¹⁰⁹ Pero hay que tener claridad de que tales principios deben ser entendidos como metas a lograr y no como pretextos para aplazar realizaciones¹¹⁰. Hay casos, sin embargo, en que la salud se alejaría de (o por lo menos confrontaría) la noción de aplicación progresiva: en los casos de urgencias médicas, en los casos en que la vulneración guarda relación con condiciones directas y fundamentales para la dignidad humana, y cuando el Estado elabora políticas que buscan garantizar, en principio, el derecho a la salud de las generaciones futuras sin dar respuesta a las necesidades de las generaciones presentes.

Para algunos autores, la salud sólo se puede exigir en el terreno de «la protección de la salud» pues, según ellos, sólo es materia del Estado la oferta de servicios, siendo las otras variables más o menos «naturales» y ajenas a la acción colectiva¹¹¹. A nuestro juicio, los deberes del Estado trascienden las labores médico-hospitalarias y/o de protección. Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas, en la interpretación del artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966,¹¹² los deberes estatales relacionados con la salud son de tres niveles:

¹⁰⁸ LOCKE, John: *The second Treatise of Civil Government. An essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government* (1960). Edición consultada: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 1990. Traducción de Carlos Mellizo, pp. 36-45.

¹⁰⁹ Estos principios plantean que los Estados: a) actúen tan rápido como les sea posible (sin diferir indefinidamente los esfuerzos), b) den cumplimiento inmediato a, por lo menos, aquello que es de implementación inmediata (como la prohibición de la discriminación), y c) que los (pocos o muchos) recursos existentes no sean argumento para evadir responsabilidades mínimas básicas.

¹¹⁰ TURK, Danilo: *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos*. Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombia. Bogotá, 1993. P. 365 y ss.

¹¹¹ MARTÍNEZ, Eduardo; GARCÍA, Francisco: *Tratado del derecho a la protección de la salud*. Comunidad de Madrid, Madrid, 2000.

¹¹² Este artículo empieza así: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

«Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12 (del Pacto). Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud»¹¹³.

Siguiendo a Toebes, la expresión «protección de la salud» sería parcial pues hablar sólo de uno de estos ejes no incluiría a los otros dos y por tanto no explicaría plenamente el derecho en cuestión¹¹⁴. Sin embargo, esta idea de derecho a la salud, como derecho a la protección de la salud, ha sido el punto de partida de muchos trabajos especialmente en los Estados Unidos¹¹⁵ y es el término que usa la Constitución española.¹¹⁶ En la Constitución colombiana se usa la expresión «acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud»¹¹⁷.

Toda esta reflexión se acompaña de ciertas otras consideraciones relevantes: a) «el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos (sic). Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, (...), entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud»¹¹⁸; b) «Un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra to-

¹¹³ COMITÉ DE DERECHOS, *El derecho al...* comentario 33.

¹¹⁴ Toebes afirma que es más adecuada la expresión «right to health» que «right to health care» y muestra las ventajas del usar la primera expresión. También presenta el esquema tripartita de deberes estatales: «to respect, to protect, and to fulfil», mediante la cual, entendiéndose que los derechos para ser plenos deben ser atendidos en todos estos tres ejes y aclarando que se presentan así con fines discursivos, se insiste en los deberes estatales de evitar ciertas privaciones, de proteger ciertas libertades y de actuar de manera decidida frente a otras privaciones que requieren no solo la omisión del Estado sino la acción de éste. Ver: TOEBES, Brigit: *The Right to...* pp. 17-20 y 306-311.

¹¹⁵ Ver una recopilación de trabajos en este sentido, en: BOLE III, *Rights to health...* Además, ver: MARTÍNEZ, GARCÍA, *Tratado del...*

¹¹⁶ La Constitución española de 1978 proclama «el derecho a la protección de la salud» (art. 43).

¹¹⁷ Artículo 49, *Constitución Política de Colombia*. Sin embargo, esta formulación ha tenido críticas en el sentido de que reconoce el derecho al servicio pero no lo trasciende.

¹¹⁸ COMITÉ DE DERECHOS, *El derecho al...* comentario 8.

das las causas posibles de la mala salud del ser humano (...) el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud»¹¹⁹; y c): «El Comité interpreta el derecho a la salud (...) como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud»¹²⁰.

Un obstáculo estaría en la pretendida suficiente exigibilidad y/o garantía del derecho a la salud desde el ámbito de la economía o de la política. El estudio de la prestación de servicios de salud es posible teniendo como eje lo financiero (el debate de los recursos), la política pública (el diseño, las negociaciones, los grupos de poder), o la administración (la búsqueda de la eficacia), pero el presente trabajo insiste en las normas y en el Estado social antes que en los recursos, la administración o el diseño de políticas públicas porque consideramos que el derecho a la salud, en cuanto derecho, sólo puede ser respondido correctamente desde el derecho o dentro de su lógica. El derecho es una vía, no ajena a debates de recursos o de procesos gerenciales, pero no es una vía más, sino es la única vía para hablar de política (pública) dentro del Estado de derecho.

Aceptar el derecho implica reconocer su exigibilidad ante aquellos en quien el Estado delegó la materialización de la norma. Por tanto, es legítimo reclamar a los trabajadores de la salud, a la empresa privada que presta servicios públicos, y al Estado. El sesgo aquí es que en un modelo lineal pareciera que la exigibilidad social se dirige al Estado y la individual al médico, sin que pudiera haber una exigencia de la persona usuaria de servicios al Estado.

En el caso de la tortura y de la desaparición, aceptamos que estos hechos solo son cometidos por agentes del Estado, cuando son cometidos por particulares usamos otras categorías: lesiones personales y/o secuestro. En el caso de las acciones en salud por parte de la comunidad y de las ONGs, estamos frente a intervenciones en el ámbito de la salud desde particulares, lo que es válido como ejercicio de solidaridad social pero que no significa, en puridad, la garantía del derecho a la salud, precisamente por la naturaleza de derecho humano que le hemos reconocido a la salud. Preocupa la tendencia del Estado a desviar su responsabilidad en materia de salud en este tipo de acciones presentándolas como avance en la garantía del derecho.

¹¹⁹ COMITÉ DE DERECHOS, *El derecho al...* comentario 9.

¹²⁰ COMITÉ DE DERECHOS, *El derecho al...* comentario 11.

3.2. La relación entre el derecho y el servicio

La creación de mecanismos estatales para dar respuesta a las necesidades sociales es una de las bases del Estado social. El Estado social implica, entre otras cosas, aceptar la vinculación entre el derecho (la noción moral y jurídica que obliga al Estado) y el servicio. Aquí definimos servicio de salud más allá de hospitales y clínicas, entendemos como servicio el conjunto de recursos, instituciones, servicios y procedimientos que un Estado articula para los fines de salud, siendo pues, además, los servicios de procesamiento y distribución de agua, control de basuras, etc.

El problema es que el derecho a la salud tiene en muchos autores la connotación moral y no la jurídica ya mencionada y por tanto su invocación guarda relación con una agenda de lo ético y no de lo jurídico. La bioética y la ética médica ayudan al derecho a la salud, pero no lo contienen, no lo delimitan ni mucho menos lo reemplazan. Si el derecho humano a la salud fuera sólo la forma de medir la relación entre el médico y el paciente, entonces la salud como derecho humano respondería por otros debates diferentes a los precios de los medicamentos, el acceso a los servicios de salud o la exigibilidad de la vacunación. No es en el debate entre el médico y el paciente que se encuentra la solución, sino en el debate con el Estado.

Pensemos en una similitud laxa: por un lado, la relación entre el principio de justicia, el derecho a la justicia y la administración de un tribunal o de una cárcel, y, por otro lado, la relación entre los principios del derecho a la salud y la administración de los hospitales. Creemos que el derecho a la salud es el conjunto de principios fundamentales que determinan la prestación del servicio; es decir, que no es posible hablar del derecho como una cosa ética y del servicio como una cosa pragmática, renunciando a cualquier vínculo entre los dos.

La necesidad de legislar en salud no es un asunto en debate, todos coinciden en la necesidad de que el Estado legisle y, de hecho, así se hace en prácticamente todos los países. El debate es sobre el ámbito de tal norma (el derecho, el servicio, el acceso, etc.) el posible alcance de tales normas (exigibilidad, mecanismos de reclamación, etc.) y el fin último que la norma persigue.

Es común escuchar que el derecho a la salud encuentra un límite en los recursos públicos, los cuales a su vez, muchos o pocos, dependen de las decisiones políticas en materia de salud, sin que sea prioritario, para el debate de los recursos, la garantía del derecho a la salud como tal¹²¹.

¹²¹ Brody limita el debate al modelo privado de salud de los Estados Unidos, desconociendo la existencia de otros modelos de salud exitosos que ofrecen cobertura univer-

Es el derecho la guía para el uso de los pocos o muchos recursos, no son los recursos el límite al derecho. El legislador tiene un límite claro en la elaboración de la norma: los derechos humanos (sea la norma que regula la salud, el servicio de inmigración o los colegios electorales).

La noción de servicio puede proteger menos que la noción de derecho, Además, si consideramos algo como fundamental, su puesto debe estar dado en cuanto tal e independiente de su garantía material en el momento, garantía que sería materia de un debate secundario. En el caso del servicio sin lógica de derecho, especialmente en los países pobres, el Estado desarrolla una red de elementos con los que ofrece unos servicios a las personas, y este servicio se define y se limita en a mismo sin ser susceptible de las exigencias que sí permitiría el derecho. No es sólo un deseo académico sino una realidad constatable.¹²²

Esto nos lleva al debate sobre el Estado social. Para algunos autores, el Estado social es la concreción del Estado de derecho en una fase más avanzada¹²³. En el desarrollo del Estado de derecho, el liberalismo burgués terminó dando paso al igualitarismo obrero en la construcción de la noción de democracia¹²⁴. El Estado giró de ser el «sereno arbitro del juego, de la competencia y de los conflictos sociales» para volverse en aquel «Estado que se preocupa por canalizar los conflictos sociales (...) con el fin de garantizar el bienestar social»¹²⁵.

Para otros, el Estado social es el Estado de bienestar o redefinido como el Estado «del ocio», con lo cual las consideraciones jurídicas que de él derivan no serían de la misma naturaleza que las clásicas liberta-

sal como el caso de los países nórdicos o de Cuba. Ver: BRODY, Baruch: «Why the Right to Health Care is not a useful concept for policy debates, en: BOLE III, *Rights to health...*, pp. 113-131. Ver, además, CHAPMAN, Andrey: (Ed.): *Health Care Reform. A Human Rights Approach*. Georgetown University Press, Washington, D.C., 1994.

¹²² En mi estudio sobre el derecho a la salud en Colombia es claro que la lógica de derecho ha garantizado mayor conciencia en los usuarios y una mirada diferente por parte de la sociedad a los deberes del Estado y de los mismos servicios de salud. Ver: DE CURREA-LUGO, Victor: *El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones*, ILSA, Bogotá, 2003.

¹²³ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional...* y del mismo autor: GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid; RUBIO LLORENTE, «Los derechos fundamentales». *Claves*, num. 75 (Madrid, sept. 1997), pp. 2-11. Y del mismo autor: RUBIO LLORENTE, *La forma del...*; DÍAZ, *Estado de Derecho...* Cfr. con las teorías que rechazan el Estado social, por ejemplo, en: HAYEK, *The Constitution of...* Y, por último, como crítica a Hayek, el trabajo de: ESPADA, Joao Carlos: *Derechos sociales del ciudadano*, Acento, Madrid, 1996.

¹²⁴ DÍAZ, *Estado de Derecho...* pp. 15-16.

¹²⁵ COTARELO, Ramón: *Del estado de bienestar al estado de malestar*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 13.

des defendidas¹²⁶. El Estado social aparece, en esta última noción, reducido a las relaciones clientelares Estado-persona, y por tanto los derechos sociales serían del ámbito de lo político y no de lo jurídico, de modo que la salud es una acción del Estado fruto de una ganancia política (en el caso, por ejemplo, del movimiento sindical) o, en el peor de los casos, una obra de caridad.

Además de las críticas contra el Estado de bienestar por producir «bienes innecesarios», también se destila que, en cuanto proveedor de servicios, es alienante y establece una relación clientelar con sus ciudadanos encarnando una forma sutil de dictadura del gran capital donde la ideología se reemplaza por los bienes y por tanto hay ausencia de democracia¹²⁷. Así, en la necesidad de proclamar la libertad frente al «Estado ocio-clientelar», acabar el paternalismo y evitar la producción de bienes «innecesarios», entre otros argumentos, se hace necesario abolir el Estado de bienestar. Lo cierto es que los llamados derechos sociales han adquirido un desarrollo propio más allá del modelo de Estado con lo cual su reivindicación también adquiere vida propia.

La lógica clientelar es exactamente la opuesta a la del Estado social pero, desafortunadamente, la salud no ha escapado a ella. En muchos países existen regímenes de salud especiales para, por ejemplo, empleados petroleros o miembros de las Fuerzas Armadas, lo que significa un trato preferencial del Estado, un uso clientelar de los derechos sociales para captar ciertos sectores estratégicos para su supervivencia¹²⁸. Los misioneros cristianos, el sistema bismarkiano de aseguramiento y las redes de solidaridad musulmana comparten el uso de las redes de solidaridad como medio y no como fin en sí mismo. Este trato preferencial no justificado en una lógica de necesidades (lo que sería la llamada discriminación positiva) es la negación del Estado social, trato del que también se alimenta la ruptura entre la norma y el servicio normado.

¹²⁶ Sobre el debate entorno al llamado Estado de bienestar: COTARELO, Ramón: *En torno a la...*; y del mismo autor: COTARELO, Ramón: *Del estado de...*; RUBIO LARA, María Josefa: *La formación del estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991; MUÑOZ DEL BUSTILLO, Rafael: *Crisis y futuro del estado de bienestar*. Alianza, Madrid, 1989; de este último trabajo especialmente ver: MISHIRA, Ramesh: «El Estado de bienestar después de la crisis: los años ochenta y más allá» en: MUÑOZ DEL BUSTILLO, Rafael: *Crisis y futuro del estado de bienestar*. Madrid, Alianza, 1989, pp. 55-79.

¹²⁷ Para revisar los argumentos de tales tesis, ver: DÍAZ, *Estado de derecho...* pp. 111-129.

¹²⁸ Sobre el uso clientelar del Estado social y en general sobre el debate entorno al llamado Estado de bienestar, ver: COTARELO, *Del estado de...*

3.3. La relación del servicio de salud privado con los deberes del Estado

En cuanto la salud es un derecho humano, su garantía es responsabilidad del Estado. Así, los servicios públicos de salud son el instrumento por el cual el Estado garantiza un derecho al que voluntariamente se ha obligado al reconocerlo como tal.

En el caso de la oferta de servicios de salud por parte de la empresa privada estaríamos ante varias opciones. En primer lugar, la insistencia en que la salud como derecho humano sólo podría garantizarse a través de la oferta pública, pues los derechos humanos sólo serían garantizables desde la oferta de servicios de los Estados; esto nos llevaría a sustraer del debate a los servicios prestados por particulares. Una segunda opción es la extensión, en igualdad de condiciones, de los deberes del Estado en materia de derechos humanos a los particulares, lo cual presenta inconsistencias con la misma exigibilidad esencialmente al Estado.

Una tercera opción, y nuestra solución, es mirar el puesto de responsabilidad jurídica que el ordenamiento interno de un país ha determinado para la oferta de servicios de salud desde el mercado y si tal oferta está o no sujeta a una responsabilidad jurídica que pertenezca al ámbito de los derechos humanos. Los Estados tienen responsabilidad no sólo por acción y por omisión sino por permitir a terceros la vulneración de derechos humanos (la obligación de proteger, como fue presentada anteriormente). Corresponde al Estado, además, la regulación de servicios cuyo interés público y oferta guarda relación con necesidades vitales, como es el caso de la salud. Entendemos que ciertos servicios públicos son inherentes a la materialización del Estado social, pero esta naturaleza de tales servicios no puede traicionarse cuando son particulares en quienes el Estado deriva la oferta de tales servicios. «El Estado social no se centra tanto en la titularidad formal de los medios de producción cuanto en la distribución de lo producido».¹²⁹

Entendiendo la justicia conmutativa como «la que regula los intercambios: su objetivo fundamental es que las dos cosas que se intercambian sean de igual valor, con el fin de que el intercambio pueda ser considerado “justo» por lo que en una compra-venta es justo el precio que corresponde al valor de la cosa comprada»¹³⁰. Y entendiendo la justicia distributiva como «en la que se inspira la autoridad pública para

¹²⁹ En: GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las Transformaciones...* p. 17. Ver en general sobre las implicaciones del Estado social que desarrolla García-Pelayo, p. 31.

¹³⁰ BOBBIO, *Stato...* p. 20.

la distribución de honores y gravámenes: su objetivo es que a cada uno le sea dado lo que le corresponde (...). Dicho de otro modo la justicia conmutativa ha sido definida como la que tiene lugar entre las partes, la distributiva es aquella que tiene lugar entre el todo y las partes»¹³¹. La justicia conmutativa regula, entonces, las relaciones entre iguales y la distributiva entre desiguales. Así, en cuando derecho fundamental, la salud estaría dada no por la justicia conmutativa (más propia para el derecho penal) sino por la justicia distributiva (igualdad y equidad). Es decir, lo segundo implica retomar la responsabilidad estatal para el caso específico de la salud y en lo primero —la salud como cosa comprable y únicamente comprable— implica aceptar que a «x» cantidad de dinero, «x» servicios de salud.

En términos generales, aceptamos que las empresas privadas también están sujetas al derecho, no son instituciones a-jurídicas y no podrían ser antijurídicas, sino que se deben también a unos principios de convivencia social. Empresas como el comercio de esclavos en África, las maquilas en Centroamérica, la producción de armas han tenido debates éticos y jurídicos; lo mismo es posible con las empresas de salud, aceptando que el límite a la actividad empresarial es la dignidad humana. Esto no niega el mercado, ni la propiedad privada, ni la plusvalía, tan solo establece un límite a la empresa¹³². Que un bien sea susceptible de producción, distribución y consumo no lo coloca al margen del debate ético, pues, en esa lógica el contemporáneo mercado de esclavos en Sudán, no tendrían que preocuparnos.

El mayor poder empresarial en salud es la industria farmacéutica, conocida como el «Gran Farma». Detrás de ella, está la práctica de métodos poco éticos y poco científicos para probar nuevas sustancias, como el reclutamiento de voluntarios en países pobres o estudios en pacientes de hospitales universitarios a cambio de lo cual los docentes reciben honorarios de las casas farmacológicas. Algunos medicamentos pediátricos han sido comercializados sin pruebas en menores de edad. Recientemente, Bayer ha recibido 5.700 demandas por un medicamento anticolesterol; las quejas provienen principalmente de Estados Unidos, a raíz del retiro en el 2001 del fármaco Lipobay, sospechoso de haber causado un centenar de decesos. En España, durante

¹³¹ BOBBIO, *Stato...* p. 21.

¹³² Algunos elementos de ese extenso debate, aparecen en VV.AA: *Entre el libre comercio y el comercio justo*, Coordinadora de ONG para el Desarrollo, Madrid, 2000; especialmente: HABBARD, Anne-Christine; GUIRAUD, Marie: «La Organización Mundial de Comercio y los derechos humanos», pp. 123-138.

6 años, el gobierno retiró del mercado 26 medicamentos, algunos de ellos antibióticos.¹³³

Probar en humanos so pretexto de la ciencia no es novedad. Entre 1956 y 1970, en la escuela pública de Willowbrook (Estados Unidos), 800 niños con retardo mental severo fueron infectados para probar la eficacia de un nuevo fármaco. Así mismo, en un hospital de Nueva York, a finales de los 60 y comienzos de los 70, a veinte jóvenes en estado terminal se les contaminó con bacterias para probar nuevos antibióticos, y entre 1932 y 1972, quinientos pacientes negros presos con sífilis no recibieron tratamiento alguno para observar el curso natural de la enfermedad. Este último estudio fue financiado por el gobierno federal de los Estados Unidos.¹³⁴

El argumento más manido para defender las utilidades de la industria farmacéutica ha sido la necesidad de garantizar la financiación de nuevas medicinas, sin embargo se ha demostrado que sólo un mínimo porcentaje del presupuesto se invierte en nuevas investigaciones y la gran mayoría en comercialización de los productos.¹³⁵ Incluso, los monopolios de las casas farmacológicas han consertado acuerdos secretos para pactar los precios de los medicamentos, lo que produjo millonarias multas de la Comisión Europea.¹³⁶ Parte del pacto incluía el precio de vitaminas, que no son producto de ninguna investigación reciente ni están protegidas por patente alguna.

La postura que defiende la ausencia de vínculos entre la empresa y los derechos humanos tuvo una gran derrota en la campaña por los medicamentos para el VIH / Sida en Africa. 39 empresas multinacionales habían iniciado una demanda contra Sudáfrica para obligarlo a anular que haya modificado las leyes sobre patentes permitiéndose la producción local de fármacos contra el VIH y accesibles a las personas afectadas. Incluso, en la defensa de la empresa, uno de los principales argumentos fue, paradójicamente, tomado de los mismos derechos humanos: el derecho a la propiedad intelectual que se materializa en las

¹³³ «Demasiada dosis contra el colesterol», *El País*, Madrid, agosto 12 de 2001.

¹³⁴ HERNÁNDEZ, Mario. «Bioética: un nuevo espacio transdisciplinario». En: *Memorias del Primer Seminario sobre ética de la vida y la salud*. Ministerio de Salud de Colombia, Bogotá, 1992. pp. 17-33.

¹³⁵ Esta fue una de las conclusiones sustentadas con estadísticas, presentadas en la Universidad de Lund (Suecia) por Katarina Tomasevski (Alta Comisionada de las Naciones Unidas para el derecho a la educación pero con varios trabajos sobre el derecho a la salud) en un seminario con participación de representantes de la industria farmacológica sueca.

¹³⁶ «Nueva multa de Bruselas a firmas farmacéuticas por pactar precios», *El País*, Madrid, diciembre 6 de 2001.

patentes, con lo cual el debate intenta presentarse como un «conflicto entre derechos humanos». Si aceptáramos tal conflicto (que en verdad no existe) haríamos énfasis ante todo en la integralidad de los derechos humanos y, en principio, la prevalencia del derecho a la vida sobre otros derechos.

