

Marco conceptual

1

REQUISITOS PARA DEFINIR SALUD COMO DERECHO HUMANO

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 y por tanto cualquier reivindicación de la salud en este sentido¹. Estos obstáculos nacen más de actos de fe que de hechos probados, actos que de tanto repetirse han terminado por ser aceptados sin mayores problemas, semejando la frase de Goebbels: "no importa que sea verdadero o falso, lo que vale es repetirlo muchas veces".

La salud puede verse como asunto filosófico, como hecho cultural, como elemento del debate político, como castigo divino² o como asunto de regulación económica. Para nuestro caso, la salud es entendida como materia del derecho. Es decir, aquí deliberadamente renunciamos al 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.

¹ Como se detallará más adelante, en el caso colombiano es claro que los diferentes procesos de consolidación de una oferta de servicios de salud dependieron a lo largo del siglo veinte de manera central del concepto de salud, al punto que los estudiosos dividen los períodos de la salud en Colombia de acuerdo con la noción predominante. Véase Minsalud, DNP [1990a].

² "Si no escuchas la voz del señor [...] que el señor te hiera de tisis, calenturas y delirios" [Deuteronomio, capítulo 28, versículos 21-28]. O el dolor como castigo por el pecado original: "parirás con dolor" [Génesis, capítulo 3, versículo 16].

Pero aun aceptando el derecho como punto de partida, no dejan de existir debates, que son precisamente los que intentamos presentar. Si usamos la libertad como ejemplo podemos decir que libertad es todo, pero en el ámbito de los derechos humanos aceptamos como válido cierto tipo de libertades³ que son, además exigibles al Estado; esto no significa renunciar a la discusión filosófica de la libertad sino precisarla como bien jurídico. Pensar en clave normativa implica renunciar a pensar con el deseo.

Es curioso ver que la mayoría de publicaciones (libros o artículos de revistas y periódicos) referidas a los límites o el espectro de exigibilidad del derecho a la salud se centran en tres universos más o menos recurrentes del orden de la actual ética médica: aborto, eutanasia y genética⁴, 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"⁵. Mientras unos centran el debate en la ética, nosotros intentamos centrarlo en el derecho.

No decimos que no sean importantes los extremos de la vida o el debate ético, pero los derechos humanos en cuanto reguladores de las relaciones Estado-persona deberían trascender los postulados éticos, pues aspectos como el acceso a los servicios, la cobertura, la discriminación, etcétera, no serían desde la ética, del todo, materia de discusión.

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 torturada, 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 salud⁶.

³ Libertad de expresión, de circulación, de pensamiento, de conciencia, de religión de reunión, de manifestación pacífica, de asociación, etcétera.

⁴ Por ejemplo, una publicación de World Health Organization 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". Véase OMS [1976].

⁵ Acosta [1996, 59-61].

⁶ Comité de DESC [2000, comentario 8].

Tampoco es válido ni justo ceder a la tentación de universalizar respuestas a partir de casos aislados, particulares y/o complejos. La salud y la enfermedad ofrecen un gran abanico de debates que pueden nutrir posiciones opuestas; sólo limpiando los sesgos y llamando las cosas por su nombre es posible avanzar. Y este obstáculo es uno de los que más ha afectado la discusión de las reformas en salud, por cuanto una injusticia normativa, un error médico o una acción ilegal parecen razones suficientes para desconocer los aciertos de uno u otro. 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: uno relacionado con el contexto jurídico; el segundo llama la atención sobre la definición del bien jurídico que se busca proteger y el tercero, 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 conducen a otras agendas en el debate.

Requisitos de contextualización

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, de carácter ético y también jurídico, de los derechos humanos, con las implicaciones que eso conlleva: 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 para las personas, incluso prescindiendo de dogma alguno, religioso o no, como punto de partida⁷.

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 morales⁸, que no dejan de ser más que una exhortación, por lo mismo,

⁷ Rawls [1998, 47-85].

⁸ Sobre una argumentación en esta vía véase Ruiz [1990, 149-160]. Para una aproximación a la salud como derecho moral véase Buchanan [1991, 169-184].

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 alguno⁹.

Según Bobbio, el debate no debe girar alrededor de su fundamentación sino más exactamente de su promoción, control y garantía, sobre la base de aceptar su fundamentación.

De acuerdo con Rawls, el contrato social que hacen los miembros de una comunidad, miembros libres, iguales y racionales; y por tanto responsables¹⁰, determina las normas que regirían a esa comunidad. 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 política¹¹. 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"¹².

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"¹³. 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 modernos¹⁴. En palabras de García-Pelayo, para nosotros "en todo caso, el

⁹ Bobbio [1992, 121].

¹⁰ Rawls [1996].