Después del 11 de septiembre de 2001, el gobierno de Estados Unidos, alegando una situación de emergencia por la supuesta amenaza de bioterrorismo, violó las regulaciones sobre patentes para garantizar la distribución masiva de *Cipro*, un medicamento que serviría para combatir tales amenazas. La lógica de la seguridad nacional y el argumento de la protección de la salud de las personas justificó tales medidas. ¿Porqué tal lógica no es válida en el caso de los países de Africa que literalmente están muriendo de Sida?

La consecuencia de la protección de las patentes implica la prohibición del acceso a los medicamentos a gran parte de la población infectada por VIH; no estamos ante un debate sencillo ni de consecuencias superfluas: cada 5 minutos una persona muere de Sida en el mundo. En Botsuana, el 35 % de las mujeres embarazadas son seropositivas y más del 40 % de los jóvenes entre 20 y 34 años están infectados.¹³⁷ En 2003, 700 mil niños contrajeron VIH.¹³⁸ En Kenya, más del 50 % de las camas hospitalarias están ocupadas por pacientes con Sida; durante la primera década del siglo *xxi* el sida matará más personas en el Africa subsahariana que todas las guerras del siglo *xx*.¹³⁹ Para 2004, se calcula que hay 40 millones de personas infectadas, de los cuales 25 millones viven en Africa subsahariana. En 2003, más del 50 % de los infectados son menores de 25 años.

La lógica de la industria farmacológica ha sido siempre la rentabilidad y las invocaciones al derecho son meramente instrumentales. Entre 1990 y 1997 se lanzaron al mercado 1.223 medicamentos, de los cuales sólo 340 eran verdaderas innovaciones terapéuticas y sólo 11 (menos del 1 %) eran para el tratamiento de las mal llamadas enfermedades tropicales, enfermedades que afectan casi a la mitad de la humanidad. De estos 11, seis fueron obtenidos por casualidad.¹⁴⁰ En 2000, un proyecto de producción de un antimicótico fue abandonado por la farmacéutica Aventis tras evaluar que «el potencial comercial sería de “solamente” 400 millones de dólares. Se necesitaban 500 para obtener la

¹³⁷ «Un país que se muere de sida», *El País*, Madrid, 17 de junio de 2001.

¹³⁸ HERRANZ, Emilia: «Sida: millones de muerte evitables», *El País*, Madrid, julio 13 de 2004.

¹³⁹ INTERNATIONAL FEDERATION OF THE RED CROSS: *World Disaster Report 2000*, Geneva, p. 53.

¹⁴⁰ «La globalización daña la salud», *Un Periódico*, núm. 7, Bogotá, febrero 13 de 2000.

bendición de los analistas»¹⁴¹. Lo que está en el fondo no es un choque de derechos sino una defensa de las industrias farmacéuticas, una defensa en la que no se duda el uso de los mismos derechos humanos¹⁴².

Recientemente, la OMS ha sido asociada con las multinacionales del Gran Farma. La directora de la OMS planteó en el Foro Económico de Davos que «debemos proteger los derechos de las patentes (...) para garantizar que la investigación-desarrollo nos brinde herramientas y nuevas tecnologías». En una carta de renuncia de una funcionaria ésta dice que la OMS habría abandonado su objetivo en beneficio de los países más poderosos y de las empresas farmacéuticas.¹⁴³

La campaña por el acceso barato de medicamentos a los infectados con VIH no descarta el negocio, ni las ganancias de las transnacionales farmacéuticas, ni la libertad de mercado, ni la propiedad intelectual, simplemente considera que el negocio tiene un límite en los derechos humanos. En estos tiempos parece que a cada paso que se habla de derechos humanos se debe subrayar que no hablamos sólo de la propiedad intelectual y de la libertad de mercado y del derecho de poseer sino, ante todo, de dignidad.

Podemos concluir que las competencias del sector privado de la salud en materia de derechos humanos, del derecho a la salud, no deben entenderse como una renuncia del Estado a su deber en esta materia, sino como la convicción de que, por un lado, los derechos humanos afectan también el espacio de las relaciones privadas y, por otro, de que los particulares están obligados al acatamiento de ciertos principios constitucionales.

Siendo, pues, el Estado de derecho el propio del imperio de la ley «exige por tanto, la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes del Estado; y de todos los poderes no estatales, sociales y económicos y demás, y de todos los ciudadanos por supuesto»¹⁴⁴. Así, la relación entre la norma y los servicios de salud no puede ser ni tangencial ni abierta

¹⁴¹ RIVIERE, Philippe: «Contraproyecto de Romainville», *Le Monde Diplomatique*, Edición en español, marzo de 2003.

¹⁴² Para esta debate, ver los documentos de la campaña: «Patentes, ¿a qué precio?», realizada por INTERMON-OXFAM: «Argumentos inverosímiles. Por qué las razones de los gigantes farmacéuticos no se sostienen»; «Salud pública, bienestar privado»; «Reducir el coste, patentar la injusticia. Las reglas del comercio internacional: una amenaza para la salud de los pobres» y «Sudáfrica vs. Gigantes farmacéuticos. Dossier Informativo sobre la demanda de las empresas farmacéuticas al gobierno sudafricano» (Madrid, abril 2001).

¹⁴³ Citados en: MOTCHANE, Jean-Loup: «La OMS, asociada con las multinacionales farmacéuticas», *Le Monde Diplomatique*, Edición en español, julio de 2002.

¹⁴⁴ DÍAZ, *Estado de derecho...* p. 11.

a múltiples interpretaciones, al punto que pueda derivarse de ella una obligación para el médico y otra para el empresario, una para el Estado y otra para el mercado. Una posibilidad es el uso del «velo de la ignorancia», propuesto por Rawls, para la formulación de una ley de salud.¹⁴⁵

3.4. Lo exigible de la técnica en salud

Para Laín Entralgo, cuatro han sido las formas de «ayudar medicamente» al enfermo: a) el espontáneo, b) el empírico, c) el mágico, y d) el técnico¹⁴⁶. Afirma Laín Entralgo que:

«Solo en la Grecia del siglo v, en efecto, serán por vez primera cumplidas, al menos incipientemente, las tres exigencias en cuya virtud es verdaderamente científico de una cosa y verdaderamente técnico el gobierno de ella: 1.ª. La exigencia sistemática; los saberes acerca de la cosa en cuestión deben hallarse ordenados conforme a principios ciertos y racionales. 2.ª. La exigencia metódica; esos saberes han de ser obtenidos mediante un método que garantice su verdad y permita su incremento. 3.ª. La exigencia teórica; esa que pide de nosotros una respuesta más o menos satisfactoria a la pregunta por "lo que es" —por lo que en sí misma es— la cosa estudiada»¹⁴⁷.

En palabras de Weber: (ya) «no existen poderes ocultos imprevisibles que estén interviniendo sino que en principio se pueden *dominar* todas las cosas mediante el *cálculo*. Esto significa, sin embargo, la desmagificación del mundo. Ya no hay que acudir a medios mágicos para dominar o aplacar a los espíritus»¹⁴⁸. La investigación sobre las causas de las enfermedades, el descubrimiento de antibióticos y de las bases bioquímicas de la enfermedad mental, el estudio de problemas inmunitarios y los avances de la genética generan no sólo nuevos debates éticos sino también desmagifican la enfermedad.

El derecho a la salud incluye acciones negativas o de abstención del Estado, como en el caso de la tortura o del respeto a las acciones del

¹⁴⁵ Para una crítica al modelo de salud de los Estados Unidos desde el pensamiento de John Rawls, ver: DOUGHERTY, Charles: *American Health Care. Realities, rights and reforms*. Oxford University Press, New York, 1988. Ver, además: VEATCH, Robert: «Justice and the Right to Health Care: An Egalitarian Account», en: BOLE III, *Rights to health...* pp. 83-102.

¹⁴⁶ LAÍN, *Historia de...* p. 2.

¹⁴⁷ LAÍN, *Historia de...* p. 67.

¹⁴⁸ WEBER, Max: *Wissenschaft als Beruf* (1919). *Politik als Beruf* (1919). Edición consultada: *La ciencia como profesión. La política como profesión*. Espasa Calpe. Traducción de Joaquín Abellán, Madrid, 1992, p. 67.

personal de salud¹⁴⁹, y acciones positivas como las medidas de prevención en salud. Ese hacer estatal estaría integrado en lo que hemos llamado el servicio de salud en sentido amplio, no solo la red de hospitales sino también, por ejemplo, el control de la calidad de alimentos. El núcleo de ese servicio, es el ofrecimiento de una serie de técnicas que mantengan o recuperen la salud de las personas. Y no reducimos tampoco la técnica en salud a lo «médico», sino que incluimos otras técnicas para evaluar y controlar, por ejemplo, la contaminación ambiental por parte de las fábricas, los problemas de salud de los trabajadores ante riesgos específicos, las técnicas en salud mental, la calidad de los medicamentos y el suministro de agua potable. No todas las técnicas están en el hospital, ni todas son manipuladas por un médico, pero no por eso son menos determinantes en el estado de salud, ni menos ajenas a las políticas que desarrolle un Estado.

La técnica constituye parte importante de la exigibilidad al Estado, sin desconocer las acciones negativas y la integralidad del servicio. Hablamos de integralidad del servicio refiriéndonos, además de los aspectos técnicos, a los aspectos administrativos, políticos y financieros, aspectos éstos que deberían estar en coherencia con la técnica, es decir, encaminados a fortalecer la eficacia de esta dentro de una noción de derecho a la salud.

Ahora, aceptar la técnica no implica de ninguna manera asumir que sea infalible. El desarrollo de la medicina en los últimos 30 años ha despejado más dudas que toda la medicina anterior, pero las preguntas también han crecido, se han complejizado, sin que todas las preguntas previas (ni las recientes) tuvieran respuestas del todo satisfactorias. Muchas cosas que en el pasado eran inexplicables, cada día son más claras, incluyendo alteraciones mentales y problemas genéticos. Pero, algunas respuestas no han sido construidas desde la ciencia sino usando a ésta como pretexto y es allí donde cobran el máximo sentido las críticas de Cooper, Basaglia y Foucault, entre otros, al ejercicio de la medicina.

Para Foucault, el saber médico está mediado por ejercicios de poder y por una construcción de verdades, estando éstas más por fuera de la realidad que apoyada en la evidencia; Foucault critica también la interpretación de las evidencias que termina generando categorías inadecuadas.

¹⁴⁹ Sobre violencia estatal contra el sector salud, ver, en el caso de Colombia: DE CURREA-LUGO, Víctor: *Derecho Internacional Humanitario y sector salud: el caso colombiano*. Plaza y Janés, y Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá, 1999. Sobre el caso palestino, ver: DE CURREA-LUGO, Víctor: «La crisis de las organizaciones humanitarias en Palestina» *Tiempo de Paz*, núm. 66 (Madrid, otoño de 2002) pp. 102-113.

cuadas. Habría que mirar —que no es materia de este trabajo— hasta qué punto las críticas a la medicina del siglo XIX son reproducibles mecánicamente a la medicina de los últimos 30 años. No se debe condenar a la oncología por la quema de brujas, ni levantar frente al poder médico el poder del charlatán en salud, ni renunciar a los antibióticos para abrazar las esencias florales simplemente por el inconformismo frente a las casas farmacológicas.

Entre esas dos «medicinas» (la actual y la del siglo XIX) se ha producido un cambio sustancial y no mero maquillaje —sin que haya obrado el cambio de nombre que sí hubo de la alquimia a la química—, a pesar de que sobrevivan algunos vicios. Pero advierte Laín Entralgo sobre «la habitual tendencia de los hombres de ciencia a confundir “lo actualmente en vigor” con “lo definitivamente válido”»¹⁵⁰. Es decir, aceptar la ciencia no debe implicar la renuncia a la mirada crítica.

¿Cuáles cosas, en materia de la técnica en salud, serían objeto del derecho a la salud? Pues es un riesgo creer que toda acción pueda ser llamada salud y que todo uso de la técnica relacionada con la salud sea un acto cobijado como derecho fundamental. Las cirugías reconstructivas que no obedecen, por ejemplo, a razones de reconstrucción facial en pacientes quemados sino a asuntos estéticos, en el más superficial sentido de la palabra ¿son un asunto de salud? Y más aún, ¿son un asunto «fundamental» de salud y por tanto susceptible de ser incluido en la noción de derecho fundamental?

¿Cuál sería, entonces, el más conveniente límite para la exigencia de la técnica? Para definirlo, se requieren tres elementos: a) que reconozcamos la salud como derecho fundamental, b) que sea un asunto de salud según la definición que se adopte para el bien jurídico, c) que la técnica a exigir exista y sea potencialmente útil en tal caso, y d) que la exigencia se base, en principio, en la aplicación de la técnica como medio y no como resultado en la garantía de la salud.

La técnica médica nos confronta de nuevo con el debate sobre las «otras medicinas» y su eficacia técnica. El término «alternativo», para las otras «medicinas» se empezó a utilizar a partir de la Conferencia de la OMS en Alma Ata (1978) para denominar a todos los saberes, conocimientos y técnicas médicas que no fueran las oficialmente reconocidas por los estados.

Esto incluye, entre muchas otras, la osteoterapia (basada en la manipulación de las articulaciones y los músculos para favorecer la «circulación sanguínea»), la quiropraxia (manipulación de la columna verte-

¹⁵⁰ LAÍN, *Historia de...* p. XXX.

bral para curar determinadas patologías), la reflexología, la iridología (diagnosticar las enfermedades únicamente a través de la observación del iris), la aromaterapia, el herbolismo, la dieta «ortomolecular», la meditación, la hipnoterapia, el Reiki (práctica japonesa para canalizar la energía espiritual), la «bio-medicina», la etnomedicina o medicinas indígenas y la homeopatía. Todas ellas comparten como base cierta forma de vitalismo (magia, religión, espiritualidad, esoterismo, karmas, energías positivas y negativas, auras con vibraciones bioenergéticas...) y, además, comparten que ninguna de ellas se basa en probados fundamentos científicos. Es decir, no ofrecen una técnica médica que llene los requisitos mencionados por Laín Entralgo. El argumento de que tales medicinas contienen conocimientos «milenarios» no es suficiente ni contundente porque el problema del conocimiento objetivo no tiene que ver con la antigüedad; si de eso se trata, baste decir que la medicina llamada occidental se nutre todavía de la anatomía descrita por los griegos hace literalmente miles de años.

Algunas de estas llamadas medicinas muestran resultados «positivos» basados en el efecto placebo y en la capacidad del organismo para responder antes las enfermedades, dándose la apariencia de que son eficaces. El «éxito» de ciertas prácticas no las convierte necesariamente en técnicas válidas: el 95 % de las Hemorragias de Vías Digestivas Altas y la inmensa mayoría de casos de Enfermedad Diarreica Aguda en adultos, ceden de manera espontánea en muy poco tiempo; por tanto, cualquier cosa que se suministre con fines terapéuticos cumplirá con lo requerido, no por lo suministrado sino por la capacidad propia del organismo.

En el caso de la fabricación de las medicinas homeopáticas, la técnica de las diluciones repetidas hace que el producto final no contenga ni una sola molécula de la sustancia activa inicial y supuestamente terapéutica. En el caso de la homeopatía, numerosos estudios han demostrado su inutilidad terapéutica y aquellos que han mostrado ventajas de la homeopatía adolecen de rigor metodológico priorizando lo anecdótico en sus investigaciones. Una revisión de publicaciones de investigaciones homeopáticas mostró deficiencias metodológicas que no permiten concluir utilidad alguna pues 45 % de los estudios eran estudios de casos, con predominio de presentación de un caso único¹⁵¹. Otras investigaciones muestran que la baja calidad de los estudios homeopáti-

¹⁵¹ DANTAS, Flavia: «Estratégias metodológicas e eficácia terapêutica da homeopatia: um estudo meta-analítico em quatro revistas homeopáticas durante três anos». Material académico de la Universidade Federal de Sao Pablo, Escola Paulista de Medicina. Sao Pablo, Brasil. Disponible en: <http://climed.epm.br/eletivas/aula02/estrategia.pdf>.

cos presentados favorece el hallazgo de dudosos resultados positivos¹⁵² y otros estudios muestran claramente que la homeopatía no ofrece ventajas superiores a los placebos.¹⁵³

En muchas culturas se administran medicamentos pero no por sus cualidades terapéuticas sino como parte de ritos y por tanto, el poder del fármaco depende del valor dentro del rito y no del proceso biológico que modifica o del grado de modificación que logra. Aunque la actitud mental de la persona que consume un medicamento puede matizar su efecto (por ejemplo, el éxito de los analgésicos) es indiscutible la acción de la anestesia sobre las personas en una sala de cirugía o de los antibióticos sobre la pared de las bacterias, así las personas no crean en la anestesia ni las bacterias en la penicilina.

Así, frente a la aceptación de los derechos humanos, del Estado de derecho, de los avances de la ciencia, de la universalidad de la justicia como propuesta, se levanta otra vez el oscurantismo:

*«desconfianza ante lo racional, menosprecio de lo discursivo, recuperación de lo religioso —aún peor, de lo eclesial— como cimiento social privilegiado, veneración de lo telúrico, (...) paradójico descrédito conjunto de la capacidad individual de responsabilidad y del espacio público, sacralizando las entidades culturales como entidades platónicas con esencia propia no sujetas a ninguna valoración universal comparativa».*¹⁵⁴

El debate entre modernos y posmodernos, la caída del muro de Berlín y el daño hecho por la sociobiología, confluyen produciendo un discurso en el cual las respuestas de la biología humana parecen buscarse por fuera de la misma biología y, aunque tal intento posa de ser progresista en cuanto confronta la instrumentalización de la ciencia a favor de un discurso excluyente y trata de crear alternativas discursivas compatibles con la noción de justicia social, desafortunadamente pecan de negar la realidad biológica. Vemos una izquierda asustada que huye de la ciencia, abraza el relativismo e instrumentaliza unos de sus nuevos nichos: los derechos humanos, cuando el camino sería apro-

¹⁵² KLEIJNEN, J., KNIPSCHILD, P., TER RIET, G.: «Clinical trials of homoeopathy». *British Medical Journal* (1991) 302: 316-323. Investigación realizada por el: Department of Epidemiology and Health Care Research, University of Limburg, Maastricht, Holanda

¹⁵³ LKKN P., STRAUMSHEIM P.A., TVEITEN D., SKJELBRED P., BORCHGREVINK C.F. «Effect of homoeopathy on pain and other events after acute trauma: placebo controlled trial with bilateral oral surgery», *British Medical Journal* (1995) 310: 1439-42. Investigación realizada por la Section of Dental Pharmacology and Pharmacotherapeutics, University of Oslo, Noruega

¹⁵⁴ SAVATER, Fernando: «La Universalidad y sus enemigos», *Claves*, núm. 49 (Madrid, ene-feb. 1995), p. 16.

piarse del conocimiento biológico y avanzar usando éste como una herramienta a favor de la justicia que se quiere defender¹⁵⁵. Como precisa Habermas, en relación con la crítica a la modernidad, «la cruzada (posmoderna) contra la razón instrumental que se ha intensificado hasta convertirse en totalidad toma también rasgos autoritarios»¹⁵⁶. La crítica a la medicina moderna, como los efectos secundarios de los antibióticos, no pueden hacernos retroceder a los pases mágicos.

Aún en el caso de la medicina moderna es claramente recomendable la intervención del juez en la regulación del uso de las técnicas de la salud y es posible (también aunque no siempre) la exigencia de ciertos resultados. Recomendable porque es deber del Estado informar a las personas y prevenir la estafa, sea ésta de los chamanes o de las casas farmacológicas; recomendable porque algunas de las llamadas otras medicinas no son sólo inocuas sino lesivas. No se necesita ser médico para evaluar ciertos medios y hasta ciertos resultados, y además el juez puede ayudarse de peritos que den cuenta de las valoraciones del caso. Pero, también hay que reconocer que entraña el riesgo de dar a lo jurídico el gobierno y la vigilancia estricta de cada acto médico o de exigir resultados y no la aplicación de ciertos medios.

Este riesgo puede llevar a que: a) se derive, como ha sucedido en los Estados Unidos, en una práctica médica «defensiva»¹⁵⁷, y b) generar la exigencia de imposibles a la ciencia, a la técnica y al personal de salud, con lo cual volveríamos a empezar, pues es la ciencia la que debería jalonar, con su desarrollo, el carro de lo posible a ser exigido por las normas.

Ahora, es necesario diferenciar entre la técnica y quien la usa: el personal de salud. Desde épocas llamadas primitivas el médico ha tenido un reconocimiento social especial, casi religioso, En Egipto antiguo, los médicos estaban bajo la protección directa de ciertos dioses¹⁵⁸, para

¹⁵⁵ Un ejemplo de esta tendencia se observa en: LEWONTIN, R.C.; ROSE, S.; KAMIN, L. J.: *Not in Our Genes. Biology, ideology and human nature*. (1984). Edición consultada: *No está en los genes. Crítica del racismo biológico*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996.

¹⁵⁶ HABERMAS, *Ensayos...* p. 106. Sobre la crítica a la modernidad, ver la respuesta de Habermas en pp. 104-109.

¹⁵⁷ Expresión de uso común para designar las prácticas médicas exageradamente costosas en las que priman los análisis y las pruebas de laboratorio de alta complejidad, antes que el análisis clínico, para evitar cometer errores diagnósticos susceptibles de ser objeto de acción legal por parte del paciente, lógica dentro de la cual la relación médico-paciente se vuelve relación potencial demandado / potencial demandante, y donde los costos de la asistencia sanitaria se disparan a niveles incomprensibles, como sucede en los Estados Unidos. Según la revista *Time* (mayo 28 de 1979), el gasto en salud subió 429 por ciento, entre 1965 hasta 1979.

¹⁵⁸ LAÍN, *Historia de...* p. 18.

Hipócrates: «las cosas sagradas no se revelan más que a los hombres sagrados, está prohibido contarlos a los profanos puesto que ellos no han sido iniciados en los secretos de la ciencia»¹⁵⁹ y para Galeno: «hay que conseguir la admiración del enfermo y de los circunstantes»¹⁶⁰.

Las técnicas no han sido ajenas a tal discurso: las mesas de parto eran verticales en sus orígenes favoreciendo el trabajo de parto al apoyarse en la gravedad y evitar, entre otras cosas, los desgarros de tejidos blandos en el periné de la madre. Pero tal aparato tenía un grave problema: no era cómoda para el médico. Hoy por hoy las mesas son horizontales, los costes se elevan al tener que practicar la episiotomía y su posterior reparación, pero el médico está más cómodo.

La participación más citada de los médicos en crímenes es su papel en los campos nazis¹⁶¹, pero no es la única. Médicos han colaborado con la práctica de torturas, garantizando su efectividad (en Brasil y en Colombia), como encubridores de la identidad de los hijos robados a las víctimas desaparecidas (en Argentina, por ejemplo), convirtiendo el hospital en el propio centro de tortura (en Chile bajo la dictadura de Pinochet). En el caso particular de Pinochet, médicos diagnosticaron su supuesta demencia para exculparlo de su responsabilidad ante los tribunales ingleses.¹⁶² Desde la Sudáfrica del Apartheid hasta la Unión Soviética, pasando por China¹⁶³, los psiquiatras han cumplido un papel en la persecución de disidentes llegando hasta la lobotomía, desviando así todo su válido recurso terapéutico no al servicio del hombre sino del poder.

Menos dramático pero no menos importante es la posición de los médicos frente a las reformas neoliberales en salud. Ugalde encontró, en observaciones directas, que los médicos ya tenían la práctica de limitar el tiempo por paciente antes de que la impusieran los sistemas privatizadores, con lo que buscaban una mayor rentabilidad a sus servicios; eso cuestionaría la crítica que hacen al control del tiempo por paciente invocando la ética médica y la colocaría más en el ámbito de la búsqueda —de nuevo— del provecho personal¹⁶⁴. En el marco de la

¹⁵⁹ Citado por: MARTI, *El descubrimiento...*, p. 13.

¹⁶⁰ LAÍN, *Historia de...* p. 119.

¹⁶¹ Ver, por ejemplo, BETTELHEIM, Bruno: La responsabilidad de los doctores nazis. En: *Lecturas Dominicales, El Tiempo*, Bogotá, 9 de noviembre de 1986.

¹⁶² Para este debate, ver: DE CURREA-LUGO, Víctor: «Pinochet: gracias doctores», *El Diario*, New York, 4 de marzo, 2000.

¹⁶³ «China encierra a cientos de adeptos de Falun Gong en hospitales psiquiátricos», *El País*, Madrid, febrero 20, 2001.

¹⁶⁴ UGALDE, Antonio: «La integración de programas de salud en un sistema nacional de salud», en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social y la atención a la salud*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 144.

discusión de las reformas al seguro social, en América Latina, a finales de los 70, los médicos se opusieron sistemáticamente a dejar de funcionar en el marco típico de las profesiones liberales y convertirse en empleados¹⁶⁵, 20 años después se oponen a su vinculación en términos de profesión liberal y reivindican la vinculación laboral. Esto demuestra que, en últimas, la discusión no transcurre entre las esferas profesión liberal versus contrato laboral, sino en búsqueda de la mayor ganancia posible independientemente de la forma de vinculación. Otros consideran que el gremio médico rechaza las reformas porque ellas significan una amenaza a su poder¹⁶⁶.

Pero el papel médico en favor de las reformas no sólo se reduce a limitar el tiempo de atención de los pacientes sino que se extiende a una larga lista de comportamientos. Categorizar vidas humanas, complacer al mercado de las casas farmacológicas, excluir pacientes sin capacidad de pago, organizar el servicio para que esté acorde a criterios de rentabilidad, entre muchas otras cosas, no son los fines de la medicina, eso es claro, pero éstas y otras cosas son la consecuencia inevitable de una práctica médica al servicio del mercado. Así, la salud habría que defenderla no sólo de las bacterias sino también de cierto tipo de médicos.

Valdría la pena matizar aquí a favor de otro cierto tipo de médicos que participan en labores de solidaridad en muchas partes del mundo, los que trabajan con pruebas genéticas para el reconocimiento de personas detenidas-desaparecidas, que acompañan a las víctimas de torturas, conflictos armados y desastres, que desarrollan actividades en salud desde la lógica de los derechos del paciente y que realmente luchan por éstos.

Con base en la mirada médica al servicio del poder, podemos decir que el trabajo hace en el trabajador lo que la enfermedad en el paciente: lo enajena¹⁶⁷, lo descentra: da a otro (el médico) el manejo y la administración del propio cuerpo, en resumen: lo cosifica y lo niega ante sí mismo. En esta argumentación, el halo sagrado de lo médico y el uso arbitrario de la técnica, se centran las críticas más fuertes a «lo médi-

¹⁶⁵ UGALDE, «La integración de ... », p. 167.

¹⁶⁶ IMMERGUT, Ellen M: «Medical Markets and Professional Power: The Economic and Political Logic of Government Health Programs», *Estudio / Working Papers 1991/24*. Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid, 1991.

¹⁶⁷ Según Rubio Llorente, la enajenación no es un asunto exclusivo ni del capitalismo ni de lo económico. Introducción a su traducción de: MARX, Karl: «Primer manuscrito» *Manuscritos. Economía y filosofía*. Edición Consultada: Alianza Editorial, Quinta Edición, Madrid, 1974. Traducción de Francisco Rubio Llorente, pp. 40-41. Ver, el citado manuscrito, pp. 45-119.

co» y de ellas beben las mal llamadas «medicinas tradicionales», lo que sumado a la incapacidad de responder a todo —y la pretensión de poder hacerlo— produce la crisis, por lo menos simbólica, del universo de lo médico, cuyo último paso ha sido la privatización de servicios de salud en muchas partes del mundo, convirtiendo al médico de profesional liberal a empleado, eslabón poco determinante de una larga cadena de productos farmacéuticos, transnacionales de la salud, centros de investigación biomédica, entre otros. El médico de hoy se debate entre la promesa de ser dios (enseñada desde los griegos) y la realidad de ser obrero (manifiestamente explícita en los modelos de salud neoliberales).

A esto último, el técnico al servicio de otros intereses, se suma el técnico como pieza que contribuye al engranaje de la injusticia social: en la antigua Atenas, por ejemplo, había tres niveles de asistencia médica, a) el de los esclavos, que estaba a cargo de los auxiliares de los médicos, b) el de los ciudadanos libre y pobres, quienes recibían tratamientos enérgicos, y c) el de los ciudadanos libres y ricos, quienes tenían un médico a constante servicio¹⁶⁸; esquema que —con variantes— se repite a lo largo de toda la historia de la medicina.

La existencia de una técnica en salud, sea para prevenir la enfermedad o para tratarla, la convicción moral de garantizar el acceso a esa técnica, y la voluntad política del Estado de garantizar tal acceso son las bases que han permitido la formulación del derecho a la salud. Pero una vez formulado, las dificultades de la técnica y los criterios políticos no hacen reversible ese proceso de formulación.

Las prácticas en salud pueden verse, por sus efectos, en tres grupos: las eficaces, las inocuas y las dañinas. Las eficaces (o más o menos eficaces) son las exigidas por el derecho. Aquí cabe las técnicas científicas que hemos reconocido como válidas y las prácticas tradicionales que han demostrado una real utilidad terapéutica, como es el caso de la acupuntura en la anestesiología o en el manejo del dolor crónico¹⁶⁹.

Las prácticas inocuas pueden ser justificadas en su efecto placebo o en el valor cultural que contienen, siendo en este caso más materia de los llamados derechos culturales que del derecho a la salud. No se trata de desconocer los derechos culturales ni de desconocer la integralidad

¹⁶⁸ LAÍN, *Historia...* p. 131.

¹⁶⁹ La eficacia de la acupuntura en el manejo del dolor crónico es innegable, pero su fracaso en otras áreas también lo es. Además, la acupuntura, como discurso, no cumple el tercero de los requisitos presentadas para hablar de ciencia (la exigencia teórica) pues la acupuntura insiste en explicar su acción, por ejemplo, a través de unos inexistentes ejes energéticos y no de la alteración de la transmisión neuronal, pero dejemos esa discusión para otro trabajo.

aquí ya defendida de los derechos humanos, sino de hacer una precisión insalvable en la delimitación del derecho a la salud.

Y las prácticas dañinas serían abiertamente contrarias al derecho a la salud. Así, prácticas dañinas en salud, ya se presenten bajo el nombre de la ciencia o de la cultura, serían igualmente rechazadas desde la lógica de que la salud es un derecho que además representa un límite para el ejercicio de otros derechos y de ciertas actividades. Estas «técnicas» dañinas no sólo están excluidas de la noción del derecho a la salud sino que, como parte de éste, el Estado debería controlarlas. En esta prohibición estatal entrarían tanto los engaños de los charlatanes como de las casas farmacológicas.

No se sostiene aquí que se deba prohibir el Tarot o el Fen Shui, se insiste en el deber del Estado de regular prácticas que no brinden la suficiente información a las personas para que éstas decidan libremente. Se puede decir que es más deseable la ciencia médica que el horóscopo, pero las personas tienen la libertad de optar por el horóscopo. Una práctica cultural debería ser permitida en la medida en que ofrezca la suficiente información para que las personas puedan hacer un juicio responsable, no se auto proclame «ciencia» ni «medicina» ni engañe entre lo prometido y lo finalmente ofrecido, especialmente cuando lo ofrecido lesiona la salud y la integridad física de las personas. El Estado no puede estar al margen del engaño, ya sea por parte de los bancos, los casinos, los chamanes o los médicos que mientan en sus tratamientos.

3.5. Sobre el deber de estar sano

Este apartado trata de la tentación de responder a la exigencia del derecho a la salud con el deber de la salud. En los últimos años ha tomado fuerza la noción de los hábitos o estilos de vida saludables, desde una tendencia a derivar en las personas toda responsabilidad por su estado de salud, el llamado «homo hygienicus»¹⁷⁰. La intervención del Estado en la salud de las personas puede verse en un abanico de posibilidades cuyos extremos son: por un lado, el Estado podría prohibir el consumo de sustancias (tanto ilegales como legales) que atenten contra la salud: grasas saturadas después de cierta edad para evitar los infartos, carnes en pacientes con gota, todo tipo de dulces en pacientes diabéticos o con historia de diabetes en su familia. Por otro lado, pensar que el Estado no tiene responsabilidad en el mantenimiento de las

¹⁷⁰ HUERTAS, Rafael: *Neoliberalismo y políticas de salud*, El Viejo Topo, Madrid, 1998, p. 36.

condiciones de salud de una población o en los aspectos y factores desencadenantes de enfermedad sino únicamente como regulador de su reparación; es decir en la prestación inmediata y temporal de servicios para que el individuo recupere cierto grado de autonomía y regrese del hospital a la sociedad.

Esto preocupa en dos sentidos: a) la negación de la multicausalidad de las enfermedades, y b) el riesgo de plantear la creación de deberes jurídicos para con uno mismo. Con respecto a lo primero, precisemos que las causas de las enfermedades y los hábitos de vida no dependen enteramente de las personas como individuos, no son un asunto de buena voluntad. Parafraseando a Marx, podemos decir que si tengo *vocación* para ser saludable, pero no tengo dinero para ello (para comprar comida saludable, tener actividades saludables, tener un entorno saludable y disfrutar de un reposo saludable) mi *vocación* no puede ser efectiva, real, verdadera¹⁷¹. Si de aceptar la categoría de estilos de vida se trata, preferiríamos hablar de «estilos de vida dignos» tal como lo entiende Rawls.¹⁷²

Se insiste mucho —y con razón— en el consumo de cigarrillo y su asociación con cáncer de pulmón, en la falta de actividad física y la hipertensión, en el consumo de alcohol y la cirrosis, en la obesidad y los infartos. Pero, ¿se insiste con igual vehemencia, en el impacto de la nutrición en la resistencia a las infecciones? Más en detalle, las investigaciones han mostrado que no todos los que beben desarrollan cirrosis, ni todos los que tienen factores de riesgo presentan finalmente infartos, y que algunos pacientes llegan al servicio ausentes de «factores de riesgo» con lo cual exigir al paciente tal o cual conducta, en pureza, no lo aleja de la enfermedad. ¿Puede entonces supeditarse un servicio a una condición previa que no es del todo determinante? Algunos proponen incluso no atender a los fumadores en los hospitales públicos alegando que representan gastos al Estado sin tener en cuenta que el cigarrillo, si de dinero se trata, también representa ingresos al Estado a través del pago de impuestos.

En relación con la creación de deberes para con uno mismo, cite-mos a la Corte Constitucional colombiana:

«¿Existen deberes jurídicos para consigo mismo? Cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros tér-

¹⁷¹ MARX dice: «si tengo *vocación* para estudiar, pero no dinero para ello, no tengo ninguna *vocación* (esto es, *ninguna* *vocación efectiva, verdadera*). Ver: MARX, «Tercer manuscrito» *Manuscritos...* p. 180.

¹⁷² RAWLS, *Political...* p. 221.

minos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1. Expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2. Se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aun en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3. Toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar (...). Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado"».¹⁷³

Al contrario de esta opinión, están las prácticas y los credos de la empresa privada la cual reivindica los estilos de vida saludables no por una fe en la responsabilidad de las personas sino por lo funcional que es tal argumentación para la exclusión de servicios de salud de sus planes.

Aplicar la lógica del mercado a los hospitales genera dinámicas propias del mercado y no mejora las propias de los servicios de salud. En palabras de Prebisch: «no hay que pedir al mercado lo que el mercado no puede dar»¹⁷⁴ (otros dicen que el negocio de la fábrica Ford no es hacer coches sino dinero). Y al mercado le resulta útil la noción del deber de la salud, una noción en que la persona, más que responsable, es culpable de su enfermedad y debe pagar por su culpa; esta noción se asemeja a la noción cristiana de la enfermedad como castigo en la cual el pecador no tiene derechos sino, a lo sumo, caridad.

¹⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia): Sentencia: C-221, mayo 5 de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

¹⁷⁴ PREBISCH, Raúl: «Centro y periferia en el origen y la maduración de la crisis», en: MÉNDEZ, Sofía: *La crisis internacional y la América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 33.

4.

Una definición de salud jurídicamente funcional

Los requisitos presentados están enmarcados dentro de la lógica de la modernidad: el Estado social de derecho, los derechos humanos y las ciencias en salud. Esta lógica no es compartida en su totalidad por otras corrientes de pensamiento por variadas razones. Tanto el neoliberalismo como la posmodernidad presentan reparos a dichos requisitos. La salud es pues, un bien jurídico que, como muchos otros, no sólo vela por su propio ámbito sino que convoca a otros y es convocado por otros para su realización plena, es a la vez derecho y materia del derecho, siendo su titular la persona.

La caracterización que hacemos de la salud trasciende el derecho a la vida y por ende los servicios de urgencias hospitalarias, trasciende la noción de derecho a la protección de la salud para hablar del derecho a la salud, y supera la idea del servicio de salud (en el sentido restringido del término, del «health care») para situarse en una exigencia a diferentes niveles del Estado. Pero esa amplitud reconoce un límite, la salud como tal, acorde con una definición que adoptamos y que presentaremos a continuación. Esa delimitación permite la exigibilidad al Estado, la limitación del poder médico, contribuye a desmedicalizar las sociedades, y aumenta la libertad y responsabilidad de las personas.

Una definición de salud como bien jurídico debe llenar por lo menos tres requisitos: 1) que sea moralmente aceptable (socialmente consensuada) y por tanto no sólo obedecería a una pura formalidad académica y conceptual sino que además trataría de responder a necesidades humanas concretas, 2) que sea real o potencialmente garantizable desde los servicios de salud (o desde el manejo de variables por fuera de tales servicios), por tanto se definiría en términos de formas racionales y ra-

zonables de intervención para el mantenimiento o reposición de la salud, 3) que sea jurídicamente exigible, por tanto pueda encajar dentro de la lógica jurídica que nos obliga a definir el bien jurídico protegido de tal manera que sea ese, y no otro, su objeto de protección, acorde con lo ya expuesto desde el comienzo: los fines últimos del derecho a la salud son salvar la vida, restablecer la salud, mantener la salud y/o aliviar el sufrimiento.

Definimos el bien jurídico salud como: «una equilibrada y adecuada condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable, moralmente aceptable (en cuanto socialmente consensuada), que se podría mantener bajo ciertas condiciones, vulnerable a ciertos factores, y potencialmente garantizable y/o recuperable mediante el uso de una determinada técnica, y, en cuanto tal, exigible jurídicamente».

Nuestra definición recoge los tres criterios citados por cuanto, de partida, consideramos que: 1) la discusión sobre la salud y la enfermedad, los servicios de su ámbito y las políticas que los determinan son un problema también ético y, aunque no hay consenso, hay en el debate algunas cosas que se pueden distinguir como correctas o incorrectas; 2) lo esperable, en términos de salud, debe tener un margen de posibilidad y/o de probabilidad para ser razonablemente esperado; y 3) la responsabilidad por la atención de algunos elementos debe ser de responsabilidad compartida entre quienes sufren enfermedades y sus seres cercanos, por la sociedad y sus órganos de regulación: el Estado.

Una coletilla a la definición: es prudente y operativo diferenciar las causas de las enfermedades de las enfermedades mismas (por ejemplo, agua contaminada y gastroenteritis), los elementos relacionales de las consecuencias (por ejemplo, pobreza y enfermedad), y los fines últimos de los medios para garantizarlos (por ejemplo, bienestar y salud). Por tanto, mal podríamos aceptar una definición en la que salud es todo sin caer en un mar de dudas y en un imposible jurídico. En la disección de la definición presentada se puede demostrar que ésta incluye las partes necesarias y suficientes para dar paso al debate sobre su exigibilidad en el terreno de lo jurídico.

5.

Elementos del derecho a la salud

Presentaremos primero unas consideraciones para el debate; segundo, los elementos esenciales que contiene el derecho y, por último, elementos para el debate sobre indicadores.

5.1. Debates sobre el núcleo del derecho a la salud

La definición de los elementos del derecho a la salud pasa por varias precisiones: a) el concepto de salud desde el que se trabaja, b) el desarrollo tecnológico del que se dispone (el universo de lo exigible, que se amplía día a día), y c) la disposición de información. En relación con el desarrollo tecnológico, el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* reconoce el derecho de toda persona a «gozar del beneficio del progreso científico y de sus aplicaciones» (art. 15), lo que implica beneficiarse de avances científicos y tecnológicos tales como medicamentos y demás técnicas terapéuticas¹⁷⁵. Esto, para nuestro caso, se observa en: a) el debate sobre lo que se incluye o se excluye de la definición de salud y, por supuesto, la definición misma, b) las limitaciones de disponibilidad de recursos, c) las dificultades de acceso a la información.

La definición de la salud como derecho y la delimitación de medios, recursos y decisiones, depende de la información disponible. Esto empieza con la inclusión o la exclusión de cierta información y con la formulación amplia o restrictiva de ciertas definiciones; en últimas, de la información que se considera válida.

¹⁷⁵ Existe también la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3384, de 10 de noviembre de 1975.

Para Luhmann, el que hacer social no es la interacción de personas, sino la resultante de las comunicaciones —las informaciones— entre personas¹⁷⁶ y estas informaciones definen, por ejemplo, el tipo de indicadores. Amartya Sen centra sus reflexiones en este problema de la formulación de indicadores con los cuales se sustentan políticas y proyectos sociales¹⁷⁷. Rawls considera que hay determinados criterios que permiten seleccionar informaciones en relevantes o irrelevantes para el razonamiento político, y tal razonamiento es el que permite pasar de las razones a los hechos¹⁷⁸. Estos tres autores, aunque tienen debates entre sí, ilustran el proceso de fabricación de razones a partir de determinada información: a) la necesidad de contar con una determinada información para razonar, b) los sesgos existentes relacionados con la disposición de la información (información incluida y excluida), c) los sesgos que contiene la información misma (datos relevantes e irrelevantes), y d) el paso de las razones a los hechos (el proceso de construcción de razones).

En este sentido, la formulación de la noción del «núcleo básico»¹⁷⁹ de un derecho fundamental implica un proceso complejo. Usamos aquí, en este apartado, la expresión «núcleo básico» para referirnos a los elementos esenciales que constituyen un derecho. El núcleo del derecho a la salud sería el más «inacabado», en el sentido en que sus posibilidades dependen de una técnica que no termina de crecer y de perfeccionarse, y por tanto de aumentar en el abanico de su exigibilidad.

No concretar este núcleo por su complejidad, es dejar indefinida la exigencia al Estado de un mínimo de servicios irrenunciables, pero definirlo de manera restrictiva o hacerlo desde el afán de la viabilidad financiera puede dar como resultado, paradójicamente, una renuncia a servicios, con lo que se vulneraría precisamente la garantía deseada. Creemos, que tal núcleo sólo puede ser definido sobre la base del Estado social de derecho, sobre la vigencia de ciertos principios y desde unas premisas necesarias para la construcción de un modelo de justicia.

Además de la información que usualmente brinda la epidemiología y le evidencia médica, algunos proponen exigir a los Estados en materia

¹⁷⁶ LUHMANN, *Politische...* pp. 41-45.

¹⁷⁷ Ver especialmente, SEN, Amartya: *Development as a Freedom*. Edición consultada: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Madrid, 2000. Traducción de Esther Robasco y Luis Toharia; y SEN, Amartya: *On ethics and economics*. Oxford (1987). Edición consultada: *Sobre ética y economía*, Alianza, Madrid, 1989. Versión de Angeles Conde.

¹⁷⁸ RAWLS, *Political...* pp. 153-157.

¹⁷⁹ Existe otro uso ya citado de la noción de núcleo básico de los derechos humanos para referirse a cuáles serían los derechos fundamentales, en oposición a unos derechos que, entonces, no serían fundamentales.

del derecho a la salud, el uso de indicadores ya establecidos relacionados con la calidad del agua, los productos farmacéuticos o el control alimentario, por ejemplo.¹⁸⁰

La delimitación del núcleo contribuye a precisar con qué tipo de servicio, de técnica y de profesionales debe contar una sociedad, y hasta bajo qué principios y fines, para preservar y/o recuperar aquello llamado salud. La exigibilidad jurídica de eso que hemos llamado no negociable depende de definir previamente la información necesaria y relevante y, luego, las prioridades, principios y fines de un sistema de salud.