¹¹ OPS y OMS [1989].

¹² Rubio Ll. [1993, 81].

¹³ Bobbio [1989, 89].

¹⁴ Bobbio [1989, 92 y 128].

Estado se manifiesta como una unidad de poder¹⁵, pero tal poder no puede radicar sólo en el ejercicio de la fuerza¹⁶, ni siquiera en la decisión de la mayoría, sino que requiere de unos principios que consideremos, además de válidos, necesarios para que la voluntad de la mayoría sea, en palabras de Rousseau, voluntad general¹⁷.

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 en calidad de Estados Partes de los instrumentos internacionales: recordemos que los derechos humanos son parte del derecho internacional reconocido por la comunidad internacional, válidos para la conciencia colectiva de nuestro tiempo y basados en el principio *pacta sunt servanda* (los pactos son para cumplirlos)¹⁸. El Estado, por vía de los tratados en el ámbito internacional y 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 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 humanos¹⁹.

Es obvio que, por ejemplo, para el caso de la vida, ningún Estado la garantiza por completo, pero no por eso podríamos decir que el derecho a la vida sea tan sólo una

¹⁵ García-Pelayo [1984, 19].

¹⁶ 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 1989, 118].

¹⁷ "Lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos como el interés común que les une" [Rousseau 1984, 178].

¹⁸ ONU 1969, numeral 26.

¹⁹ Véase Uprimny [1993, 148].

pretensión moral. Es ante condiciones concretas que el Estado puede y debe controlar que se alega el derecho a la vida. En el mismo sentido, como se expone 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 fueran responsabilidad de todos por igual, nadie tendría el deber preferente de responder por ellos, gracias a esta dilución del deber entre el todo.

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 derechos civiles y políticos, y de derechos sociales, económicos y culturales); de la noción de que hay "generaciones de derechos" y de que unos producen omisiones del Estado (acciones "negativas") y otros acciones llamadas positivas.

En las declaraciones de Teherán y de Viena no existe la noción de generaciones de derechos, pues los dos pactos de 1966 son complementarios e interdependientes. Puede entonces aceptarse 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 dignidad humana²⁰. Solo pocas personas todavía pretenden fijar límites entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, económicos y culturales, por otro. Límite no sólo de difícil definición sino inútil y hasta peligrosa a la hora de precisar exigibilidades jurídicas, especialmente porque niega la noción de integralidad de los derechos humanos.

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"²¹, criterio al que se podría anexar 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 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"²²; concepción dentro de la que la igualdad tiene un peso específico: "la noción de igualdad, que es —como dice

²⁰ ONU [1968, numeral 13] y 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" [ONU 1993, numeral 5].

²¹ Rubio [2001, 69].

²² Véase Rubio [1997, 2].

Kelsen— la forma política de la justicia, de manera que igualdad y justicia son casi dos maneras de designar una misma cosa²³.

La salud sería o no un derecho humano, pero si lo afirmamos, la salud es 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 ella existe como derecho, supera el marco 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 particular²⁴.

El puesto de la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es indiscutible²⁵. Aparece como parte de otros derechos, como el trabajo y la seguridad social²⁶; está incluida de manera explícita en normas internacionales contra la discriminación racial y de la mujer²⁷; aparece como límite al ejercicio de otros derechos²⁸; es el resultado no sólo de la acción de Estado sino de su abstención (por ejemplo en el caso de tortura y de lo relacionado con la integridad física de las personas)²⁹; y finalmente, también aparece como derecho en sí³⁰. En la práctica, el derecho a la salud depende también de la concreción de otros derechos, como los derechos laborales de los trabajadores de clínicas y hospitales.

La postura de que los derechos humanos son una lista abierta encuentra, sobre todo hoy, contradictores en discípulos del profesor de la Universidad de Chicago, Friedrich Hayek, especialmente en las reformas en salud y su relación con la libertad. Para lo que nos ocupa, esta postura se sustenta 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 la que prima el derecho de pro-

²³ Rubio [1993, 670].

²⁴ De Currea-Lugo [2003].

²⁵ Véanse Alfredsson y Tomasevsky [1998]; Learly [1994, 24-56]; Toebes [1999 y 2001, 169-190].

²⁶ En ONU [1948a] se contempla en el derecho a la seguridad social; así mismo en varios convenios internacionales de la OIT.

²⁷ Véanse ONU [1965 y 1979].

²⁸ En ONU [1966a] se muestra la salud como una condición que limita el ejercicio de ciertos derechos, en su orden: circulación [artículo 12], manifestación religiosa [artículo 18], libertad de expresión [artículo 19], derecho de reunión pacífica [artículo 21] y derecho de asociación [artículo 22]. Además, aparece como límite en ONU [1981] y en ONU [1989a].