Pero hay situaciones límites en las que cabe preguntarse, ¿qué fin persigue tal derecho o tal servicio? A lo que respondemos: la recuperación de la salud o su preservación. Así, el fin perseguido aunque puede no alcanzarse no por eso es menos perseguible (como en el caso de pacientes terminales). Pero, ¿cuál sería el momento o los criterios para dejar de perseguir ese fin y aceptar el curso natural de la enfermedad o hasta le muerte misma? ¿Cuándo se deben limitar los esfuerzos médicos solo a la mejora de ciertos síntomas siendo el fin del servicio el acompañamiento en la muerte? La discusión ética es muy extensa y en honor a su complejidad, no lo abordaremos en el presente trabajo.

5.2. Núcleo del derecho a la salud

Segundo, en relación con los elementos esenciales del núcleo básico, precisemos sus alcances. Para el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas¹⁸¹, «el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte»:

- a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas.
- b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación al-

¹⁸⁰ En todo caso, la información epidemiológica debe leerse con las particularidades y excepciones que amerita el caso evitando generalidades peligrosas. Por ejemplo, es cierto que se está produciendo un cambio en el tipo de enfermedades que agobian a los humanos, pero ¿eso es igualmente aplicable a las zonas indígenas del México —que son muchas— o para las barriadas de Colombia? ¿es correcto formular planes de salud sobre el perfil de los más sanos de esa comunidad?

¹⁸¹ Ver en general, COMITÉ DE DERECHOS, *El derecho al...*

guna. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: *i)* No discriminación; *ii)* Accesibilidad física; *iii)* Accesibilidad económica (asequibilidad); *iv)* Acceso a la información.

- c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.
- d) Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

La crítica a esta aproximación es su marcado énfasis en servicios de salud, corriendo el riesgo de reducir, al final, el derecho a la salud a un problema de hospitales dejando de lado otros deberes estatales que guardan relación directa con las condiciones de salud tales como las ya citadas normas medioambientales, políticas de prevención de la enfermedad, contaminación ambiental por parte de las fábricas, suministro de agua potable, calidad de los alimentos, exposición a tóxicos, condiciones laborales de riesgo para la salud, manejo de basuras, condiciones de higiene en el lugar de vivienda, control de vectores, y un largo etcétera, aunque algo de esto se dice en las siguientes consideraciones.

Conscientes de las limitaciones reales de recursos que afectan la realización plena del ejercicio del derecho a la salud, se plantean unas Obligaciones Básicas para los Estados Parte en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: «los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud». Entre esas obligaciones básicas figuran las siguientes:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.¹⁸²

5.3. El debate sobre los indicadores en salud

Los indicadores serían parte central de las herramientas que nos ayuden a identificar el cumplimiento o no del derecho a la salud y a visualizar avances y retrocesos. Existen aproximaciones a formas de evaluar, de procesar la información. Según Ana Barrios: «el objetivo final de un indicador de medición en el área de los derechos humanos debe ser el de evaluar la responsabilidad estatal en términos objetivos». Además, debería medir la voluntad política de un Estado o el incumplimiento del principio de no discriminación, por ejemplo. En el caso del derecho a la salud, indicadores básicos podrían ser¹⁸³:

- a) Indicadores de supervivencia, es decir de «tiempo de vida»: tasas de mortalidad general¹⁸⁴, mortalidad materna, mortalidad materno-infantil, Esperanza de Vida al Nacer, Años de Vida Potencialmente Perdidos (AVPP). Pero estas cifras deben necesariamente ir discriminadas en otras variables que den cuenta de elementos económicos y sociales que determinan el derecho a la salud: mortalidad infantil de personas en condiciones de pobreza, por ejemplo, niveles de desnutrición en el área rural o en áreas con índices altos de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), cobertura discriminada por género o por grupos étnicos, etc.
- b) Indicadores de deterioro o de discapacidad: tasas por enfermedad, condiciones de riesgo, tasas de enfermedad mental, acceso al agua potable, tasa de desnutrición, acciones de promoción de

¹⁸² COMITÉ DE DERECHOS, *El derecho al...* comentario 43.

¹⁸³ Adaptado en parte de: BARRIOS, Ana: «Indicadores de medición, aspectos metodológicos y estrategias de exigibilidad del derecho a la salud». EN: PLATAFORMA COLOMBIANA, DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y DESARROLLO: Documentos de trabajo del Seminario Internacional «Indicadores de exigibilidad y vigilancia social de los derechos económicos, sociales y culturales. Bogotá, mayo de 1999.

¹⁸⁴ Se considera que, dentro de los indicadores existentes y usuales, y teniendo en cuenta el subregistro de discapacidades en los países pobres, la mortalidad «es el indicador de salud más fidedigno para señalar los cambios más trascendentes y sus cambios a través del tiempo», pero por supuesto su dato aislado no refleja cabalmente el nivel de salud de una comunidad. INSTITUTO NACIONAL DE SALUD: *La mortalidad en Colombia, 1953-1991*, Bogotá, 1993, p. 13.

la salud y prevención de la enfermedad, cobertura de los programas de inmunización, estadísticas e informaciones sobre accidentalidad, etc.

- c) Indicadores de la oferta de servicios de salud: consulta requerida *versus* consulta brindada por estrato social, accesibilidad, número de camas instaladas, número de médicos por habitante, erradicación de factores infecciosos, tasas de inmunización, suministro de medicamentos, etc.
- d) Indicadores de gestión: corrupción en los servicios de salud, uso o no de recursos, despilfarro, evasión, etc.
- e) Indicadores del cumplimiento de los deberes del Estado: tendencia del gasto público en salud, desarrollo legislativo del derecho a la salud, mecanismos de reclamación y defensa del derecho a la salud, tendencia de la cobertura, eficiencia de los mecanismos de control, etc.

Se repite, pues, el esquema planteado de prioridades en las que el derecho está por encima del servicio e incluso define su naturaleza, el servicio obedece a una definición operativa del derecho y busca su materialización obedeciendo a criterios y condiciones plasmadas en indicadores de salud. Pero, ¿son los indicadores que usamos habitualmente los más convenientes para estos propósitos?

Los indicadores no dejan de presentar problemas que van desde su formulación hasta su aplicación. Los debates se mueven entre las posibilidades reales de medir y/o de recoger la información y las posturas ideológicas que hay detrás de su formulación. Por ejemplo, los indicadores de satisfacción del paciente son altamente subjetivos y no están siempre acompañados de otros indicadores que permitan contextualizar esa satisfacción¹⁸⁵. Así mismo, el fenómeno llamado selección adversa de pacientes (también conocido como «cream skimming»)¹⁸⁶ podría

¹⁸⁵ Evaluaciones sobre calidad de servicios de salud basadas exclusivamente en la sensación subjetiva del beneficiario arrojan datos sesgados por el tipo de instalaciones hoteleras del hospital o la actitud del personal (que son importantes pero no esenciales) pero poco dicen de la calidad misma del acto médico, de elementos como la selección adecuada de un tratamiento.

¹⁸⁶ Se entiende como selección adversa, las dinámicas desarrolladas por las instituciones del sistema de salud con el fin de evitar el ingreso de potenciales afiliados que por su condición de salud representarían un mayor gasto en salud. Aquí como condición cabría la edad (se calcula que el 50% de los gastos en salud de una persona se producen en los últimos 5 años de vida), el sexo (las mujeres en edad fértil), las condiciones de pobreza (éstas hacen más difícil la recuperación y además representan factores determinantes para la enfermedad como bajo acceso a agua potable, etc.) Para Castaño, el concepto de selección adversa «fue introducido equivocadamente en la legislación para

producir mejores resultados en los indicadores de morbi-mortalidad sin que haya una mejoría real del servicio por parte del hospital. Un número mayor de enfermeros por paciente puede significar tanto exceso de personal en una institución como mayores facilidades en la atención. Y así ocurre también con otros indicadores.

En todo caso, debe establecerse un núcleo básico de oferta de servicios de salud para cada persona, garantizado por el Estado dentro del cumplimiento del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, por cuanto «cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual debe considerarse que un Estado Parte (del Pacto) violó sus obligaciones»¹⁸⁷.

El debate central no está, repitamos, primordialmente en la relación puntual médico-paciente, sino el que se ubica en la esperada coherencia entre las normas en que se plasman las políticas públicas de salud y los derechos de las personas que ella afecta, es decir, la coherencia entre, por un lado las leyes y las instituciones de salud y, por otro lado, la salud entendida como parte de los derechos humanos.

referirse a la selección que hace (la empresa de salud) entre las personas de bajo riesgo; esto se conoce como selección de riesgos, mientras que la selección adversa es la que hace el afiliado cuando sabe que sus riesgos le generarían costos mayores que el costo de la prima» Ver: FELDSTEIN, J. P.: *Health Care Economics*, New York, Delmar, 1993. Citado en: CASTAÑO YEPES, Ramón Abel: «Aspectos económicos de la acción de tutela en salud», *Salud núm. 6*, (Bogotá, dic. 1999), p. 13.

¹⁸⁷ Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Citado por: FREDERICK, Pablo: «Redimensionamiento de los derechos humanos. Una visión desde los derechos económicos y sociales». En: VV.AA.: *Hacia una reconceptualización de los derechos humanos. Documentos núm. 10* (Bogotá, 1994), p. 54.

6.

Una mirada a las reformas en salud

Wallerstein afirma que no hay un desarrollo nacional independiente del funcionamiento del sistema mundial¹⁸⁸. Eso también se vive en el diseño de modelos de salud, ya sea por experiencia acumulada en la formulación y desarrollo de modelos en otros países (el auge de la salud pública, la formación de sistemas nacionales de salud, etcétera) o por las demandas y/o presiones externas al sector salud. El Banco Interamericano de Desarrollo ha planteado que «los gobiernos deberían promover tipos de seguros médicos que establezcan una cobertura amplia de la población y que contenga a la vez mecanismos de pago para controlar el costo de los servicios de salud (...) deberían también fomentar un sector privado competitivo que suministrara toda la gama de servicios de salud, incluidos los financiados por el Estado»¹⁸⁹.

En 1980, el Banco Mundial empezó a conceder préstamos directos para los sistemas de salud y en 1983 se había convertido en una de las principales fuentes de financiamiento de los servicios de salud de los países pobres. Ya en 1987, esta entidad recomendaba una serie de medidas para la reorganización de los servicios de salud: a) trasladar a los usuarios los gastos en el uso de las prestaciones mediante el «cobro de aranceles (...) de servicios de salud», b) ofrecer esquemas de aseguramiento para los principales casos de riesgo: «provisión de seguro u otra protección frente a riesgos»; c) utilizar en forma eficaz los servicios pri-

¹⁸⁸ Citado en: GARAY, Luis Jorge: *Globalización y crisis, Tercer Mundo*, Bogotá, 1999, p. 5.

¹⁸⁹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO: *Progreso económico y social en América Latina*, 1991. Citado por: SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La privatización de la salud en Colombia*. SINDESS, Bogotá, 1996, p. 29.

vados: «empleo eficiente de los recursos no gubernamentales»; d) descentralizar los servicios de salud gubernamentales¹⁹⁰.

El modelo planteaba además la división entre unos servicios de naturaleza privada para quienes pudieran pagarlos y unos servicios públicos para las altas externalidades. El fundamento de dicha separación se encuentra en la teoría neoclásica de los bienes. Desde esta perspectiva, los bienes privados son aquellos que implican un beneficio individual diferenciado, por el que las personas estarían dispuestas a pagar. Los bienes públicos son solo aquellos que generan beneficios colectivos o altas externalidades y que, por lo mismo, deberían costearse con recursos públicos¹⁹¹.

El informe del Banco Mundial *Invertir en salud* está destinado a formular recomendaciones dirigidas especialmente a los países de medianos y bajos ingresos, con el fin de rediseñar sus servicios de salud. Estas recomendaciones han sido posteriormente parte de las exigencias de la banca internacional a los países, para renegociar las deudas externas, así como de los requisitos para adquirir nuevos créditos¹⁹² y se basan en pasos que explicaremos a continuación¹⁹³.

El primer paso de la estrategia, mitad pública y mitad oculta, consistió en reforzar la noción del fracaso de lo público en la oferta de servicios (por ineficiente e inequitativo) que, acompañado de la noción de que la salud corresponde al ámbito de lo privado, permite concluir que la mejor alternativa es la oferta privada de servicios; alternativa que además promueve el mito de la elección libre del médico tratante. Esto encajaba con las teorías que propugnaban por la reducción del Estado, el concepto de Estilos de Vida Saludables (punto desarrollado de nuestro marco teórico), las reformas a los servicios nacionales de salud, la modernización de los ministerios de salud y la apertura de los servicios públicos a los oferentes privados. En la práctica, esta noción se ha alimentado de una corriente de opinión dedicada a resaltar los defectos de lo público y las ventajas de lo privado. El Estado solo debe atender

¹⁹⁰ AKIN, J.: *Financing Health Services in Developing Countries. An agenda for reform*. World Bank, Washington, D. C., 1987. Hay un resumen oficial en español preparado por la Organización Panamericana de la Salud en: BANCO MUNDIAL: «El financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo. Una agenda para la reforma», *Economía de la Salud. Perspectivas para América Latina*. OPS, Publicación Científica núm. 517, Washington, 1989, pp. 145-191.

¹⁹¹ BANCO MUNDIAL: «El financiamiento de...» p. 147.

¹⁹² Sobre la capacidad de la banca internacional para imponer las reformas y la lógica de la banca o, mejor, la ausencia de lógica, ver: STIGLITZ, *El malestar...*

¹⁹³ Basado, principalmente, en una mirada crítica a: BANCO MUNDIAL: *Informe sobre el desarrollo mundial. Invertir en salud*. Banco Mundial, Washington, D. C., 1993.

en salud lo que el sector privado no asuma. Y esa intervención del Estado debe someterse a criterios de alta efectividad y bajo costo.

El segundo paso fue desarrollar un nuevo indicador: Años de Vida Ajustados por Discapacidad, también llamado Años de Vida Saludables Perdidos (AVISA)¹⁹⁴; pensado en que fuera una herramienta para planificar en salud. Este nuevo indicador, presentado por primera vez en el citado informe de 1993, se acompaña de la noción de Servicios Clínicos Mínimos¹⁹⁵. Estos servicios de salud esenciales estarían definidos, entre otras cosas, por criterios de coste/beneficio (en unidades monetarias), coste / efectividad (uso racional de recursos) y coste / utilidad (Años de vida ajustados por calidad).

En relación con los AVISA, es necesario precisar que en el cálculo del valor de un año de vida saludable «se ha optado por privilegiar el valor de la vida de aquellas personas que tienen a su cargo otras personas» siendo la edad de más valoración los 25 años¹⁹⁶. Esta curva de años / valor encaja con la edad productiva de las personas. Ahora bien, el criterio de invalidez o de pérdida de vida en términos de pérdida de la capacidad productiva de las personas, sumado a la valoración de la vida según una edad preestablecida, hace pensar en el nuevo papel del sistema de salud en el marco de la lógica del mercado: renuncia como protector de los menos favorecidos y retorna a lo que ya Marx llamaba el papel reparador de la mano de obra.

Los mencionados servicios clínicos mínimos permitieron avanzar en la formulación de listas cerradas (catálogos de prestaciones) de servicios y listados de medicamentos que, por su costo, podrían contribuir a la racionalización de los recursos en salud. Es decir, el Estado debe abstenerse de entrar en gastos de medicamentos y de procedimientos cuya justificación para hacer o no parte del paquete de servicios mínimos recomendado era su costo económico, pues «el número de grupos de intervenciones dependerá de los recursos financieros»¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Los AVISA contemplan cuatro variables: 1) tiempo perdido por una muerte prematura, 2) valor de un año de vida saludable según la edad, 3) preferencia social por el tiempo y 4) ponderación de la incapacidad. Ver para la versión colombiana de los AVISA: MINISTERIO DE SALUD (Colombia). *La carga de...*

¹⁹⁵ HANSON, Kara: *La medición del estado de la salud*. Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2000.

¹⁹⁶ MINISTERIO DE SALUD. *La carga de...* pp. 8 y 9. Otro análisis, en el mismo sentido, para el período 1985-1995, ver: MINISTERIO DE SALUD (Colombia): *Mortalidad y Años de Vida Ajustados por Discapacidad como medidas de la Carga de Enfermedad 1985-1995*, Bogotá, 1999, pp.51-52.

¹⁹⁷ BANCO MUNDIAL y FONDO MONETARIO INTERNACIONAL: *Revista Finanzas y Desarrollo*, septiembre de 1993. Citado por: SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La privatización de la salud en Colombia*. SINDESS, Bogotá, 1996, p. 49.

El tercer paso fue apoyar el desarrollo de herramientas de gerencia en salud que permitirían —sostiene el Banco Mundial— que los hospitales de los países pobres, aun los públicos, y en circunstancias de desabastecimiento de recursos, pudieran ser rentables. Esta noción, muy difundida, permite afirmar que el problema central de las crisis hospitalarias y por ende de los sistemas de salud es que las formas de administración de lo público, en este caso de los servicios públicos de salud, son *per se* ineficientes y que la solución es adoptar políticas de administración hospitalaria con indicadores y procesos propios de la empresa privada.

El cuarto paso fue establecer políticas financieras tendientes a la autofinanciación de los servicios de salud, en un contexto de reducción progresiva de recursos estatales para la salud y de establecimiento de formas de pago directo y/o de formas compartidas de financiación (por parte del usuario de los servicios), formas adicionales al pago de las cotizaciones mensuales. Uno de los argumentos más socorridos es que el establecimiento de estos copagos es que contribuirían a la racionalización del uso de los servicios de salud. Se parte de una explicación no suficientemente demostrada: los usuarios necesariamente hacen uso irracional de los servicios y por tanto hay necesidad de crear mecanismos de filtro. Uno de ellos es el pago de cuota por el uso de los servicios. Ese mito del uso irracional proviene directamente de una concepción mercantil de la salud: «el cliente quiere usar lo más por el mismo precio» y, por tanto, hay que desestimular su uso. Sin embargo, las investigaciones sugieren que estos mecanismos frenan la utilización de servicios entre los segmentos más pobres.¹⁹⁸

No se puede negar un derecho porque se presume que se va a usar de mala manera; las investigaciones han mostrado que en vez de racionalizar el gasto, esos copagos limitan severamente el acceso de los más pobres a los servicios de salud; y, por último una pregunta nada ingenua, si las cárceles son grauitas, ¿por qué no hay más gente en ellas?

Con tal fin, aparece en algunos modelos un intermediario en la oferta de servicios, encargado de recolectar las cotizaciones y de contratar servicios (ISAPRE en Chile y EPS en Colombia, por ejemplo). Esto generó dos dinámicas: la selección adversa de pacientes y la evaluación

¹⁹⁸ Ver, para el caso colombiano, VVAA: «Reforma a la seguridad social en salud en Colombia y efectos sobre la equidad en el acceso y la utilización de servicios de salud», *Salud*, núm. 8 (Bogotá, 2001), pp. 8-34; PROFAMILIA: *Salud sexual y reproductiva en Colombia*. Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Profamilia, Bogotá, 2000, capítulo XIII, pp. 189-197; DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS: *Encuesta de Calidad de Vida*, Bogotá. 1997.

de la calidad, con énfasis en los servicios hoteleros, en detrimento de las investigaciones sobre las condiciones de salud de la población. Además, esta separación entre la provisión de servicios y la administración, ha incrementado los costes administrativos (casos de UK, Estados Unidos, Chile y Colombia).¹⁹⁹

Para garantizar rentabilidad, se excluyen de sus servicios las enfermedades que acarrearán gastos no rentables. Para las demás enfermedades, el usuario cofinancia, además de su pago mensual, la prestación de servicios. Esto se hace en un marco estrecho de servicios y de una práctica de exclusión tanto de patologías costosas, como de personas de alto riesgo: ancianos y personas sin capacidad de pago y con condiciones de salud de difícil manejo (áreas rurales, por ejemplo), cuyos gastos en salud deberán, entonces, asumir el Estado.

Otras recomendaciones generales del Banco Mundial que tienden a la apertura de mercados han producido la desregulación del mercado laboral. La flexibilización de las relaciones laborales tiene varios impactos directos en el sector salud: a) la pérdida de empleos implica, en un sistema bismarkiano, basado en las cotizaciones de los trabajadores antes que en la cobertura universal, la pérdida de personas que cotizan al sistema y por tanto la pérdida de recursos; b) la caída general de salarios implica la disminución del monto total de la recaudación por cotizaciones al sistema de salud; c) la caída del poder adquisitivo y el aumento del empleo informal implica de manera directa una disminución en la calidad de vida, hecho que se refleja en los niveles de nutrición y en el aumento de las demandas en salud; d) las nuevas políticas laborales producen un efecto en el mercado laboral del personal de salud.

Por todo esto afirmamos que la causa real de los nuevos modelos no era la búsqueda de la salud sino el control del gasto público y la conversión de la salud en un producto del mercado.

En el caso de América Latina, se ha impulsado un modelo que conjuga un discurso ideológico promercado, una presentación política aceptable, un modelo de financiación por aportes, mecanismos de participación comunitaria, conjugación de sistemas público y privado de salud, procesos de descentralización, focalización y privatización. Según la Organización Panamericana de la Salud, OPS, en materia de salud, «23 países tienen políticas de descentralización gerencial; 22, de seguro nacional de salud; 18, de recuperación de costos; 17, planes básicos de atención; 15, nuevas formas de contratación; 14, descentra-

¹⁹⁹ Para el caso de Estado Unidos y UK, ver: SÁNCHEZ BAYLE, Marciano: *Hacia el Estado de malestar. Neoliberalismo y política sanitaria en España*. Libros de La Catarata, Madrid, 1998, p. 29.

lización financiera; 11, gasto público focalizado: 10, autonomía hospitalaria; el mismo número, privatización selectiva, y 6, políticas de medicamentos»²⁰⁰. Esta tendencia, vigilada muy de cerca por la banca internacional, alimenta un modelo que podemos caracterizar con los siguientes elementos:

- a) Disminución de la inversión y del gasto estatal en salud, a la vez que se estimula el desarrollo de la medicina prepagada y luego su incorporación, en condiciones favorables, al sistema, de manera que se desplaza el servicio público de las franjas de población con capacidad de pago, es decir con capacidad de aportar al sistema.
- b) Aumento del interés y de las inversiones en salud de parte del sector financiero nacional e internacional, a la par que se encarecen los servicios en esta área, en el marco de la medicina defensiva y de los monopolios farmacéuticos.
- c) Justificación de racionalizar el gasto en salud aduciendo falta de presupuesto o invitando a realizar reformas administrativas en los servicios. Eso produce descapitalización de la red pública de salud, mediante recortes de presupuesto.
- d) Establecimiento de sistemas de pago de servicios en dos vías: a través de una cotización y a través de un mecanismo de pago por servicios. Es decir, se combina una relación solidaria (la cotización) con un cobro individualizado en el momento de la prestación de los servicios.
- e) Culto a la gerencia, que implica, además de la implantación de la tecnocracia como discurso, la inserción de indicadores de gestión, formas gerenciales por resultados, políticas de evaluación de personal desde la utilidad económica y un largo etcétera. Más que una nueva idea sobre dirección hospitalaria, lo que esto significa es el cambio hacia una concepción del hospital como empresa.
- f) Colocación de los servicios costosos (y rentables) en la esfera de lo privado, mediante contratos (como en Chile) o por exclusión explícita (caso Colombia). Esos servicios quedan sujetos a los parámetros del mercado.
- g) La flexibilización de políticas laborales, en el contexto del nuevo sistema: «las diferencias excesivas entre las remuneraciones del sector público y las del mercado impiden mantener y atraer a los

²⁰⁰ Organización Panamericana de la Salud, citado en: JARAMILLO, Ivan: «La seguridad social en salud: análisis comparativo» *Salud*, núm. 3. (Bogotá, 1998), p. 4.

profesionales de mayor calificación, creatividad y eficacia». Por ejemplo, es menor el pago de honorarios médicos en el sector público de acuerdo con el indicador días / cama, con lo que este sector pierde en calidad de oferta de servicios. A ello se suman males endémicos como el ausentismo laboral y el bajo nivel de rendimiento²⁰¹.

- h) La neutralización de los trabajadores de la salud como grupo de presión, tanto a los trabajadores de base como al gremio médico. Con eso se puede hacer el diseño de un modelo de salud sin tener en cuenta sus puntos de vista y además se prepara el terreno para una flexibilización de las relaciones laborales en los servicios de salud.

Así, el sistema público transita entre su deber de garantizar un derecho constitucional²⁰² y la necesidad de asegurar su supervivencia mediante procesos administrativos y financieros, en un contexto adverso por la reducción del gasto social, de búsqueda de autonomía administrativa de los hospitales y, en general, de disminución del papel del Estado social. Mientras se obliga al sector público a obedecer a unos criterios de solidaridad (al atender las necesidades de salud de las personas sin capacidad de pago), esa obligatoriedad no tiene el mismo peso para el sector privado, cuya naturaleza precisamente es, más que la solidaridad, el lucro.

Por último, contrario a la idea de que la decisión racional acompaña la formulación de la nueva administración en salud y de políticas públicas, el impulso moral es un factor determinante en las decisiones de las personas. Para Cotarelo, hay dos elementos que cuestionan la teoría de la decisión racional: la ética y la estética. Además, presenta limitaciones de aplicación «a contextos de interacción con importantes zonas de incertidumbre»²⁰³, como en el debate que nos ocupa. Rawls cuestiona que pueda construirse concepto alguno de justicia sólo desde la decisión racional²⁰⁴.

La lógica del comportamiento humano basado en la decisión racional, aplicada al sector salud, generaría prácticas contrarias al objetivo que persigue la salud como derecho humano:

²⁰¹ SOJO, Ana: «Posibilidades y límites de la reforma de la gestión de la salud en Chile», en: *Revista de la Cepal* 59, (Santiago de Chile, 1996), p. 132.

²⁰² Para ver los importantes avances en materia del derecho a la salud en el derecho constitucional de América Latina, ver: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *El derecho a la salud...*

²⁰³ COTARELO, *En torno a la...*

²⁰⁴ RAWLS, *Political...* pp. 78-85.

«Cuando un usuario se comporta estrictamente como agente racional de mercado, tiende a eludir los costos y obtener los mayores beneficios. Si es trabajador independiente de altos ingresos, trata de aportar lo mínimo para obtener lo máximo. Dado que el asegurador conoce tal expectativa y también se comporta como agente de mercado, le ofrece a este usuario un mecanismo de elusión de sus aportes al sistema, al tiempo que le vende un seguro privado con mejores beneficios y mayor calidad. Lo segundo resulta más barato para el usuario que hacer los aportes legales, pero produce una descompensación financiera de grandes magnitudes en todo el sistema. En el otro extremo, el ofrecimiento de un subsidio para los que no puedan pagar genera otro tipo de problemas. Quien crea no poder hacerlo, tratará de obtener el subsidio, aún sabiendo que dio una información falsa. Como agente racional de mercado, a este usuario no le importa si excluye a alguien más pobre que él. Simplemente está tratando de obtener el menor costo con el mayor beneficio. Entre tanto la lucha por el subsidio genera fracturas en el tejido social, que van en contra de cualquier tipo de solidaridad. Igualmente, cuando un médico declara que está haciendo un buen negocio con cada procedimiento puede llegar a la quiebra por el simple desprestigio social. O cuando atiende estrictamente a la racionalidad de los costos para obtener la máxima rentabilidad, siguiendo la presión de gerentes o administradores, puede desatender las necesidades de cada paciente y rebajar peligrosamente la calidad de la atención. No obstante, se estaría comportando como un agente racional de mercado»²⁰⁵.

En otros países, en cambio, la elección colectiva ha permitido preservar garantías y servicios para beneficio de la población frenando reformas favorables al mercado²⁰⁶. El mercado no debe regular los servicios en salud, ya que la salud no cumple con los supuestos necesarios para hablar de un mercado perfecto: no hay simetrías en la información, proveedores y clientes no tienen la misma información, y las empresas de salud y los usuarios tienen niveles de información distintos; no hay independencia entre la oferta y la demanda, de modo que la primera puede inducir a la segunda; además, la salud tiene muchas externalidades: no hay competencia perfecta, hay presencia de oligopolios y de monopolios²⁰⁷. En general, la teoría de los

²⁰⁵ HERNÁNDEZ, «El derecho a la salud...» p. 154.

²⁰⁶ Esto es, en parte, es lo que se observa, en el caso de las reformas en salud de Canadá, Holanda, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia y Suecia. IMMERGUT, Ellen: «Salud: la política de la elección colectiva», en: *Estudios. Working Paper 1990/5*. Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, June 2000.

²⁰⁷ «Los retos de la seguridad social del 2000», *Seguridad Social al día*, (Bogotá, oct. 1998). Disponible en: www.seguridadsocial.com.co/abr98a.htm.

mercados perfectos no se aplica a la realidad y desconocer esta verdad, ampliamente demostrada, ha significado el fracaso de muchos de los programas del FMI²⁰⁸. Cuando decimos que las reformas en salud dependen del modelo económico predominante, queremos decir que el diseño y la argumentación de la formulación jurídica obedecen más a las recomendaciones del Banco Mundial que a las necesidades en salud.

El ex vicepresidente del Banco Mundial Stiglitz, reconoce que en este tipo de negociaciones, «a los países se les marcaban objetivos estrictos (...) en algunos casos los acuerdos establecían *qué leyes* debía aprobar el parlamento del país para cumplir con los requisitos u “objetivos” del FMI»²⁰⁹. Sus ejemplos ilustran que los fracasos de tales medidas son numerosos: el recorte de subsidios a alimentos en Indonesia sólo aumentó la crisis y el que se hizo a los programas de salud en Tailandia significó el retroceso de unas de las mejores medidas contra el Sida en el mundo. En cambio, cuando se desobedecieron las recomendaciones del FMI de recortar los gastos en educación en Uganda y de educación en Jordania, hubo grandes beneficios.²¹⁰

6.1. El hospital público y la lógica del mercado

El mejor espacio, pero no el único, para ilustrar el impacto de las recomendaciones de la banca internacional en el derecho a la salud es el hospital público. La nueva dinámica de los hospitales se debe, en buena parte, a la tendencia de manejarlos con la misma lógica que a una empresa de otro sector productivo, desconociendo las particularidades de la salud.

Como el paciente no sabe qué tipo de bienes pedir en el hospital, espera que el médico lo haga por él. Delega en el profesional la elección del tratamiento más adecuado y eso conduce al médico a esperar del hospital los medios materiales adecuados para prestar sus servicios. Pero esos medios ya no dependen de las necesidades en salud sino de la lógica empresarial la cual busca garantizar el «producto salud». «La teoría económica clásica indica que las entidades deben producir sobre la frontera óptima de producción y alcanzar además los niveles de eficiencia económica. Dada la incertidumbre de los servicios hospitalarios, combinada con la dificultad de rechazar un paciente en caso de

²⁰⁸ Ver, en general, STIGLITZ, *El malestar en...*

²⁰⁹ STIGLITZ, *El malestar en...* p. 71.

²¹⁰ STIGLITZ, *El malestar en...* pp. 106-111.

urgencia, los hospitales casi nunca pueden trabajar sobre la frontera óptima de producción.»²¹¹

Además, la interdependencia entre un área hospitalaria y otra, hace muy difícil fabricar el «producto salud» dentro de la mayor eficacia económica. La oferta de bienes disponibles en todo momento genera, necesariamente, subutilización de recursos: por ejemplo, las salas de cirugía no pueden usarse el 100 % del tiempo porque, entre otras cosas, se requiere tener algunas disponibles para urgencias; es decir, en la demanda de servicios de salud hay tendencias que se pueden identificar pero, en todo caso, ella se mueve en un terreno de incertidumbre que obliga, inevitablemente, a la subutilización de servicios. Y esa subutilización de recursos produce ineficiencia económica.

Los hospitales pequeños, cuyo fin social es muy importante, especialmente en regiones apartadas, no tienen una demanda permanente de servicios y no cuentan con una población concentrada y grande que les reporte ingresos equivalentes a sus gastos. Allí la economía de escala no puede ser posible. Estos existen es para cubrir unas necesidades de población dispersa cuya demanda de salud no será tan alta como para utilizar el 100 % de la capacidad hospitalaria ni para garantizar su autofinanciación, pero esa incapacidad no sería suficiente argumento como para cerrarlos.

Así se crea una falsa dicotomía entre calidad y hospital público, cuando lo que subyace es un debate de concepción del modelo de salud. Así, la única alternativa que tienen realmente los hospitales públicos es financiarse a través de sus usuarios. Hablamos de la demora en la atención (listas de espera), aumento del número de ciertos procedimientos (cesáreas²¹²), disminución del número de exámenes de laboratorio, filtros en los servicios de urgencias y descuido de enfermedades mal llamadas tropicales que no tienen un puesto en el mercado de la salud, todas estas estrategias para aumentar la rentabilidad.

Pero, al final, los recursos son insuficientes, tanto para atender de manera íntegra como para pagar proveedores y personal, lo que genera un déficit produciendo, además, prácticas de todo tipo tendientes a forzar el pago o, si se quiere decir en otras palabras, a garantizar la recaudación por los servicios prestados. Esto no es eficaz porque, en general, los clientes de los hospitales públicos tienen menos capacidad de pago y el problema no es administrativo sino del modelo mismo.

²¹¹ GAYNOR, M.; ANDERSON, G. F.: «Uncertain Demand, the Structure of the Hospital Cost, and the Cost of Empty Hospital Beds» *Journal of Health Economic*, 14, 1995, pp. 219-317.

²¹² GÓMEZ, Olga Lucía; CARRASQUILLA, Gabriel: «Factores asociados a cesárea no justificada en cuatro hospitales de Cali, Colombia» *Vía Salud*, núm. 12 (Bogotá, 2000), pp. 24-29.

Sin embargo la banca internacional insiste en que los hospitales públicos deben convertirse en empresa y vender servicios de salud para hacer rentable el hospital. Es decir, la carga asistencial continúa y se aumenta, pero al tiempo se recortan subsidios estatales, viviendo así una clara dicotomía: o venden servicios o cierran sus puertas por baja rentabilidad. La venta se acompaña de:

- a) Selección adversa de pacientes.
- b) Limitaciones en los materiales por procedimiento para disminuir costos.
- c) Creación de requisitos inexistentes para evadir pacientes.
- d) Sobrefacturación para recibir más recursos.
- e) Aumento de la carga asistencial por médico por unidad de tiempo.
- f) Disminución de ventajas salariales o renegociación de acuerdos laborales.
- g) No aumento salarial o, incluso, disminución.
- h) Aumento de contratación de personal administrativo.
- i) Sujeción de la función y de la remuneración al desempeño.

La gestión de los hospitales recurre a un nuevo tipo de lógica para evaluar el personal de salud y sus logros, por ejemplo midiendo la utilización efectiva del tiempo contratado por trabajador (número de pacientes por médico por unidad de tiempo). Con este indicador, la prioridad médica no es la calidad del servicio sino el volumen de pacientes. Así, el hospital público queda, dentro de esta lógica del mercado, compitiendo en la venta de servicios con los hospitales privados, pero sin que haya igualdad en los deberes entre los dos: el hospital público debe responder por la atención de las personas sin capacidad de pago. Se determina así un marco de responsabilidad igual para instituciones de naturaleza y regímenes diferentes cuya competencia no significa, como afirman algunos, una actividad complementaria sino un subsidio del Estado a los servicios privados.

Además de esas dinámicas institucionales, también las reformas empujan al personal de salud a nuevas dinámicas en el ejercicio de su profesión. No queremos de ninguna manera defender lo que algunos llaman la «impunidad jurídica» del personal de salud²¹³, contrario, por demás, a nuestra noción de derechos humanos. Más bien nos referimos a la pérdida de la libertad del médico para tomar autónomamente decisiones propias de su competencia en relación con la terapéutica

²¹³ GONZÁLEZ-TORRE, Angel Pelayo: *La intervención jurídica de la Actividad Médica*, Dykinson, Madrid, 1997.

más adecuada para sus pacientes, el médico tiene que someterse a listas de procedimientos y medicamentos dentro de la lógica de «racionalización de los servicios de salud». Si a esto agregamos el desempleo médico, los bajos salarios, las condiciones de contratación que se han impuesto en los últimos años (flexibilización de las relaciones laborales), eso permite entender cómo tal autonomía médica desaparece.

La flexibilización de las relaciones laborales²¹⁴ del personal de salud, aumenta la mala calidad en el servicio, se trabaja contra el tiempo y la ética queda relegada a un segundo plano. Con esta nueva dinámica laboral es comprensible que los médicos busquen, ahora más que nunca, toda la rentabilidad que les sea posible. Este nuevo marco laboral no justifica la crisis ética del personal de salud, pero muestra cómo las nuevas reformas en salud generan procesos que determinan el ejercicio del acto médico. Sin embargo, otros ven detrás de la crítica médica a las reformas algo diferente a la ética, pero —aunque esto sea cierto— las argumentaciones contra los profesionales de la salud no eximen a las directivas hospitalarias de su responsabilidad por incidir en tales comportamientos.

En todo caso, el problema no está en la relación médico-paciente, sino en que esta relación se ha desdibujado: el médico ya no es (y no puede ser) «médico» y el paciente debe ser cliente. El problema de las relaciones médico-paciente está en el marco estructural del sistema de salud en el que se desarrollan estas relaciones y es allí donde debe buscarse la raíz del problema y no en la inmediatez del consultorio.

Pero volvamos al punto central del debate: la pregunta por el mejor camino para garantizar la eficacia y la calidad. Luego de revisar las reformas en salud en varios países de la Unión Europea, Immergut concluye que,:

«A pesar de la retórica de la competencia y de los mercados, todavía no existe ningún ejemplo convincente de una nación que haya reducido sus costes sanitarios y mejorado la eficacia por medio de la supresión de regulaciones privatizaciones o estímulos de obtención de beneficios. La competencia trae consigo la duplicación de los servicios y una carga de riesgos. Las instituciones establecidas de administración de la sanidad, los que la administran y el público han luchando contra ellos. No sólo es confusa la definición de eficiencia en sanidad, sino que la entrada del gobierno en el área de la sanidad se

²¹⁴ Utilizamos esta categoría, flexibilización, debido a su uso masivo, no sin precisar que, siguiendo a Stiglitz, la llamada flexibilidad del mercado laboral «en la práctica ha sido simplemente una expresión en clave que significa salarios más bajos y menor protección laboral». STIGLITZ, *El malestar en...* p. 115.

ha producido porque los mecanismos de mercado han demostrado ser incapaces de solucionar las necesidades de la sanidad. Las necesidades sanitarias no se traducen necesariamente en demandas efectivas del mercado»²¹⁵.

A inferencias semejantes llega Hsiao y explica que los países desarrollados contaron con mecanismos de naturaleza estatal para desarrollar servicios de salud más o menos adecuados. Otra conclusión es que para controlar el gasto en salud se necesita de un ente central que regule, pues poco ayuda a este fin la proliferación de instituciones. Se entiende que la financiación es sólo un medio para lograr los objetivos del sistema de salud y no un fin en sí mismo²¹⁶.

²¹⁵ IMMERGUT, Ellen: «Sanidad: la política...», p. 71.

²¹⁶ HSIAO, William: «Qué pueden aprender todos los países de la experiencia de los países desarrollados en la financiación de la atención sanitaria», en: *Anthropos*, núm. 118-119 (Barcelona, mar-abr. 1991), pp. 99-111.

7.

¿Y si Marx tuviera razón?

Si Marx tuviera razón, realmente «la introducción del dinero es ya un paso gigantesco que rompe los límites estrechos del trueque y permite conservar indefinidamente la fuerza productiva conquistada a los demás (entonces) en el sistema capitalista, por último, en donde el dinero triunfa, toda relación humana ha sido ya reducida a relación de mercado»²¹⁷.

Así, «el destino del obrero no es superado, sino extendido a todos los hombres»²¹⁸, y si vivimos ya en un mundo [y unos servicios de salud] determinados por la ciencia política, y ésta «comienza, pues, con un reconocimiento aparente del hombre, de su independencia, de su libre actividad [pero luego] no puede ser ya determinada por las *determinaciones* locales [y] derriba todo límite y toda atadura, para situarse a sí misma en su lugar como la *única* política, la *única* generalidad, el límite *único*, la *única* atadura, así, también ha de arrojar ella en su posterior desarrollo esta *hipocresía* y ha de aparecer en su *total* cinismo»²¹⁹.

Los «derechos del hombre», a juicio de Marx, reduce todo al hombre, como unidad aislada, «del que [se] borra toda determinación para esquematizarlo como capitalista o como obrero»²²⁰, borramiento que implicaría la negación de las diferencias económicas. Los derechos humanos reivindicados en el siglo XIX, los derechos humanos «liberales y burgueses» se centran en el derecho a poseer y no contribuyen a la emancipación humana.²²¹

²¹⁷ MARX, *Manuscritos...* p. 39.

²¹⁸ MARX, *Manuscritos...* p. 141.

²¹⁹ MARX, *Manuscritos...* p. 136.

²²⁰ MARX, *Manuscritos...* p. 169.

²²¹ MARX, Karl: «La Cuestión judía», 1844

En relación con la condición de salud, Marx plantea que la persona está reducida a su condición de obrero y éste está reducido a su condición de máquina, y en cuanto tal la [atención en] salud sería entonces sólo un mecanismo de reparación y/o reposición de la mano de obra, una labor de mantenimiento de una parte de la maquinaria productiva²²². Así el derecho a la salud sería pues como el salario. Marx dice: «las necesidades del trabajador se reducen solamente a la *necesidad* de mantenerlo *durante* el trabajo de manera que no se *extinga la raza de los trabajadores*. El salario tiene, por tanto, el mismo sentido que el *mantenimiento*, la *conservación* de cualquier otro instrumento productivo (...). El salario del trabajador pertenece así a los *costos* necesarios del capital y del capitalista, y no puede sobrepasar las exigencias de esta necesidad».²²³ Es curioso, y coherente con esto, el nacimiento de los ministerios de salud como dependencias de los ministerios de trabajo y el derecho a ciertos servicios de salud supeditados a la condición de obrero o de familiar de éste²²⁴. Así pues, el acceso a los servicios de salud es resultado directo de la relación capacidad de compra / servicios de salud, y no de la relación necesidad / servicios o, peor aún garantizar la productividad del obrero, por eso se reduce el servicio de salud al ámbito de lo laboral pero no se quiere extender fuera de él.²²⁵

Y si Moro también tuviera razón «donde hay propiedad privada y donde todo se mide por el dinero, difícilmente se logrará que la cosa pública se administre con justicia» pues habría, dice él, «remedios que podría aliviar este mal (el azote de la pobreza y de la miseria) pero nunca curarlo».²²⁶

En tal caso, la salud y las relaciones de que ésta depende y de ésta se derivan, serían también relaciones inevitablemente propias del mercado o a lo menos supeditadas por completo a éste; y en este momento en que el mercado tiene tal internacionalización, ¿pedir tal justicia sobre el derecho a la salud, sería simplemente un acto de ingenuidad?

²²² MARX, *Manuscritos...* pp. 45-119.

²²³ MARX, *Manuscritos...* p. 124.

²²⁴ Esto es evidente, por lo menos, en el caso de la historia de los ministerios de salud de América Latina. Ver, en general: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *El derecho a la salud...*

²²⁵ Con relación al Ecuador, Ugalde sostiene que: «la orientación del seguro social ecuatoriano es eminentemente economicista, es decir que su objetivo principal es mantener una fuerza laboral sana para obtener de ella el máximo rendimiento del recurso humano». UGALDE, «La integración de programas...» p. 147; en general para el caso ecuatoriano ver: pp. 145-156.

²²⁶ MORO, *De Optimo Reip...* pp. 103-104.