²⁹ Véanse ONU [1948, 1966a, 1966b, 1984, 1989a, 1989b, 1992].

³⁰ Véanse ONU [1965; 1966b, artículos 10 y 12; 1984, artículo 14; 1989a artículo 39].

piedad, c) un rechazo al Estado social, d) una fe en el mercado y e) una consideración de la salud como parte de la cadena productiva³¹.

En la medida en que la persona es libre, los resultados solo se derivaran 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 reguladores de la defensa de la libertad de la persona frente al Estado sólo tienen sentido en cuanto contribuyen a la libertad y ésta se pondría en entredicho si se acepta la acción de un Estado interventor que regule a favor de cualquier igualdad³². Por supuesto, nosotros adoptamos la argumentación citada de Rubio Llorente.

Resuelto el problema de la integralidad, nos queda aceptar la universalidad de los derechos humanos, lo que nos obliga a aceptar que la salud, en cuanto derecho humano, tiene una naturaleza universal.

La relación salud - libertad - necesidad

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"³³. 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 humana³⁴, 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, como otras necesidades, existen en la persona, pero que para su realización requieren acciones colectivas. Hay necesidades materiales y no materiales, como la libertad, sin que exista una frontera claramente definida. En conjunto, las necesidades son: de sobrevivencia, de bienestar,

³¹ Hayek [1975, 26, 36, 101-116; 147-148].

³² Hayek [1975, 101-102].

³³ Marx [1974, 61].

³⁴ Sobre la salud como necesidad básica véase Doyal y Gough [1994, 77-107] y sobre salud y autonomía véase Doyal y Gough [1994, 219-241].

contra la alienación y contra la represión³⁵. Esta lógica contribuye a la abolición de la frontera creada entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, de otra.

La garantía de necesidades materiales implica la disponibilidad de recursos. Pero tal necesidad de crecimiento no debe implicar la negación de la libertad ni del disfrute de derechos humanos. Para Donelly, si se reconoce la importancia que tiene para los pueblos la garantía del desarrollo económico, 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 sociales³⁶. 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"³⁷.

Mientras para unos la relación entre la salud y la libertad se materializa en unas condiciones dignas que hacen posible el ejercicio de la libertad³⁸, para otros, la relación se materializa en, y sólo en, la selección del médico o la institución tratante dentro de una gama de oferentes (esta tensión conceptual se observa, por lo menos, en los casos chileno y colombiano). El error de la segunda postura radica en desconocer una noción más amplia de libertad y en creer que (aun dentro de esa visión miope de la libertad) el usuario de los servicios decide realmente, cuando lo que se ve es que la "primera consulta es el único acto de decisión relativa que está en manos del consumidor". El asunto es más claro si se constata que después,

³⁵ 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, véase Galtung [1994, 56-107] Sobre una visión de la relación derechos humanos y necesidades en el marco de la cooperación internacional véase Etxeberria [2002, 13-31].

³⁶ 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, ejemplar en varios sentidos hasta la crisis del sudeste asiático. Véase Donelly [1989, 163-183], especialmente el capítulo 9.

³⁷ Stiglitz [2002, 133].

³⁸ 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, esquema dentro del cual el ser humano que persigue el mundo civilizado y que soñó la ilustración es de la persona libre y sana. Véase Laín [1978, 123].

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 diferencia³⁹.

Así, la libertad en salud se reduce a elegir entre un abanico de oferentes al primero de la cadena de servicios, cadena frente a la que poco o nada opina la persona. La reivindicación de la libre elección del médico (del primer eslabón de la cadena) 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? 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 reconocía que "bajo una organización estatal de los servicios médicos, la autoridad resuelve y decide y al individuo solo le cabe acatar resolución ajena"⁴⁰.

La relación entre salud y libertad es compleja, pero tal complejidad no nos permite hablar de superderechos, sino entender que la relación se materializa en muchos ámbitos, lo que no impide definir la salud sino sólo evidenciar 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 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 que las sociedades medicalizadas⁴¹ alimentan la noción de buscar respuestas a los dilemas diarios volviendo enfermedad toda ruptura en la cotidianidad. Es decir, la persona pierde en su libertad de vivir 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 las de la Nueva Era, en vez de aumentar la libertad y la responsabilidad de las personas para consigo mismas y para con sus propias decisiones, termina generando, como lo hace el psicoanálisis en los Es-

³⁹ Requena-Biquet [1980, 7].

⁴⁰ Hayek [1975, 328].

⁴¹ 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.

tados Unidos, una renuncia al ejercicio responsable de la libertad. Vale aquí la reflexión de Hipócrates de si estamos realmente ante un enfermo o no⁴².