Este dilema no sucede solo en el ámbito del derecho a la salud, incluso no solo en el ámbito de los llamados derechos económicos y sociales, sino que ocurre, hoy por hoy, frente a todos los derechos. Con la caída del muro de Berlín, el Estado social deja de ser necesario para hacer frente al avance del comunismo, si ya no ha enemigo que atajar, luego, ¿para qué mantener tales medidas?

Rousseau distinguía entre una desigualdad natural y una política²²⁷. Para él, no cualquier contrato puede llamarse, en rigor, un «contrato social», pues no sólo debe garantizar unas normas por todos conocidas y por la mayoría aceptadas, sino que debe incluir elementos contra lo que él llama la primera fuente del mal: la desigualdad²²⁸. Llama la atención que la igualdad como paradigma se combate argumentando su irrealización —como si no fuera válido avanzar hacia su concreción— y otorgando al Estado un papel contemplativo frente a los abusos derivados de la desigualdad. «Pero si el abuso es inevitable ¿quiere esto decir que no se deba reglamentarlo? Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla»²²⁹.

Para Rawls, los dos principios de justicia son: a) «todas las personas son iguales en punto de exigir un esquema adecuado de derechos y de libertades básicos iguales», y b) «las desigualdades sociales y económicas (...) deben promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad»²³⁰. Su idea política de la justicia implica su construcción desde una concepción razonable y racional de acuerdo con ciertas ideas fundamentales propias de una sociedad democrática²³¹.

Después de la Segunda Guerra mundial, se observan tres nuevos hechos en relación con los derechos humanos: a) la incorporación de derechos a las constituciones de numerosos países, b) el desarrollo de Cuerpos Colegiados que vigilaran la coherencia de las leyes, normas y reglamentos con las Constituciones y con el respeto a los derechos humanos allí positivados y, c) la internacionalización de los Derechos Humanos mediante la declaración de las Naciones Unidas en 1948, suscrita hoy por la mayoría de Estados.

Los derechos humanos adquieren así «su mayoría de edad» a través de su reconocimiento constitucional, estando ésta ligada inexora-

²²⁷ ROUSSEAU, *Discours sur l'origine...* p. 55.

²²⁸ El Estado social, para él, «sólo es ventajoso para los hombres en tanto que posean todos algo y ninguno de ellos tenga nada de más». ROUSSEAU, *Discours sur l'origine...* p. 171.

²²⁹ ROUSSEAU, *Discours sur l'origine...* p. 171.

²³⁰ RAWLS, *Political...* p. 35.

²³¹ RAWLS, *Political...* pp. 41-45.

blemente a la noción de unas normas fundamentales²³². El desarrollo del derecho constitucional (constituciones escritas, complejización de la organización jurídico-política del Estado, «unificación de la imagen jurídica del mundo», prerequisite para considerarse parte del mundo civilizado)²³³, también implica un desarrollo de los derechos humanos.

La garantía de los derechos humanos implica no sólo un Estado de derecho sino su paso más avanzado: el Estado social de derecho. El problema del Estado ha sido tratado más desde el punto de vista del gobernante que del gobernado, dice Bobbio²³⁴. Un deber último de las instituciones (democráticas) es dar respuesta a las necesidades de los gobernados y más aún si las necesidades son reconocidas como derechos fundamentales. Según García-Pelayo, interpretando a Stein, «la fuerza del Estado depende del nivel moral y material de sus ciudadanos»²³⁵.

El Estado Social aparece como fruto de un proceso histórico en el que, entre otras cosas, «fueron precisas intensas luchas políticas y movimientos sociales duraderos para que penetrara en la conciencia jurídica dominante la idea de que una aplicación selectiva del derecho es una injusticia»²³⁶. En este proceso confluyen:

- a) antecedentes históricos: el «Manifiesto de los iguales» y «manifiesto de los plebeyos» de la revolución francesa²³⁷, la política social alemana de Bismarck (protección frente al desempleo, la enfermedad, la vejez y la incapacidad)²³⁸, la Constitución de Weimar (para Elías Díaz la Constitución de Weimar es el comienzo del Estado social), el *New Deal* norteamericano, la política sueca de los años 30's, y la Constitución española de 1931²³⁹. La Constitución de Weimar dice que: «El *Reich* creará un amplio sistema de *seguros* para poder, con el concurso de los interesados, atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida».²⁴⁰

²³² GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, pp. 22-30.

²³³ GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, pp. 28-31.

²³⁴ BOBBIO, *Stato...*, p. 82.

²³⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las Transformaciones del...* Alianza, Madrid, 1995, p. 15.

²³⁶ HABERMAS, *Ensayos...* p. 84.

²³⁷ RUBIO LARA, *La formación del...* pp. 31 y ss.

²³⁸ RUBIO LARA, *La formación del...* pp.73-75.

²³⁹ Ver, en general: RUBIO LARA, *La formación del...* pp. 79-202.

²⁴⁰ Art. 161, Constitución de Weimar, 14 de agosto de 1919.

- b) la Segunda Guerra Mundial. En la segunda posguerra se entendió que proveer de un bienestar adecuado a las personas era, entre otras cosas, una talanquera contra el avance del comunismo. Pero también, la derrota del fascismo, significó el triunfo de fuerzas progresistas que hicieron valer sus reivindicaciones²⁴¹.
- c) la formulación del derecho internacional de los derechos humanos y la proliferación de la idea de persona con derechos por encima de razas, creencias y otras tantas diferencias. En esta lógica, se formulan numerosos pactos internacionales de derechos humanos, compatibles con el Estado social.

El fin del Estado social se lograría mediante tres estrategias: a) intervención estatal en la economía para mantener el pleno empleo, b) provisión pública de una serie de servicios sociales universales, y c) responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida²⁴².

El debate del bienestar es el de «la justicia aplicada al campo de la realidad social concebida como un mundo de relaciones desiguales organizadas políticamente»²⁴³. No es un error decir que «toda discusión acerca del hambre es incompleta sin un debate sobre la economía»²⁴⁴, igualmente podríamos decir esto sobre un debate con relación a la salud.

Durante muchos años las teorías económicas de Keynes las que ayudaron a hacer posible el estado de bienestar: intervención estatal en busca del pleno empleo²⁴⁵ y garantía de una serie de servicios a partir de los recursos públicos. Esa tendencia económica confluyó con la maduración de una serie de derechos humanos llamados sociales, más las necesidades clientelares del Estado capitalista para, en parte, hacer frente a las luchas obreras. Lo económico hoy día obedece a una lógica predominante del libre mercado, lógica que determina y podemos decir redefine el papel del Estado.

La llamada «Escuela de Chicago» nace como una reacción a las propuestas económicas de Keynes, alimentándose de doctrinas heredadas de algunos profesores del Departamento de Economía de la Uni-

²⁴¹ RUBIO LARA, *La formación del...* pp. 250-254, y COTARELO, *Del estado de...*, pp. 50-51.

²⁴² MISHIRA, «El Estado de bienestar...», p. 56.

²⁴³ RUBIO LARA, *La formación del...* p. 27.

²⁴⁴ MITTAL, Anuradha «La exportación del hambre», *Semana*, Bogotá, marzo 2002.

²⁴⁵ Habermas dice: «El proyecto del Estado social enfocado reflexivamente, no solamente enfocado a la sujeción de la economía capitalista sino a la sujeción del mismo Estado, no puede mantener el trabajo como punto central de referencia. Ya no puede tratarse de la consolidación del pleno empleo convertido en norma». HABERMAS, *Ensayos...* p. 129.

versidad de Chicago y miembros de otros departamentos de la misma Universidad (como Hayek), con énfasis en la libertad individual como el principal valor (y por ende la libertad económica)²⁴⁶, enseñanza con la que crecieron las nuevas generaciones de economistas. Su rechazo a Keynes implica el rechazo al *welfare state* como peligro para la libertad. Su teoría se nutrió de: a) la erosión del consenso keynesiano, que reina desde 1945 hasta los años 70, b) la ausencia de fórmulas del keynesianismo para dar respuesta a los problemas relacionados con la inflación, lo que permitió, c) la formulación de una nueva teoría económica, el monetarismo. Esta teoría aparece, también, como respuesta de las mismas contradicciones del capital con el crecimiento del Estado.

En palabras de Habermas sobre la crisis del Estado de bienestar: «Desde el principio, el Estado nacional resultó un marco demasiado estrecho para asegurar adecuadamente las políticas económicas keynesianas frente al exterior, contra los imperativos del mercado mundial y la política de inversiones de empresas que operan a escala planetaria. Más evidentes son, sin embargo, los límites del poder de intervención del Estado en el interior. En este caso, a medida que va aplicando sus programas, el Estado social tropieza claramente con la resistencia de los inversores privados».²⁴⁷

Las ideas de la Escuela de Chicago se diferencian de otras escuelas de economía en el sentido de que trascienden su propia esfera económica para saltar a una propuesta política (mientras las otras marcaban un límite entre la política y la economía), teniendo una propuesta sistematizada y «radical» organizada y considerada como una ciencia normativa, basada en el rescate de la idea del «Estado natural» y en una economía que no busca el «deber ser», lo deseable ni lo «justo» sino «lo que es», una economía que debe partir de: a) unas premisas fundamentales, b) un núcleo teórico que incluya una propuesta metodológica, y c) unas conclusiones políticas²⁴⁸.

Pero tal modelo, a pesar de trascender el que hacer, llamemos formal, de los economistas, no reconoce tal paso sino que se presenta, ante todo, como una forma científica (y neutral) de ver el mundo y por tanto las conclusiones de sus trabajos serán frutos científicos que no pueden ser de la agenda del debate político sino del debate de técni-

²⁴⁶ Simon consideraba que para la preservación de la libertad personal es esencial tener un gran sector de la economía privatizado y competitivo. Citado en: VALDÉS, Juan Gabriel: *Pinochet's economists*, Cambridge University Press, 1995, p. 56.

²⁴⁷ HABERMAS, *Ensayos...* p. 121. Sobre el análisis general de la crisis del Estado de bienestar, ver: pp. 113-134.

²⁴⁸ VALDÉS, *Pinochet's...* pp. 62-65.

cos especialistas que, conociendo la economía y aclarando que la sociedad puede ser explicada desde la economía, pueden analizar la sociedad y dar a ella las fórmulas técnicas, científicas y correctas para resolver sus males²⁴⁹.

Con los elementos descritos, además de la ferviente convicción en la ciencia económica y la postura sobre la libertad de Hayek, incluían una toma de decisiones a partir de modelos teóricos en los cuales no se consideraban las externalidades (o se reducían a variables no considerables)²⁵⁰. Las críticas hechas al modelo son respondidas como posturas de «grupos de intereses, formación económica deficiente o simple ignorancia»²⁵¹. Asimismo, en cuanto «ciencia», la Escuela y sus herederos se alejan lingüísticamente de la política y de las «pasiones»²⁵², lógica dentro de la cual las necesidades humanas (como la salud no rentable) difícilmente podrían tener un lugar privilegiado.

Los supuestos económicos para la implantación del modelo neoliberal responden a las siguientes consideraciones: «a) los mercados libres son el mejor medio para asignar eficientemente los recursos productivos, b) una eficiente asignación de recursos requiere de apertura exterior para que el país de que se trata pueda aprovechar sus ventajas comparativas, especialmente si se trata de un “país pequeño”, c) en última instancia, el crecimiento económico beneficia siempre y necesariamente a todos los grupos sociales, d) las empresas privadas son siempre más eficientes que las públicas, e) la libertad económica es la base de la libertad política»²⁵³ (pero los seguidores de Hayek invocan deberes estatales para la protección del capital financiero cuando éste así lo necesita).

Para Habermas, el neoliberalismo (o neoconservadurismo²⁵⁴), se caracteriza por: a) una política económica orientada hacia la oferta, b) una reducción de los costes de legitimación del sistema político con ideas como la «inflación de expectativas» o la «crisis de gobernabili-

²⁴⁹ La crítica a su participación en la dictadura chilena no se resolvió con su cientificismo: «Ellos fundamentan su pretendida inocencia en su asepsia, lo cual resulta paralelo al caso de quien, tras empujar a una persona al vacío desde la altura de un décimo piso, intenta culpabilizar de la muerte de la persona empujada a la ley de la gravedad». ARRIZABALO MONTORO, Xavier: *Milagro o quimera. La economía chilena durante la dictadura*, La Catarata, Madrid, 1995, p. 125 y además: pp. 133-134.

²⁵⁰ VALDÉS, *Pinochet's...* pp. 73-78.

²⁵¹ VALDÉS, *Pinochet's...* p. 131.

²⁵² VALDÉS, *Pinochet's...* pp. 76-77 y 275-276.

²⁵³ ARRIZABALO, *Milagro...* p. 130.

²⁵⁴ La noción de neo-conservadurismo se asocia con la adopción que de políticas económicas neoliberales hacen partidos y/o políticas conservadoras, como es el caso de Thatcher en el Reino Unido y de Reagan en los Estados Unidos.

dad», y c) una cultura política dirigida a: *i*) desacreditar a los intelectuales de la modernidad, *ii*) magnificando una ética convencional (patriotismo, religión burguesa y cultura popular)²⁵⁵. La Escuela de Chicago no representa simplemente una forma de entender la economía sino una forma de ver la vida, las relaciones entre las personas, la idea de libertad y las tareas del Estado, basado en la fe en las fuerzas del mercado²⁵⁶. El Banco Mundial, en las reformas que impone a los diferentes países no sólo incluye reformas en la salud como fue presentado antes sino también impone un modelo de Estado de derecho funcional —y supeditado— al modelo económico neoliberal que incluye reformas a los sistemas judiciales y a gran parte de las instituciones.²⁵⁷

Al liberalismo de Hayek, en el que no debe existir un sistema distributivo dependiente del Estado²⁵⁸, se opone otro liberalismo, el de John Rawls. Ninguno de los dos autores fusionan ni niegan la tensión igualdad-libertad sino que se diferencian en la forma de salvarlas: Hayek opta por la libertad frente al Estado; Rawls, sin renunciar a la libertad ni reivindicar ingenuamente la igualdad, reclama unos «mínimos vitales básicos»²⁵⁹.

A pesar de lo que se dice, las evidencias muestran que los mecanismos keynesianos todavía tienen vigencia (máxime cuando su reemplazo es la renuncia al Estado social). En lo teórico, contra el estado de bienestar (y contra Keynes), sus múltiples oponentes todavía «no son capaces de articular una propuesta sustitutoria convincente para un sector razonablemente mayoritario de la población»²⁶⁰. En lo pragmático, el gobierno de Thatcher, en Inglaterra, a pesar de las privatiza-

²⁵⁵ HABERMAS, *Ensayos*.. p. 126.

²⁵⁶ La definición del mismo Friedman, sobre el punto de partida de sus teorías dice que en la discusión de la política económica, la escuela de Chicago cree en la eficacia del libre mercado como un medio para la organización de recursos y manifiesta su escepticismo sobre la intervención del Estado en los asuntos económicos, entendiendo en términos generales que: 1) el mercado como el marco de libertad y de intercambio individual, 2) el mercado es el paradigma de la libertad o de una organización social no sometida, y 3) el mercado es el objetivo de la acumulación de la economía. Citado en: VALDÉS, *Pinochet's...* pp. 65 y 67.

²⁵⁷ BURGOS, Germán: «De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998» En: *El Otro derecho*, núm. 24 (Bogotá, agosto de 2000), pp. 47-95.

²⁵⁸ Para Hayek la distribución es el intercambio libre de las personas sin distribución central estatal, pues considera que tal distribución lesiona el orden espontáneo, sin embargo sí cree en un distribuidor central mientras éste sea el mercado. Ver: ESPADA, *Derechos sociales...* pp. 58 y 71-77.

²⁵⁹ RAWLS, *Political...*

²⁶⁰ COTARELO, Ramón: *Del estado de bienestar al estado de malestar*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 213.

ciones realizadas, no asumió el desmonte de la sanidad, los sistemas de pensiones ni de educación, en parte por el amplio apoyo social a estos programas²⁶¹. Las experiencias corporativistas socialdemócratas²⁶² en Austria y Suecia dan cuenta de la permanencia de medidas estatales de protección, al estilo keynesano. «En 1981, todos los países capitalistas avanzados (incluidos los Estados Unidos y Japón) dedicaron más de la mitad del gasto público total a fines propios de estado de bienestar»²⁶³. Suecia, por ejemplo, sigue invirtiendo más que la gran mayoría de países en el mundo en salud y educación (esta última gratuita, por ejemplo) y manteniendo un sistema impositivo que a pesar de alto no ha generado la crisis del Estado sino muy al contrario la garantía de los servicios sociales con un aceptable nivel de empleo. En todo caso la historia del Estado social no es sólo un asunto económico basado en el keynesianismo (pues la idea del Estado social, las teorías de Bismarck y la Constitución de Weimar fueron antes de Keynes), es un asunto de desarrollo del Estado mismo. Para García-Pelayo, el Estado social no niega la libertad (en oposición al Estado liberal) sino que precisamente la hace posible al materializar otros bienes jurídicos que hacen aún más posible el disfrute de la libertad²⁶⁴.

Habermas dice que el crecimiento en tareas del Estado social, «ha sido el síntoma de una política acertada de pacificación de conflictos de clase»²⁶⁵ y, por tanto, «el desmantelamiento *decidido* del compromiso del Estado social tiene que dejar tras de sí lagunas funcionales que sólo pueden rellenarse mediante la represión o el desamparo»²⁶⁶. Y eso es exactamente lo que responde el modelo neoliberal a los llamados de justicia social de amplios sectores de la población.

Cuando se plantea renunciar a la injerencia del Estado en la regulación de todas las relaciones entre los seres humanos, estamos de acuerdo en reivindicar una mayor autonomía de las personas frente al control estatal (represión policial y militar, controles excesivos, regímenes impositivos que no se materializan en bienestar social, formas penales injustas, etc.), es decir, rechaza el aparato estatal como expresión de la dominación de grupos de poder monopólicos, pero no se está renun-

²⁶¹ MISHIRA, Ramesh: *El Estado de bienestar en la sociedad capitalista*. Ministerio de Asuntos sociales, Madrid, 1993, p. 47.

²⁶² MISHIRA, «El Estado de bienestar...», pp. 67-73.

²⁶³ NAVARRO, Vicens: «El estado de bienestar y sus efectos distributivos: parte del problema o parte de la solución», en: VV.AA.: *Crisis económica y estado de bienestar*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1989, p. 159.

²⁶⁴ GARCÍA-PELAYO, *Las Transformaciones del...*, pp. 26-30.

²⁶⁵ HABERMAS, *Ensayos...* p. 36.

²⁶⁶ Cursiva del autor. HABERMAS, *Ensayos...* p. 127

ciando a la presencia del Estado para garantizar la salud, la seguridad de sus habitantes, la educación, la administración de justicia, etc. Es decir, no se está renunciando al Estado social sino cuestionando la naturaleza represora del Estado en favor del Estado de derecho. Esta lucha por la no intromisión del Estado en la inviolabilidad de las personas no puede ser bandera del Estado mismo para sustraerse de sus obligaciones. Para Espada «el reconocimiento de la existencia de ciertas situaciones de privación e infortunio que no deberían permitirse es suficiente para los propósitos de una teoría de los derechos sociales»²⁶⁷.

Habermas precisa que «el compromiso del Estado social y la pacificación del antagonismo de clase son el resultado de una intervención de un poder estatal democráticamente legitimado para regular y paliar el proceso de crecimiento natural capitalista. El aspecto *sustancial* del proyecto se alimenta de los restos de la utopía de la sociedad del trabajo: al normalizarse el *status* de los trabajadores mediante la participación cívica y el ejercicio de derechos sociales, la masa de la población consigue la oportunidad de vivir en libertad, justicia social y bienestar creciente. Ello presupone que las intervenciones estatales pueden garantizar la coexistencia pacífica entre el capitalismo y la democracia»²⁶⁸.

Dice Paramio que «una auténtica crisis del Estado de bienestar sólo se ha producido en aquellos países que no lo tenían»²⁶⁹, países que, según Habermas «aún están atrasados en el desarrollo del Estado social (y por tanto) no tienen razón alguna para separarse de este camino. Precisamente la falta de opciones sustitutorias e, incluso, la irreversibilidad de unas estructuras de compromiso por las que fue necesario luchar, son las que hoy nos sitúan ante el dilema de que el capitalismo desarrollado no pueda vivir sin el Estado social y, al mismo tiempo, tampoco pueda hacerlo con él»²⁷⁰.

Según García-Pelayo, el Estado no se «salva» desmantelándolo sino haciéndolo instrumento de garantía de derechos, entre ellos de los llamados derechos sociales y económicos y, basado en Heller, sostiene que «solo el Estado social de derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y por tanto, sólo él puede ser la vía para salvar los valores de la civili-

²⁶⁷ ESPADA, Joao Carlos: *Derechos sociales del ciudadano*, Acento Ed., Madrid, 1996, p. 252.

²⁶⁸ Cursivas del autor. HABERMAS, *Ensayos...* pp. 120-121.

²⁶⁹ Comentario de Ludolfo Paramio a: ALONSO, Luis Enrique: «Ciudadanía, sociedad del trabajo y Estado de Bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación» (pp. 159-198), en: PÉREZ LEDESMA, Manuel (comp.): *Ciudadanía y democracia*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2000, p. 194.

²⁷⁰ HABERMAS, *Ensayos...* p. 124.

zación»²⁷¹ entre ellos, los derechos humanos. Para concluir, «podemos considerar el Estado social como la forma histórica superior de la función distribuidora que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado».²⁷²

Mantengamos la ilusión necesaria en los derechos humanos y resistamos a concederle a Marx la razón, al menos en este punto. ¿Es lo mismo, pues, hablar de Derechos Humanos hoy que hace 200 años? Creemos que no; no sólo por la evolución en su forma (Declaraciones y Pactos Internacionales, incorporación en la gran mayoría de Constituciones en el mundo, creación de tribunales constitucionales para salvaguardar tales derechos, internacionalización jurídica, etc.) sino porque los valores y principios que contienen tienen ya, hoy por hoy, un peso específico en la conciencia de las personas y en lo que llamamos la civilización.