Requisitos de definición

La adopción de una definición de salud

Contar 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 laxa cada vez más en aras de una aparente "tolerancia discursiva". Algunos autores presentan una definición de salud como derecho, que se acerca a la imposibilidad jurídica⁴³: 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"⁴⁴.

Una tendencia entiende la salud "como un todo" que incluye la vivienda, la educación, el trabajo, como si fuera un macroderecho que contiene a todos los otros, lectura que se refuerza cuando se piensa en la salud como inseparable de la seguridad social⁴⁵. Esto nos lleva a la ecuación derecho a la salud igual a Declaración Universal de Derechos Humanos. A esto se suma la "tendencia creciente a considerar

⁴² Laín [1978, 114-119]. 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.

⁴³ En el caso colombiano, la Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido; con respecto a un derecho de petición, la Corte dijo: "una cosa es que resulte violado el derecho de petición cuando no se resuelve material y oportunamente acerca de la solicitud presentada y otra muy distinta que, ya respondido lo que la autoridad tiene a su alcance como respuesta, el peticionario aspire a que se le conceda forzosamente y de manera inmediata algo que resulte imposible" [Corte Constitucional: Sentencia: T-116, 7 de marzo de 1997. Magistrado ponente, en adelante MP: Hernando Herrera Vergara]. Sobre el mismo tema se pronunció la Corte Constitucional en las sentencias T-464 de 1996. MP: José Gregorio Hernández Galindo y T-426 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ Gol [1977].

⁴⁵ Véanse Franco, Ochoa y Hernández [1995]; Martínez y García [2000]; Marti [1999].

los problemas de la vida como problemas médicos"⁴⁶. 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 y la enfermedad forman una pareja dicotómica en la que un elemento se define usando como referente su opuesto y cada uno delimita el alcance del otro⁴⁷. Y aunque muchos consideran hoy superada esta noción dicotómica (la salud "no es solamente la ausencia de enfermedad", sostiene la OMS en su carta fundacional de 1948⁴⁸), 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 Vallespín, "un sistema solo se puede determinar, solo puede 'tematizar' sus límites, introduciendo una distinción entre un 'adentro' y un 'afuera'"⁴⁹.

Otra tendencia de la definición es la salud como "como un fragmento": sólo miran el derecho a la salud a través de una de sus variables, lo que no es malo en sí pero que implica el riesgo a vaciar de contenido el mismo concepto de salud: 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 reproductivos⁵⁰, del sida, tanto en el plano nacional⁵¹ como en el internacional⁵²; de la tecnología médi-

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Bobbio [1989, 9-38].

⁴⁸ Véase Martí [1999, 20].

⁴⁹ Comentario de Fernando Vallespín en su introducción al libro de Luhmann [1997, 15].

⁵⁰ 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.

⁵¹ Sobre los esfuerzos legales en el plano nacional realizados, véase VV.AA [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.

⁵² El sida no aparece como tal en los tratados pero sí en instrumentos como OMS [1988b], sobre el deber de los Estados de incluir el sida en las estrategias de los sistemas Nacionales de salud; OMS [1988a], con énfasis en las relaciones médico-paciente; OMS [1989], más basado en la educación sexual; OMS [1992]; OMS [1994a], sobre los derechos de las personas con la infección.

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 surgidas por causas naturales, lo que se espera es la garantía de los servicios de recuperación. Eso implica 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 Estado⁵⁹.

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

En la garantía del derecho a la salud, son centrales aspectos de posible regulación y/o control estatal como normas medioambientales, contaminación, 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, etcétera⁶⁰.

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. Entre los pensadores de la Ilustración ya había concepciones claras de la relación entre las condiciones sociales, la salud y los deberes estatales⁶¹. 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 los necesitan: avances en cirugía, medicamentos, medidas de control ambiental, aparatos de rehabilitación, etcétera.

Aceptación de la salud como un asunto objetivo

Aceptar esa modificación de la salud como condición objetiva nos lleva a reconocer que la salud es, también, un asunto objetivo. Además, solo la naturaleza objetiva nos permitiría crear el consenso social necesario para definir lo que sería materia de

⁵⁹ Sobre las diferentes concepciones de salud que han acompañado las diversas culturas y su cuota de pensamiento mágico, véase Laín [1978]; sobre el origen del pensamiento científico, véase Bachelard [1974].

⁶⁰ Lalonde [1974].

⁶¹ Véase Montesquieu [1984, 114, 241-242]; Locke [1990, 36-54]; Moro [1984, 130-131, 154 y 161-162]; Voltaire [1983, 56-59 y 103]; sobre su noción de desigualdad, véase especialmente Rousseau [1984, 37-128].

exigibilidad ante el Estado. No sería pues la salud un asunto de 'sentirse bien' sino de estar objetivamente bien.