Por tanto, invocar a los derechos humanos en la idea liberal del «dejar hacer», dejando tal idea como único deber del Estado para con sus ciudadanos, es viajar al pasado. El proceso de los derechos humanos suma múltiples vías: la lucha por la jornada laboral de 8 horas, por el sufragio universal, la participación de la mujer, etc. En palabras de Rubio Llorente: «la expresión “derechos fundamentales” que ahora se adopta, no es una denominación nueva para un contenido viejo, sino el nombre de un nuevo modo de concebir los derechos»²⁷³, concepción dentro de la que la igualdad tiene un peso específico: «la noción de igualdad, que es —como dice Kelsen— la forma política de la justicia, de manera que igualdad y justicia son casi dos maneras de designar una misma cosa».²⁷⁴ Según Bobbio, «el concepto e incluso el valor de la igualdad no se distinguen del concepto y del valor de la justicia en la mayor parte de sus acepciones».²⁷⁵

Lo que reclamamos no lo hacemos en contra de la realidad de la inexistencia de recursos económicos, sino desde esa otra realidad no menos cierta: la existencia de enfermos. Un solo ejemplo: según la Unicef, durante 1999 murieron 11 millones de niños por causas evitables y para haberlo evitado habría bastado invertir el 0,2 por ciento de la renta mundial. Tales causas de mortalidad no son enfermedades de trata-

²⁷¹ HELLER, H.: «Rechtsstaat oder Diktatur?» en HELLER, H.: *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, T. II, pp. 443 y ss.; citado en: GARCÍA-PELAYO, *Las Transformaciones del...*, pp. 13-92.

²⁷² GARCÍA-PELAYO, *Las Transformaciones del...*, p. 35.

²⁷³ RUBIO LLORENTE, Francisco: «Los derechos... », p. 2.

²⁷⁴ RUBIO LLORENTE, *La forma del...*, p. 670.

²⁷⁵ BOBBIO, Norberto: *Igualdad y...*, p. 56.

miento posibles pero difícil o costoso (por ejemplo, trasplantes de médula ósea) o en cuyo tratamiento se quiebre el principio de libertad frente al Estado o se patrocine el Estado del ocio, sino causas como la enfermedad diarréica, los trastornos perinatales, las infecciones respiratorias y ciertas enfermedades para las cuales existen vacunas²⁷⁶. Podríamos renunciar incluso a llamar «derecho» a la salud, pero no por eso dejaría de estar ahí, como una necesidad vital básica, demandando su espacio en la agenda política y jurídica de las sociedades.

Por supuesto que su viaje al futuro no ha terminado, su presente no es suficiente para dar todas las respuestas, todavía faltan las adecuadas ante la demanda de una mayor positivación, mecanismos internacionales para sancionar sus violaciones, una mayor concreción de los bienes jurídicos a proteger, y una mejor protección frente a la instrumentalización desde la beatería, desde la militancia y hasta desde las mismas instancias gubernamentales nacionales e internacionales.

Cuando se asiste a una realidad mundial como esta, la invocación del derecho a la salud no es sólo una postura reivindicatoria de ciertos lujos pequeño-burgueses para los hospitales, ni una bandera de la arena política a favor de la sociedad del ocio, ni una invocación instrumental de los derechos humanos por fuera de la libertad, es el reconocimiento de una necesidad humana que puede (y debe) encontrar una respuesta también (aunque no sólo) en lo jurídico. Pero, a pesar del pesimismo reinante en un mundo mejor, mantenemos una esperanza en el humanismo. «El público debe considerarse a sí mismo no sólo como paciente, sino también como actor de cambio. La pasividad y la apatía pueden ser sancionadas con la enfermedad y la muerte».²⁷⁷

²⁷⁶ «Once millones de niños murieron por causas evitables en 1999», *El País*, (Madrid, diciembre 19 de 2000), p. 32.

²⁷⁷ SEN, «la salud en el ...».

ANEXO

La salud en el derecho internacional
de los derechos humanos

8. Anexo

La salud en el derecho internacional de los derechos humanos

Para explicar qué es la salud en los derechos humanos, podemos echar mano de aquella historia en la que un elefante es tocado por varios ciegos y cada uno da su versión de lo que es el elefante según toque el estómago, el moco, un cuerno o una de sus patas. Decir que el elefante es sólo una de sus partes es una verdad a medias. La única manera es sumar esas visiones y ver ese elefante que sería el derecho a la salud o, si se prefiere, la salud como materia de los derechos humanos. Los pactos internacionales de derechos humanos representan no sólo un consenso político o un documento de mera exhortación moral, también incluyen un valor jurídico. Según Rubio:

*«La capacidad de los Tratados para la configuración de los derechos fundamentales es incomparablemente más potente que la de la ley, porque no opera, como la de ésta, sobre el contenido posible de los derechos, sino sobre su contenido necesario; los elementos que el Tratado introduce en el contenido de los derechos no son “facultades adicionales” de las que el legislador pueda prescindir, sino parte del contenido mínimo del derecho que el legislador ha de respetar».*²⁷⁸

Hay que subrayar varios aspectos: a) no existe un pacto especial que se dedique sólo y/o profundamente a la salud como derecho humano, b) la salud es incluida como derecho en varios documentos del derecho internacional de los derechos humanos, c) su inclusión en tales Pactos tiene diferente sentido e intensidad. En todo caso, el Estado debería de actuar mediante políticas (de salud, para nuestro caso) coherentes con

²⁷⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco: «Los derechos fundamentales». *Claves*, núm. 75 (Madrid, sept. 1997), p. 6.

aquello que se ha comprometido en el ámbito internacional. Sin embargo, más que elaborar beneficios hasta el infinito (que no podría garantizar ningún Estado) la discusión ha girado sobre el establecimiento de un mínimo innegociable de condiciones de vida que equivaldría a una red compuesta por un núcleo básico de derechos que en cuanto básicos serían, entonces, innegociables y por tanto fundamentales.

8.1. La salud como parte de otros derechos

Los servicios de seguridad social nacieron para ofrecer unas garantías a la población vulnerable a ciertas contingencias. En el caso de la salud, sus servicios se distanciaron del ámbito de lo religioso y se fortalecieron en la noción de derechos de los trabajadores, ubicando el derecho a la salud como «parte» del derecho al trabajo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 26), incluye en la seguridad social a la salud; de la misma manera lo hace *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 9). En este mismo Pacto aparece la higiene en el trabajo como parte del derecho al trabajo (art. 7).

En el caso de *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, la salud aparece asociada a la seguridad social (art. 11,3) al derecho a la educación y a la información (art. 10) y en el derecho al trabajo en condiciones dignas (art. 11,1,f; art. 11,2,d).

En el caso de los niños, la Convención sobre los derechos del Niño, recuerda que la infancia tiene derecho a cuidados especiales, dentro de los cuales aparecen elementos relacionados con la salud, como la no discriminación por impedimentos físicos (art. 2); la sanidad como requisito en las instituciones de protección (art. 3); el derecho a la vida y a la supervivencia (art. 6). La salud «física y mental» aparece como fin del derecho a la comunicación y a la información (art. 17).

8.2. Como condición asegurable desde la garantía de otros derechos

La salud está ligada a otros derechos y por tanto podría decirse que, en algunas ocasiones, su cumplimiento no depende siquiera de si es o no un derecho, o si es parte o no de otros derechos, sino que bastaría la garantía de otros derechos para garantizarla. Por ejemplo, a la luz de *la Declaración Universal*, los servicios de salud deben, al igual

que otros servicios, cumplir con el mandato que de todas las personas nacen libres en igualdad y derechos (arts. 1 y 2) y por tanto todos tienen derecho a igual protección.

En el caso de las urgencias médicas, el derecho al servicio es la garantía del derecho a la vida. Algunas de las invocaciones al derecho a la salud, pueden realmente referirse a problemas de discriminación a población indígena, sexismo, racismo o prácticas similares. En este sentido, el acceso en equidad, el trato adecuado a los usuarios dependería del respeto a los principios contenidos, entre otros, en la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, y la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.

Uno de los derechos más asociados con el derecho a la salud es el derecho al alimento. Hay un desarrollo propio sobre este derecho y sobre la protección contra el hambre²⁷⁹. La *Declaración Universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición*, parte de entender que la desnutrición es un problema de orden mundial, que afecta principalmente al tercer mundo, y que representa no sólo un problema económico y social sino también una vulneración de los derechos humanos por su lesión a la dignidad y a la vida. Allí se proclama que «todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición» (numeral 1).

8.3. Como condición que limita el ejercicio de otros derechos

En varios tratados internacionales la salud aparece como un límite al ejercicio de los derechos humanos. Así ciertas prácticas sociales, el ejercicio de ciertos derechos o la interpretación de los alcances de éstos están limitados por la garantía de la salud como bien jurídico a proteger.

En el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la salud limita el ejercicio de: circulación (art. 12), manifestación religiosa (art. 18), libertad de expresión (art. 19), derecho de reunión pacífica (art. 21) y derecho de asociación (art. 22). En la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, la salud también aparece como un límite (art. 1,3).

²⁷⁹ Ver, por ejemplo TOMASEVSKI, Katarina: *The right to food. Guide through Applicable International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987; y MARTOS Ignacio: «El derecho al alimento en el ordenamiento internacional», *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 74 (Madrid, primavera 2001), pp. 113-122.

En la *Convención sobre los derechos del Niño*, el derecho del niño a salir de cualquier país tiene restricciones en las medidas necesarias para preservar su salud (art. 10), lo mismo que la libertad de expresión en los niños (art. 13), su libertad religiosa (art. 14) y su libertad de reunión (art. 15).

Sin embargo el uso de la salud como razón para limitar derechos debe obedecer a una lógica que no constituya precisamente una vulneración de principios fundamentales. Como señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

«Los Estados suelen utilizar las cuestiones relacionadas con la salud pública para justificar la limitación del ejercicio de otros derechos fundamentales. El Comité desea hacer hincapié en el hecho de que la cláusula limitativa —artículo 4— (del Pacto) tiene más bien por objeto proteger los derechos de los particulares, y no permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados. Un Estado Parte que, por ejemplo, restringe la circulación de personas —o encarcela a personas— con enfermedades transmisibles como el VIH/SIDA, no permite que los médicos traten a presuntos opositores de un gobierno, o se niega a vacunar a los integrantes de una comunidad contra graves enfermedades infecciosas, alegando motivos tales como la seguridad nacional o el mantenimiento del orden público, tiene la obligación de justificar esas medidas graves. Esas restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos»²⁸⁰.

8.4. Como derecho resultado de la abstención del estado

Con relación a los derechos civiles y políticos, la salud aparece como un deber de abstención estatal, entendiéndose como pérdida de la salud los maltratos, torturas físicas y mentales que puedan hacer agentes del Estado.

Esto se observa, por ejemplo, en la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (art. 2), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en particular sobre el sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (art. 7), la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (art. 1) y la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.

²⁸⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACIÓN GENERAL 14. (General Comments), Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, comentario 28.

8.5. Como derecho en sí

Se observa un reconocimiento en el derecho internacional de la salud como derecho en dos vertientes: a) el deber de los Estados de prevenir la enfermedad, y b) el deber del Estado de dar asistencia una vez es establecida la enfermedad. Dentro de éste segundo apartado, a su vez, las normas pueden ser presentadas en dos nociones: a) el derecho AL servicio (acceso, cobertura, etc.), y b) derecho EN el servicio (intimidad, información, dignidad, etc.)

8.5.1. *Deber del Estado de prevenir la enfermedad y garantizar la salud*

Podemos definir como «condición de salud» las circunstancias de entorno que hacen posible la condición saludable de la persona, siempre y cuando sean circunstancias que puedan ser modificables mediante acciones estatales y por tanto puedan ser posibles, exigibles, reales,²⁸¹ tales como el suministro de agua potable, los programas de educación en salud, la vacunación, etc. El derecho a la salud aparece como tal en el artículo 12 *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*:

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

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

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

²⁸¹ No planteamos aquí el problema del Estado carente de recursos o de normas, sino las condiciones que una sociedad puede modificar sea esta sociedad Dinamarca o Mozambique, porque no se trata de comparar realidades absolutamente «diferentes» sino de comparar sociedades construidas por seres humanos con sociedades construidas por seres humanos, en el sentido más universal de la expresión.

La interpretación de este artículo, esta dada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁸² El Comité precisa, como resumiremos, los alcances del concepto derecho a la salud, los componentes del derecho a la salud, las obligaciones de los Estados y el carácter de las violaciones.

El Comité sostiene que: la salud es «un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos»; que este derecho «está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos». Este derecho depende de las siguientes condiciones: a) Disponibilidad (número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud), b) Accesibilidad, que implica no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información, c) Aceptabilidad, respeto de la ética médica, y d) Calidad, desde el punto de vista científico

Conscientes de las limitaciones reales de recursos que afectan la realización plena del ejercicio del derecho a la salud, se plantean unas Obligaciones Básicas para los Estados Parte en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: «los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud, lo que implica acceso igualitario, alimentación esencial mínima, condiciones sanitarias básicas, agua potable y medicamentos esenciales».

Con relación a las violaciones al Pacto, el Comité distingue entre las violaciones que derivan de la incapacidad del Estado y su renuencia. «Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído». Aún si el problema es de escasez de recursos, «dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas». El Comité organiza y presenta las violaciones al derecho a la salud por parte de los Estados en tres aspectos: respeto del derecho, protección y cumplimiento:

- a) Violaciones de las obligaciones de respetar son: las acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbosidad innecesaria y una mortalidad evitable. Como ejemplos de ello cabe mencionar la

²⁸² Para todas las citas de este apartado, salvo que se especifique lo contrario, ver: COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *El derecho al disfrute...*

denegación de acceso a determinadas personas o grupos, la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia para la salud o el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales.

- b) Las Violaciones de las obligaciones de proteger: cuando un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras».
- c) Violaciones de la obligación de cumplir «se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos».

Menciones del derecho a la salud aparecen en otros pactos. En la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, el derecho a la salud de la mujer se centra en la prevención de la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, del acceso al servicio, e igualmente en la garantía de servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, y asegurando una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12). Y además se presentan consideraciones especiales sobre la salud en el caso de las mujeres ubicadas en las zonas rurales.

El derecho a la salud aparece claramente definido en la *Convención sobre los derechos del Niño* (art. 24). Los Estados reconocen el derecho

del niño «al disfrute del más alto nivel posible de salud» y a los «servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud». Los Estados deben adoptar medidas apropiadas para:

- a) *Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;*
- b) *Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria;*
- c) *Combatir las enfermedades y la malnutrición;*
- d) *Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;*
- e) *Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición;*
- f) *Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.*

3. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.*

8.5.2. *Deber de dar asistencia ante la enfermedad*

Además de lo ya dicho sobre el art. 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, este mismo Pacto reconoce para la familia «la más amplia protección y asistencia posibles», especialmente relevante en los aspectos relacionados con la planificación familiar y con los tratamientos de fertilidad. (art. 10,1), y plantea elementos relacionados con la salud de la mujer y del niño: «Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto» (art. 10,2).

La *Convención Internacional Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, reconoce a toda persona el «derecho a la salud pública (y a) la asistencia médica» (art. 5,d,iv). La *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* declara que «todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible» (art. 14).

La *Convención sobre derechos del Niño* plantea que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u

otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud» (art. 39).

Por último, estarían los derechos EN el servicio, lo que implica un acceso que implique a su vez: a) el uso de técnicas adecuadas, y b) con un tipo de relaciones entre las persona que allí trabajan y las personas que buscan sus servicios acordes con la dignidad humana. Sin que exista un pacto internacional específico, todos los instrumentos, códigos y declaraciones relacionadas con la ética médica estarían contenidas en este apartado.²⁸³ La *Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa*, incluye:

- a) el derecho al servicio,
- b) el derecho a la información plena sobre el estado de salud incluyendo procedimientos, riesgos, beneficios, alternativas terapéuticas, diagnósticos, pronóstico y progreso del tratamiento;
- c) el derecho al consentimiento informado, entendiendo que éste debe ser prerequisite para cualquier tipo de intervención médica y que incluye el derecho del paciente a rechazar un tratamiento,
- d) el derecho a la confidencialidad y a la privacidad, y
- e) el derecho a los cuidados y tratamientos adecuados, sin discriminación alguna.

En el sentido del acceso a los beneficios del desarrollo científico, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* reconoce el derecho de toda persona a «gozar del beneficio del progreso científico y de sus aplicaciones» (art. 15), lo que implica beneficiarse de avances científicos y tecnológicos tales como medicamentos y demás técnicas terapéuticas²⁸⁴.

8.6. Conclusiones

Primero, la salud aparece en el derecho internacional de los derechos humanos como materia de diferentes derechos pero no termina de garantizarse plenamente en ellos. Tiene, en todo caso, un peso es-

²⁸³ Algunos códigos a citar, son: International Code of Medical Ethics (NGO, 1983); Declaration of Geneva (NGO, 1948) que recoge parte del juramento hipocrático; Declaration of Hawaii (NGO, 1977), de la Asociación Mundial de Psiquiatría.

²⁸⁴ Existe también la Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3384, de 10 de noviembre de 1975.

pecífico propio y un reconocimiento jurídico suficiente para poder decir que no es una falacia hablar del derecho a la salud.

Segundo, frente al debate entre el derecho a la salud o el derecho a la protección de la salud, podemos afirmar que la primera expresión es más común en los tratados y como muestra ésta revisión, el derecho a la salud trasciende el derecho al servicio (como mecanismo) o el derecho a la protección (como materia) sino que envuelve una compleja red de acciones estatales que van mucho más allá de los servicios de salud pero que también envuelve a estos. Para Toebe, la expresión «protección de la salud» sería también parcial, pues el deber estatal implica tres ejes: la protección, respeto y cumplimiento de un derecho humano se pueden analizar por separado y para cada uno de los derechos humanos. Hablar sólo de uno de estos ejes —protección— no incluiría a los otros dos —respeto y cumplimiento, y por tanto no explicaría plenamente el derecho en cuestión.

La tercera conclusión es que la inclusión de salud en diferentes pactos hace que se rompa por completo la noción de que la salud es uno de los derechos económicos y sociales (descontando la distinción ya por sí difícil y peligrosa entre éstos últimos y los derechos civiles y políticos).

Una cuarta conclusión es que la salud, así presentada, no es un asunto de los colectivos sino, ante todo, de las personas, es un valor individual para el cual las salidas pueden o no ser colectivas, pero su titular no es la sociedad sino el individuo. Incluso, la dicotomía que manejan algunos autores entre salud colectiva (es decir, servicios para una mayoría de personas) *versus* salud individual, no tiene cavidad en el derecho internacional de los derechos humanos.

Y por último, la salud aparece claramente, tanto por omisión como por acción, como un deber estatal. No se trata de negar que existen condiciones micro del servicio de salud que pueden lesionar valores fundamentales (relación médico-paciente, por ejemplo) sino de subrayar que, como se ve en el día a día de los hospitales, muchas de las vulneraciones cotidianas de valores en el servicio de salud tienen una base en la organización macro del servicio, la cual depende, por acción o por omisión, del Estado.

Pero, hay que ser también un poco pesimistas. Sabemos del poco peso real que a veces tienen estos instrumentos, pero ese debate, que es del orden de la eficacia, no nos sustrae de la existencia concreta del derecho a la salud y de las obligaciones que los Estados asumen cuando han ratificado o se han adherido a los tratados internacionales.

9.

Bibliografía

9.1. Libros y artículos en revistas

- ACOSTA, José Ramón. «¿Es la vida un valor absoluto?» *Avances médicos*, núm. 7 (la Habana, 1996), pp. 59-61.
- AKIN, J.: *Financing Health Services in Developing Countries. An agenda for reform*. World Bank, Washington, D. C., 1987.
- ALFREDSSON, Gudmundur; TOMASEVSKI, Katarina (ed.): *A Thematic guide to Documents on Health and Human Rights*, Martinus Nijhof Publishers, London, 1998.
- ALONSO, Luis Enrique: «Ciudadanía, sociedad del trabajo y Estado de Bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación» (pp. 159-198), en: PÉREZ LEDESMA, Manuel (comp.): *Ciudadanía y democracia*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2000.
- ARRIZABALO MONTORO, Xavier: *Milagro o quimera. La economía chilena durante la dictadura*, La Catarata, Madrid, 1995.
- ASOCIACIÓN MUNDIAL DE PSIQUIATRÍA: *Declaración de Hawaii* (1977).
- BACHELARD, Gastón: *La formation de l'esprit scientifique*. Edición consultada: *La formación del espíritu científico*. Siglo XXI, Madrid, 1974.
- BANCO MUNDIAL: «El financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo. Una agenda para la reforma», *Economía de la Salud. Perspectivas para América Latina*. OPS, Publicación Científica núm. 517, Washington, 1989.
- BANCO MUNDIAL: *Informe sobre el desarrollo mundial. Invertir en salud*. Banco Mundial, Washington, D. C., 1993.
- BARRIOS, Ana: «Indicadores de medición, aspectos metodológicos y estrategias de exigibilidad del derecho a la salud». En: PLATAFORMA COLOMBIANA, DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y DESARROLLO: Documentos de trabajo del Seminario Internacional «Indicadores de exigibilidad y vigilancia social de los derechos económicos, sociales y culturales». Bogotá, mayo de 1999.
- BETTELHEIM, Bruno: «La responsabilidad de los doctores nazis» en: *Lecturas Dominicales, El Tiempo*, Bogotá, 9 de noviembre de 1986.