Este planteamiento es de difícil aceptación entre posmodernos, entre relativistas en materia de derechos humanos y entre defensores de las culturas tradicionales⁶²; sin embargo, la evidencia científica es cada vez más contundente en demostrar que las condiciones de salud, aun aquellas más sutiles, dependen de realidades biológicas⁶³. Si la salud no fuera un bien objetivo, las demandas al Estado en materia de salud limitarían con medios mágicos y fines milagrosos. Ahora, la exigencia al Estado del tipo de prácticas en salud que reivindican una interpretación cultural estaría en el terreno de los llamados derechos culturales pero difícilmente del derecho a la salud y aquellos nunca podrían ser la negación de éste, como sucede en las ceremonias de purificación en las aguas contaminadas del río Ganges.

En el caso de muchas otras prácticas en salud, su base es 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 y otras. 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 propia de lo biológico sino de lo ideológico y acusar a la biología de racista es no solo injusto sino peligroso.

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 de toda su naturaleza (no podríamos pedir la inmortalidad), sino de aquella alterada, que llamamos enfermedad y para la cual la ciencia nos ofrece posibilidades.

⁶² Sobre el debate del relativismo cultural, véase entre muchas otras fuentes Valdecantos [1999]; Etxeberria 1997, 87-105]; Kabunda [1997, 109-140]; Savater [1995, 10-19].

⁶³ Sobre la biología humana, véase Eibl-Eibesfeldt [1993]. Sobre una crítica a la salud como herramienta del poder y carente de objetividad, que mantiene interés véase Foucault [1986]. Sobre una mirada desde las ciencias a los discursos posmodernos, véase Sokal y Bricmont [2000].

Siguiendo el esquema de lo bio-psico-social, podemos precisar que los elementos sociales que nos interesan y a los cuales queremos afectar cuando exigimos el derecho a la salud son los que generan un impacto en la salud de la persona. La falta de agua potable es un hecho social con implicaciones directas, 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 el conjunto del Estado y a la vez, personal de salud sería todas las personas que cumplen funciones estatales, que además deberían 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 en condiciones de mayor dignidad. Si sólo fuera invocable la salud como derecho cuando hay riesgo para la vida, se limitaría toda reclamación en materia de salud al dilema vida o muerte, con lo que el reconocimiento de la salud como derecho en la Constitución queda subsumido por el derecho a la vida lo que es incorrecto.

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 sociales⁶⁴. Por ejemplo, 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 en 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 coherer ni participar en la realización de torturas, servir en el peritazgo para contribuir a la investigación de este tipo de prácticas, educar al respecto, etcétera. 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 precisar la naturaleza de un solo bien jurídico, la salud, y su defensa.

⁶⁴ No nos interesa, '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. Dentro de tal esquema se quiere, por ejemplo, 'curar' la pobreza con antidepressivos. 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.

Llama la atención el giro producido entre los sectores más progresistas con respecto a la ciencia: antes la ciencia era un motor de transformación y sus hallazgos, una herramienta para la defensa de los pacientes⁶⁵.

Más allá de la norma universal

La salud como derecho beneficia a personas en situaciones especiales (no universales⁶⁶, si se quiere) como la de las mujeres gestantes o la gente discapacitada y de manera concreta (no abstracta, si se prefiere) 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. 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 miembros⁶⁷.

⁶⁵ La historia del doctor Semmelweis en el Hospital de Viena en el siglo diecinueve 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.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-373, julio 22 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Más allá del derecho prestacional

Todo derecho implica gastos al Estado, lo que desmiente aún más el mito de las generaciones de derechos. Garantizar la protección a la vida, el derecho a la defensa o el 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 los muchos o pocos recursos que haya, sino de la administración que se haga de éstos. Un derecho supeditado a coyunturas deja de ser derecho y se reduce a una reclamación política sin exigibilidad moral ni jurídica como la que le otorgamos a los derechos humanos.

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 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 fundamentales⁶⁸.

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

No es aceptable equiparar los escenarios b y c para justificar la mala distribución de los recursos con su poca disponibilidad; tampoco los es supeditar el

68

Corte Constitucional: Sentencia T-373.

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: una justa asignación de recursos de acuerdo con las necesidades del sector salud, lo que depende de las necesidades de otros sectores (justicia, defensa, educación, etc.) y de lo prioritario que sea la salud en la agenda estatal; y 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.

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 del acto médico.

Requisitos de materialización

La exigibilidad 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.

Aunque su ubicación en el ámbito de los llamados derechos sociales encuadra la salud dentro de aquellos derechos de "aplicación progresiva" según los recursos disponibles, de acuerdo con los principios de Limburgo⁶⁹, hay que tener claridad de que tales principios deben ser entendidos como metas a lograr y no como pretextos para aplazar realizaciones⁷⁰. Hay casos, sin embargo, en que la salud se alejaría de (o por lo menos confrontaría) la noción de aplicación progresiva: los de urgencias médicas, aquellos en que la vulneración guarda relación con condiciones directas y fundamentales para la dignidad humana y cuando el Estado elabora polí-

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Türk [1993, 365 y siguientes].

ticas que buscan garantizar, en principio, el derecho a la salud de las generaciones futuras sin dar respuesta a las necesidades de las generaciones presentes.

Pero no sólo se trata de que aparezca en los pactos, sino que dentro de la conciencia del sector salud, de los usuarios de los servicios y de los funcionarios del Estado (especialmente de la rama judicial) haya claridad y conciencia de las posibilidades de justiciabilidad del derecho a la salud. En la precisión de esa exigibilidad también hay discusiones. Para algunos autores, la salud sólo se puede exigir en el terreno de la protección pues, según ellos, sólo es materia del Estado la oferta de servicios, mientras las otras variables son más o menos 'naturales' y ajenas a la acción colectiva⁷¹. A nuestro juicio, los deberes del Estado trascienden las labores médico-hospitalarias. Para el Comité de DESC de las Naciones Unidas, en la interpretación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁷²,

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 salud⁷³.

Según Toebes, la expresión "protección de la salud" sería parcial, pues la protección, el respeto y el 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 y por tanto no explicaría plenamente el derecho en cuestión⁷⁴. Sin embargo, esta idea de derecho a la salud, como derecho a la pro-

⁷¹ Martínez y García [2000].

⁷² 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".

⁷³ Comité de DESC [2000, comentario 33].

⁷⁴ Toebes afirma que es más común 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, entendiendo 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. Véase Toebes [1999, 17-20 y 306-311].

tección de la salud, ha sido el punto de partida de muchos trabajos sobre la salud como derecho, especialmente en los Estados Unidos⁷⁵ y es el término que usa la Constitución española⁷⁶. En la Constitución colombiana se usa la expresión "acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"⁷⁷.

Toda esta reflexión se acompaña de ciertas otras consideraciones relevantes:

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 salud⁷⁸.

En segundo lugar,

Un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas 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 salud⁷⁹.

Por último, "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 salud⁸⁰.

Un obstáculo sería la pretendida suficiente exigibilidad del derecho a la salud desde el ámbito de la economía o de la política. Consideramos que el derecho a la salud, en cuanto derecho, sólo puede ser respondido correctamente desde el derecho o dentro de su lógica. Este punto es central para entender por qué el abordaje del presente trabajo insiste en las normas y en el Estado social antes que en los recursos, la administración o el diseño de políticas públicas. Es cierto que el estudio de la prestación de servicios es posible teniendo como eje lo financiero (el debate de

⁷⁵ Véase una recopilación de trabajos en este sentido, en Bole III y Bondeson [1991]. Además, véase Martínez y García [2000].

⁷⁶ La Constitución española de 1978 proclama "el derecho a la protección de la salud" [artículo 43].

⁷⁷ 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. Véase Franco, Ochoa y Hernández [1995].

⁷⁸ Comité de DESC [2000, comentario 8].

⁷⁹ Comité de DESC [2000, comentario 9].

⁸⁰ Comité de DESC [2000, comentario 11].

los recursos), la política pública (el diseño, las negociaciones, los grupos de poder), o la administración (la búsqueda de la eficacia). El derecho es una vía que, aunque no es ajena a debates de recursos o de procesos gerenciales, no es una vía más, sino la única para hablar de política (pública) dentro del Estado de derecho.

No es el propósito repetir aquí el debate sobre si la política es autorreferencial o si la política (en este caso la política pública) se debe al derecho. Tampoco creemos que el derecho, per se, resuelve --ni tiene por qué hacerlo-- todos los problemas de las personas, pues tiene un ámbito definido, lo que no significa una renuncia a la búsqueda de respuestas en lo jurídico. Umberto Eco decía que "para todo problema complejo, hay una solución simple: y no es la correcta". Cuando hablamos del derecho a la salud, lo hacemos desde el sistema de lo jurídico y puesto que éste no da todas las respuestas y que la economía también tiene cosas por decir, buscamos en la tensión entre el derecho y la economía otras de las necesarias respuestas, no para argumentar que la salud es sólo un asunto económico (eficacia), ni sólo una (ingenua) demanda jurídica (en la que se pidan todos los servicios para todos, casi deseando la inmortalidad), sino porque partimos de la convicción de que las funciones del Estado están sometidas a la Constitución y regidas por el derecho.

Aceptar el derecho implica reconocer la posibilidad de la 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 al Estado de parte de la persona usuaria de servicios o del habitante de un territorio, en cuanto sujeto de derechos.