- BOBBIO, Norberto: *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Gedisa, Barcelona, 1992.
- BOBBIO, Norberto: *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- BOBBIO, Norberto: *Stato, governo, società. Per una teoria generale della Politica*. Giulio Einaudi editore, Turín, 1985. Edición consultada: Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política. Fondo de Cultura Económica, México, 1989. Traducción de José F. Fernández Santillán.
- BOLE III, Thomas J.; BONDESON, William B.(ed.): *Rights to health care*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991.
- BOLIVAR, Ligia: *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*. Provea, Caracas, 1996.
- BRODY, Baruch: «Why the Right to Health Care is not a useful concept for policy debates, en: BOLE III, Thomas J.; BONDESON, William B.(ed.): *Rights to health care*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 113-131.
- BRODY, Eugene: *Biomedical technology and Human Rights*, Dartmouth, Hants, 1993.
- BUCHANAN, Allen: «Rights, Obligations, and the special importance of Health Care», en: BOLE III, Thomas J.; BONDESON, William B.(ed.): *Rights to health care*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 169-184.
- BURGOS, Germán: «De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998» En: *El Otro derecho*, núm. 24 (Bogotá, agosto de 2000), pp. 47-95.
- CARDONA, Alvaro y otros: *Impacto de la reforma de la Seguridad Social sobre la Organización Institucional y La Prestación de los Servicios de Salud en Colombia*, Universidad de Antioquia, Medellín, 1999.
- CASTAÑO YEPES, Ramón Abel: «Aspectos económicos de la acción de tutela en salud», *Salud* núm. 6, (Bogotá, dic. 1999).
- CHAPMAN, Andrey: (Ed.): *Health Care Reform. A Human Rights Approach*. Georgetown University Press, Washington, D.C., 1994.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments), Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.
- Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (ONU, 1984).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* (ONU, 1969).
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* (ONU, 1969).
- Convención Internacional Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (ONU, 1965).
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (ONU, 1948).
- Convención sobre Derechos del Niño* (ONU, 1989).
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (ONU, 1979).
- COOPER, David; y otros. «Encierro Psiquiatría, prisión». En: FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder*. Alianza Ed. Madrid: 1981.

- CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia): Sentencia T-373, julio 22 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia): Sentencia: C-221, mayo 5 de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- COTARELO, Ramón: *Del estado de bienestar al estado de malestar*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- COTARELO, Ramón: *En torno a la teoría de la democracia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Counselling in HIV Infection and Disease* (WHO, 1988).
- DANTAS, Flavia: «Estratégias metodológicas e eficácia terapêutica da homeopatia: un estudo meta-analítico em quatro revistas homeopáticas durante três anos». Material académico de la Universidade Federal de Sao Pablo, Escola Paulista de Medicina. Sao Pablo, Brasil. Disponible en: <http://climed.epm.br/eletivas/aula02/estrategia.pdf>.
- DE CURREA-LUGO, Victor: «La crisis de las organizaciones humanitarias en Palestina» *Tiempo de Paz*, núm. 66 (Madrid, otoño de 2002) pp. 102-113.
- DE CURREA-LUGO, Victor: *Derecho Internacional Humanitario y sector salud: el caso colombiano*. Plaza y Janés, y Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá, 1999.
- DE CURREA-LUGO, Victor: *El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones*, ILSA, Bogotá, 2003.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (ONU, 1981).
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (ONU, 1992).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos* (ONU, 1948).
- Declaración y Programa de Acción de Viena*, (ONU, 1993).
- Declaration of Geneva* (NGO, 1948).
- Declaration of the Paris AIDS Summit* (WHO, 1994).
- Declaration on the Promotion of Patient's Rights in Europe* (WHO, 1994).
- DIÁZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Primera edición: 1966, Novena edición: Taurus, Madrid, 1998.
- DONNELLY, Jack: *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Cornell University Press, Ithaca / London, 1989.
- DOUGHERTY, Charles: *American Health Care. Realities, rights and reforms*. Oxford University Press, New York, 1988.
- DOYAL, Len; GOUGH, Ian: *Teoría de las necesidades humanas*. Icaria, Barcelona, 1994.
- EIBL-EIBESFELDT, Irenäus: *Die Biologie des Menschlichen Verhaltens*. Edición consultada: *Biología del Comportamiento Humano*. Alianza, Madrid, 1993.
- ESPADÁ, Joao Carlos: *Derechos sociales del ciudadano*, Acento, Madrid, 1996.
- ETXEBERRIA, Xavier: «Justicia distributiva internacional», en: ETXEBERRIA, Xavier, MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio; TEITELBAUM, Alejandro: *Ética y derechos humanos en la cooperación internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 13-31.
- ETXEBERRIA, Xavier: «Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad», en: *Los derechos humanos. Camino hacia la paz*. Centro Pignatelli, Zaragoza, 1997, pp. 87-105.

- FOUCALT, *Naissance de la clinique*. Presses Universitaires de France, Paris, 1963.
Edición consultada: *El nacimiento de la clínica*, Madrid, Siglo XXI, 1986.
Traducción de Francisca Perujo.
- GALTUNG, Johan: *Human Rights. In another key*. Polity Press, Cambridge, 1994.
- GARAY, Luis Jorge: *Globalización y crisis, Tercer Mundo*, Bogotá, 1999.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1984.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1995.
- GAYNOR, M; ANDERSON, G. F; «Ucertain Demand, the Structure of the Hospital Cost, and the Cost of Empty Hospital Beds» *Journal of Health Economic*, 14 1995, pp. 219-317.
- GIBERTI, Eva. Mujer, enfermedad y violencia en medicina. En: *En otras palabras, núm. 1*. (Bogotá, 1996), pp. 9-26.
- GOMEZ, Olga Lucía; CARRASQUILLA, Gabriel: «Factores asociados a cesárea no justificada en cuatro hospitales de Cali, Colombia» *Vía Salud, núm. 12* (Bogotá, 2000), pp. 24-29.
- GONZALEZ-TORRE, Angel Pelayo: *La intervención jurídica de la Actividad Médica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- HABBARD, Anne-Christine; GUIRAUD, Marie: «La Organización Mundial de Comercio y los derechos humanos», en: VV.AA.: *Entre el libre comercio y el comercio justo*, Coordinadora de ONG para el Desarrollo, Madrid, 2000, pp. 123-138.
- HABERMAS, Jürgen: *Ensayos Políticos*, Ed. Península, Barcelona, 1988. Traducción de Ramón García Cotarelo.
- HANSON, Kara: *La medición del estado de la salud*. Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2000.
- HAYEK, Friedrich: *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1959.
Edición consultada: *Los fundamentos de la libertad*. Unión, Madrid, 1975.
- HERNANDEZ, Mario. «Bioética: un nuevo espacio transdisciplinario». En: *Memoorias del Primer Seminario sobre ética de la vida y la salud*. Ministerio de Salud de Colombia, Bogotá, 1992. pp. 17-33.
- HERRANZ, Emilia: «Sida: millones de muerte evitables», *El País*, Madrid, julio 13 de 2004.
- HIV transmission and Breast-feeding* (WHO; 1992).
- HSIAO, William: «Qué pueden aprender todos los países de la experiencia de los países desarrollados en la financiación de la atención sanitaria», en: *Anthropos*, núm. 118-119 (Barcelona, mar-abr. 1991), pp. 99-111.
- HUERTAS, Rafael: *Neoliberalismo y políticas de salud*, El Viejo Topo, Madrid, 1998.
- IMMERGUT, Ellen M: «Medical Markets and Professional Power: The Economic and Political Logic of Government Health Programs», *Estudio / Working Papers 1991/24*. Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid, 1991.
- IMMERGUT, Ellen: «Sanidad: la política de la elección colectiva», en: *Estudios. Working Paper 1990/5*. Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, June 2000.

- INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS, IRELA: «Las reformas estructurales en América Latina: una agenda inacabada» en: *Dossier núm. 62*, Madrid, 1997.
- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD: *La mortalidad en Colombia, 1953-1991*, Bogotá, 1993.
- INTERMON-OXFAM: «Dossier Informativo sobre la demanda de las empresas farmacéuticas al gobierno sudafricano» (Madrid, abril 2001).
International Code of Medical Ethics (NGO, 1983).
- INTERNATIONAL FEDERATION OF THE RED CROSS: *World Disaster Report 2000*, Geneva, 2000.
- KABUNDA BADI, Mbuyi: «Los derechos humanos vistos desde Africa», en: *Los derechos humanos. Camino hacia la paz*. Centro Pignatelli, Zaragoza, 1997, pp. 109-140.
- KLEIJNEN, J., KNIPSCHILD, P., TER RIET, G.: «Clinical trials of homoeopathy». *British Medical Journal* (1991) 302: 316-323.
- LAIN, ENTRALGO, Pedro: *Historia de la medicina*, Masson, Barcelona, 1978, p. 123.
- LALONDE, M.: *a New Perspective on the Health of Canadians Office of the Canadian Minister of National Health and Welfare*, 1974.
- LATORRE, Angel: *Introducción al derecho*. Ariel, Barcelona, 2000.
- LEARLY, Virginia: «The Right to Health in International Human Rights Law», en: *Health and Human Rights*, núm. 1 (Boston, 1994), pp. 24-56.
- LEWONTIN, R.C.; ROSE, S.; KAMIN, L. J.: *Not in Our Genes. Biology, ideology and human nature*. (1984). Edición consultada: *No está en los genes. Crítica del racismo biológico*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996.
- LKKEN, P., STRAUMSHEIM, P.A., TVEITEN, D., SKJELBRED, P., BORCHGREVINK, C.F.: «Effect of homoeopathy on pain and other events after acute trauma: placebo controlled trial with bilateral oral surgery», *British Medical Journal* (1995) 310: 1439-42.
- LOCKE, John: *The second Treatise of Civil Government. An essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government* (1690). Edición consultada: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 1990. Traducción de Carlos Mellizo.
- LUHMANN, Niklas: *Politische theorie im Wohlfahrtsstaat*. Edición consultada: *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Alianza Universidad, Madrid, 1997. Traducción e introducción de Fernando Vallespín.
- MAINGON, Thais: «La relación salud, nutrición y ambiente en el marco de las políticas de ajuste estructural. 1989-1994», *Cuadernos del CENDES*, núm. 28 (Caracas, enero-abril de 1995), pp. 29-61.
- MARTI TUSQUETS, José Luis: *El descubrimiento científico de la salud*. Anthropos, Barcelona, 1999.
- MARTINEZ, Eduardo; GARCIA, Francisco: *Tratado del derecho a la protección de la salud*. Comunidad de Madrid, Madrid, 2000.
- MARTOS Ignacio: «El derecho al alimento en el ordenamiento internacional», *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 74 (Madrid, primavera 2001), pp. 113-122.
- MARX, Karl: «La Cuestión judía», 1844.

- MARX, Karl: *Manuscritos. Economía y filosofía*. Alianza, Primera Edición: 1968. Quinta Edición, Madrid, 1974. Introducción y traducción de Francisco Rubio Llorente.
- MATESANZ, Rafael: «Igualdades y desigualdades en salud», *El País*, Madrid, febrero 6 de 2001.
- MESA-LAGO, Carmelo: «Diversas estrategias frente a la crisis de la seguridad social: enfoques socialista, de mercado y mixto», en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social y la atención a la salud*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 368-427.
- MINISTERIO DE SALUD (Colombia): *La carga de la enfermedad en Colombia*. Bogotá. 1994.
- MINISTERIO DE SALUD (Colombia): *Mortalidad y Años de Vida Ajustados por Discapacidad como medidas de la Carga de Enfermedad 1985-1995*, Bogotá, 1999.
- MINISTERIO DE SALUD / DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (Colombia): *La Salud en Colombia. Análisis socio-histórico*. Dirección Francisco José Yepes, Bogotá, 1990.
- MISHIRA, Ramesh: «El Estado de bienestar después de la crisis: los años ochenta y más allá» en: MUÑOZ DEL BUSTILLO, Rafael: *Crisis y futuro del estado de bienestar*. Madrid, Alianza, 1989, pp. 55-79.
- MISHIRA, Ramesh: *El Estado de bienestar en la sociedad capitalista*. Ministerio de Asuntos sociales, Madrid, 1993.
- MITTAL, Anuradha «La exportación del hambre», *Semana*, Bogotá, marzo 2002.
- MONTESQUIEU: *De L'esprit des lois* (1748, Geneve). Edición consultada: *Del espíritu de las leyes*. Madrid, Sarpe, 1984, dos tomos. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.
- MORO, Tomas (Basilea, 1518): *De Optimo Reip. Statu, deque noua insula utopia...* Edición Consultada: *Utopía*, Alianza, Madrid, 1984. Traducción de Pedro Rodríguez Santidrián.
- MOTCHANE, Jean-Loup: «La OMS, asociada con las multinacionales farmacéuticas», *Le Monde Diplomatique*, Edición en español, julio de 2002.
- MUÑOZ DEL BUSTILLO, Rafael: *Crisis y futuro del estado de bienestar*. Alianza, Madrid, 1989.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios*, Alianza, Madrid, 1995.
- MUSGROVE, Philip: «El efecto de la seguridad social y la atención en salud en la distribución del ingreso» en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social y la atención a la salud*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 224-254.
- NAVARRO, Vicens: «El estado de bienestar y sus efectos distributivos: parte del problema o parte de la solución», en: VV.AA.: *Crisis económica y estado de bienestar*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1989.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: «Constitución de la Organización Mundial de la Salud», en: *Documentos Básicos*, Documento oficial núm. 240, Washington, 1991.

- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*. Washington, 1989.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ONU, 1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ONU, 1996).
- PALOU, Andreu; SERRA, Francisco: «Riesgos para la salud humana derivados de la enfermedad de las vacas locas», *El País*, Madrid, enero 27 de 2001.
- PÉCOUL, Bernard y otros: «Acceso a medicamentos esenciales en países pobres: ¿una batalla perdida?», en: *The Journal of the American Medical Association*, (January 27, 1999), Vol. 281, pp. 361-367. Versión en español tomada de: www.msf.es/3_1_4.asp, marzo 23 de 2001.
- PREBISCH, Raúl: «Centro y periferia en el origen y la maduración de la crisis», en: MENDEZ, Sofía: *La crisis internacional y la América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 19-34.
- Proclamación de Teherán*, (ONU, 1968).
- RAWLS, John: «Derecho de gentes», en: VV.AA.: *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85. Traducción de Hernando Valencia Villa.
- RAWLS, John: *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993. Edición consultada: *El liberalismo político*. Crítica, Barcelona, 1996. Traducción de Antoni Domènech.
- REQUENA-BIQUET, Mariano: *Análisis preliminar sobre la política social en Chile, 1979*. (Background paper for the Workshop: «Six Years of the Military Rule in Chile», Smithsonian Institution, Washington DC, May 15-17, 1980).
- RIVIERE, Philippe: «Contraproyecto de Romainville», *Le Monde Diplomatique*, Edición en español, marzo de 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. (Chambéry, 1754). Edición consultada: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. *El contrato social*, Orbis, Barcelona, 1984. Traducción de: José López y López.
- RUBIO LARA, Maria Josefa: *La formación del estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho constitucional», en: VV.AA.: *El núcleo duro de los derechos humanos*, J.M. Bosh, Navarra, 2001, pp. 67-91.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «Los derechos fundamentales». *Claves*, núm. 75 (Madrid, sept. 1997), pp. 2-11.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: «Los límites de la justicia penal», *El País*, Madrid, 25 de septiembre de 2002.
- RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: «Los derechos humanos como derechos morales», en: *Anuario de derechos humanos*, núm. 6, (Madrid, 1990), pp. 149-160.
- SALLERAS SANMARTIN, L: «La salud y sus determinantes» *Anthropos*, núm. 118-119 (Barcelona, mar-abr. 1991), pp. 32-39.
- SANCHEZ BAYLE, Marciano: *Hacia el Estado de malestar. Neoliberalismo y política sanitaria en España*. Libros de La Catarata, Madrid, 1998.

- SAVATER, Fernando: «La Universalidad y sus enemigos», *Claves*, núm. 49 (Madrid, ene-feb. 1995), pp. 10-19.
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte* (ONU, 1989).
- SEN, Amartya: «la salud en el desarrollo». Discurso inaugural pronunciado ante al Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, 18 de mayo de 1999.
- SEN, Amartya: *Development as a Freedom*. Edición consultada: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Madrid, 2000. Traducción de Esther Robasco y Luis Toharia.
- SEN, Amartya: *On ethics and economics*. Oxford (1987). Edición consultada: *Sobre ética y economía*, Alianza, Madrid, 1989. Versión de Angeles Conde.
- SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La privatización de la salud en Colombia*. SINDESS, Bogotá, 1996.
- SÖDERBERG, Hjalmar (1905): *Doktor Glas*. Madrid, Cátedra, 1992.
- SOJO, Ana: «Posibilidades y límites de la reforma de la gestión de la salud en Chile», en: *Revista de la Cepal 59*, Santiago de Chile, 1996.
- SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean: *Intellectual impostures* (1998). Edición consultada: *Imposturas intelectuales*. Paidós, Barcelona, 2000. Traducción de: Joan Carles Guix Vilaplana.
- Statement on HIV epidemiology and prostitution* (WHO; 1989).
- STIGLITZ, Joseph: *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002. Traducción de Carlos Rodriguez Braun.
- TAMBURI, Giovanni: «La seguridad social en la América Latina: tendencias y perspectivas», en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social y la atención a la salud*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 76-107.
- TOEBES, Brigit: «The Right to Health» en: EIDE, Asbjorn et al (ed.): *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001, pp. 169-190.
- TOEBES, Brigit: *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia-Hart, Antwerpen, 1999.
- TOMASEVSKI, Katarina: *The right to food. Guide through Applicable International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.
- TURK, Danilo: *El nuevo orden económico internacional y la promoción de los derechos humanos*. Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombia. Bogotá, 1993.
- UGALDE, Antonio: «La integración de programas de salud en un sistema nacional de salud», en: MESA-LAGO, Carmelo (comp.): *La crisis de la seguridad social y la atención a la salud*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 136-176.
- UPRIMNY, Rodrigo: «Violencia, orden democrático y derechos humanos en América Latina. Viejos y nuevos retos para los noventa». En: VV. AA: *Derechos Humanos, democracia y desarrollo en América Latina*. Novib, Bogotá, 1993.
- VALDECANTOS, Antonio: *Contra el relativismo*, Visor, Madrid, 1999.
- VALDES, Juan Gabriel: *Pinochet's economists*, Cambridge University Press, 1995.
- VOLTAIRE: *Cartas Filosóficas y otros escritos*, Sarpe, Madrid, 1983.

- VV.AA.: *Hacia una reconceptualización de los derechos humanos. Documentos núm. 10* (Bogotá, 1994).
- VV.AA.: *Entre el libre comercio y el comercio justo*, Coordinadora de ONG para el Desarrollo, Madrid, 2000.
- VV.AA.: *Handbook for Legislator on HIV / AIDS, Law and Human Rights*, Joint United Nations Programme on HIV / SIDA, UNAIDS, 1999.
- VV.AA.: «Reforma a la seguridad social en salud en Colombia y efectos sobre la equidad en el acceso y la utilización de servicios de salud», *Salud*, núm. 8 (Bogotá, 2001), pp. 8-34.
- WEBER, Max: *Wissenschaft als Beruf* (1919). *Politik als Beruf* (1919). Edición consultada: *La ciencia como profesión. La política como profesión*. Espasa Calpe. Traducción de Joaquín Abellán, Madrid, 1992.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION: *Health aspects of Human Rights. With special reference to Developments in Biology and Medicine*. Geneva, 1976.

9.2. Artículos de prensa

- «China encierra a cientos de adeptos de Falun Gong en hospitales psiquiátricos», *El País*, Madrid, febrero 20, 2001.
- «Cuando el sexo marca las diferencias», *El País*, Madrid, 20 de febrero de 2001.
- «Demasiada dosis contra el colesterol», *El País*, Madrid, agosto 12 de 2001.
- «La globalización daña la salud», *UN Periódico*, núm. 7, Bogotá, febrero 13 de 2000.
- «Nueva multa de Bruselas a firmas farmacéuticas por pactar precios», *El País*, Madrid, diciembre 6 de 2001.
- «Once millones de niños murieron por causas evitables en 1999», *El País*, Madrid, diciembre 19 de 2000.
- «Recetas ruinosas», *El País*, Madrid, 14 de octubre de 2002.
- «Sólo el 10% de los estudios es válido para el médico» *El País*, Madrid, 1 de octubre de 2002.
- «Un estudio de Philip Morris dice que la muerte por tabaco ahorra gasto sanitario» *El País*, Madrid, julio 17 de 2001.
- «Un país que se muere de sida», *El País*, Madrid, 17 de junio de 2001.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 32

Si la salud es un asunto económico o político, ¿por qué preguntarle al derecho lo que se le debería preguntar a la ciencia política o a la economía? Porque sobre salud hay normas en todas las partes del mundo y porque el marco de hoy día es todavía el Estado social de derecho. El derecho a la salud es el derecho a contar con decisiones, medios y recursos disponibles, accesibles, aceptables y de calidad que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible.

Los elementos para hablar del derecho a la salud están aquí organizados en tres bloques: el contexto jurídico, la definición del bien jurídico que se busca proteger y la materialización del derecho. Una vez aportado este marco teórico, se analizan las reformas en salud que avanzan prácticamente en todo el mundo; al confrontar los postulados del derecho a la salud con las reformas en curso se encuentra un choque de argumentaciones. Por último, a manera de anexo, se presenta el puesto de la salud en el derecho internacional de los derechos humanos.

La falta de precisión lleva a la falta de convicción, lo que produce temores en el momento de decir que la salud no es caridad sino un derecho, miedos que permiten que otros fijen la agenda del debate sobre la salud. Los elementos teóricos presentados permiten analizar las reformas en curso, precisar las exigencias de los usuarios y fijar líneas de acción para los defensores del Estado social de derecho.

Víctor de Currea-Lugo, MD, PhD. Médico, Especialista en Derechos Humanos, Especialista en Gerencia de Servicios de Salud y Máster en Estudios de América Latina. Este libro es el desarrollo de la tesis con la que recibió el título de Doctor por la Universidad Complutense de Madrid, bajo la dirección de Francisco Rubio Llorente.

De Currea-Lugo ha participado en organizaciones humanitarias y de derechos humanos en Colombia, España, Palestina y Suecia, tales como el Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR; y ha sido profesor invitado en varias universidades españolas y colombianas, como el Instituto de derechos humanos de la Universidad de Deusto.

Es autor (entre otros) de: «Derecho Internacional Humanitario y sector salud: el caso colombiano» (Plaza y Janés, y CICR, Bogotá, 1999), y «El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones (ILSA, Bogotá, 2003). Coautor (con Francisco Rey Marcos) de «El debate humanitario» (Icaria y MSF, Barcelona, 2002).



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAILA

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



**Universidad de
Deusto**

• • • • • • • •