En el caso de la tortura y de la desaparición, aceptamos que solo los agentes del Estado son responsables de estos hechos; particulares son responsables de cometer lesiones personales y secuestro que son categorías diferentes. En el caso de las acciones de la comunidad y de las ONG en salud estamos frente a intervenciones desde la perspectiva de instancias 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 hacia este tipo de acciones, cuando las presenta como avance en la garantía del derecho.

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 la existencia de hospitales

y clínicas: entendemos como servicio el conjunto de recursos, instituciones, servicios y procedimientos que un Estado articula para los fines de salud, de manera que son, además, los servicios de procesamiento y distribución de agua, control de basuras, etcétera.

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, 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.

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

Otra vertiente, en este mismo punto, es la forma en que se entiende la política pública. Es común escuchar que el derecho a la salud encuentra un límite en los recursos públicos, que a su vez, muchos o pocos, dependen de las decisiones políticas en materia de salud, sin que sea mandatorio, sobre los recursos, la garantía del derecho a la salud⁸¹. 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), máxime si estos tienen también un claro reconocimiento en el orden interno.

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 avanzada⁸². Para otros, en una ecuación que no compartimos, el Estado social es el Estado de bienestar o mejor llamado Estado "del ocio", con lo cual las consideraciones jurídicas que de él derivan no serían de la misma naturaleza que las clásicas libertades

⁸¹ Véase para este debate Chapman [1994] y Dougherty [1988].

⁸² García-Pelayo [1984 y 1995]; Rubio Ll. [1993 y 1997]; Díaz [1998; 1995]. Cfr. con las teorías que rechazan el Estado social, por ejemplo, en Hayek [1975]. Y, por último, como crítica a Hayek, el trabajo de Espada [1996].

defendidas⁸³. 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.

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 del derecho a la salud 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 de los derechos humanos 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. En el caso colombiano, en sentencia de la Corte Constitucional se estableció que la noción de "servicio público" no se refiere solo a los servicios prestados directamente por el Estado al definir servicio público como

toda actividad a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, a cargo de simples personas privadas.

Pero este servicio no es cualquier servicio sino aquel que cumple ciertos requisitos:

satisfacer necesidades colectivas o públicas, no personales o particulares; además, debe permitirse el acceso de toda la colectividad al servicio, sin privilegiar a alguno de sus miembros o a un sector de la misma; y final-

⁸³ Sobre el debate en torno al llamado Estado de Bienestar Cotarelo [1990a y b]; Rubio [1991]; Muñoz del Bustillo [1989]; de este último trabajo véase especialmente Mishira [páginas 55-79].

mente, tal actividad, independientemente de quién la realice, debe ser necesaria al desarrollo de la vida en comunidad, es decir que su carencia o interrupción genere perturbaciones en el orden requerido para el logro de uno de los fines propuestos por nuestra Carta en su preámbulo, como lo es la convivencia⁸⁴.

Con estas características, el ingreso del sector privado en la oferta de servicios de salud no es ajeno al derecho a la salud.

Luego, la misma sentencia desarrolla la relación entre el servicio, como satisfacción de una necesidad, y su relación con el Estado:

El ya mencionado concepto de Estado social de derecho, al cual hace referencia el artículo 1º de la Constitución Política, se encuentra desarrollado en diversos preceptos de la Carta; es así como en materia de servicios públicos, el artículo 365 establece que ellos 'son inherentes a la finalidad social del Estado'. A renglón seguido la misma norma vincula el poder soberano con la garantía de continuidad requerida para tales servicios, al establecer que 'es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional'. La norma superior dejó al legislador la facultad para señalar el régimen jurídico de los servicios públicos, autorizando su prestación a cargo de particulares y reservando al Estado su regulación, control y vigilancia [...] sujetándose éstos [los oferentes privados] a los controles especiales que contempla la normatividad en defensa de los intereses colectivos. Nos encontramos, entonces, ante la posibilidad de que los particulares puedan garantizar la prestación del servicio público, lo cual implica la concesión de ciertas prerrogativas, con obligaciones que corresponde cumplir al particular y que al mismo le tiempo impone a la administración el deber de inspeccionar tales actividades⁸⁵.

En términos generales, aceptamos que las empresas privadas también están sujetas al derecho, no son instituciones ajurídicas 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, al aceptar 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 empresa⁸⁶.

⁸⁴ Corte Constitucional: Sentencia T-443, 6 de julio de 1992. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁵ Corte Constitucional: Sentencia T-443.

⁸⁶ Algunos elementos de ese extenso debate aparecen en VV.AA [2000]; especialmente Hubbard y Guiraud [2000, 123-138].

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 África. Incluso, en la defensa de la empresa, uno de los principales argumentos fue tomado, paradójicamente, de los mismos derechos humanos: el derecho a la propiedad intelectual que se materializa en las patentes, con lo cual el debate intenta presentarse como un "conflicto de derechos humanos". Si aceptáramos tal conflicto, haríamos énfasis ante todo en la integralidad de los derechos humanos y, en principio, la prevalencia del derecho a la vida sobre otros derechos.

La consecuencia directa de esa protección de las patentes implica la prohibición del acceso a los medicamentos a mucha 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. La lógica de la industria farmacológica ha sido siempre la rentabilidad y las invocaciones al derecho son meramente instrumentales. Baste decir que entre 1975 y 1997 se lanzaron al mercado 1.223 medicamentos, de los cuales sólo 11 eran para el tratamiento de las llamadas enfermedades tropicales⁸⁷. 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 humanos⁸⁸.

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 la dignidad humana.

Lo exigible de la técnica en salud

Para Laín Entralgo, cuatro han sido los medios de "ayudar médicamente" al enfermo: a) el espontáneo, b) el empírico, c) el mágico y d) el técnico⁸⁹. Afirma Laín 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

⁸⁷ Cifras presentadas por el presidente colombiano Andrés Pastrana en el XV Congreso Internacional de Medicina Tropical y Malaria, Cartagena, 2000, véase la cita en *Salud Colombia*, núm. 51 [Bogotá, sep. - oct. 2000].

⁸⁸ Para este debate, véanse los documentos de la campaña "Patentes, ¿a qué precio?", realizada por Intermon-Oxfam [2001].

⁸⁹ Laín [1978, 2].

ella: 1ª. La exigencia sistemática; los saberes acerca de la cosa en cuestión deben hallarse ordenados conforme a principios ciertos y racionales. 2ª. La exigencia metódica; esos saberes han de ser obtenidos mediante un método que garantice su verdad y permita su incremento. 3ª. 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 estudiada⁹⁰.

En palabras de Weber, 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 espíritus⁹¹.

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, 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, la recolección de basuras.

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 al servicio de la técnica, es decir, encaminados a fortalecer la eficacia de esta.

La técnica debe ser reconocida como un medio y no como un fin. Y la labor del personal de salud y la relación entre éste y el paciente obedecen a un fin que es

⁹⁰ Laín [1978, 67].

⁹¹ Weber [1992, 67].

la preservación y/o restitución de la salud de las personas, fenómenos éstos que deben ser medibles para poder ser exigibles al Estado.

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, inclusive alteraciones mentales y problemas genéticos. Pero algunas respuestas no han sido construidas desde la ciencia sino usándola como pretexto y es allí donde cobran el máximo sentido las críticas de Cooper, Basaglia y Foucault, entre otros, contra tal 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.

Habría que mirar —que no es materia de este trabajo— hasta qué punto las críticas a la medicina del siglo diecinueve 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 por el inconformismo frente a las casas farmacológicas.

Entre esas dos 'medicinas' (la actual y la del siglo diecinueve) se ha producido un cambio sustancial y no un 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'"⁹². 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 especial del juez constitucional? Pues es un riesgo creer que toda acción puede ser llamada salud y que todo uso de la técnica relacionada con la salud es 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

92

Laín [1978, XXX].

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 en la garantía de la salud como resultado.

Es posible 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. 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 medios.

Este riesgo puede llevar a que: a) se derive, como ha sucedido en los Estados Unidos, en una práctica médica "defensiva"⁹³ 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 especial, casi religioso. En Egipto antiguo, los médicos estaban bajo la protección directa de ciertos dioses⁹⁴, para Hipócrates: "las cosas sagradas no se revelan más que a los hombres sagrados, está prohibido contarlo a los profanos puesto que ellos no han sido iniciados en los secretos de la ciencia"⁹⁵ y para Galeno, "hay que conseguir la admiración del enfermo y de los circunstantes"⁹⁶.

Las técnicas no han sido ajenas a tal discurso: las mesas de parto eran verticales en sus orígenes favorecían 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.

⁹³ 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 sobre el análisis clínico, para evitar cometer errores diagnósticos susceptibles de ser objeto de acción legal por parte del paciente. En esa lógica, la relación médico-paciente se vuelve relación potencial demandado / potencial demandante y 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.

⁹⁴ Laín [1978,18].

⁹⁵ Citado por Marti [1999, 13].

⁹⁶ Laín [1978, 119].

En esos sentidos, el halo sagrado de lo médico y el uso arbitrario de la técnica se centran las críticas más fuertes a "lo médico", lo que sumado a la incapacidad de responder a todo --y la pretensión de poder hacerlo-- produce la crisis del universo de lo médico. Esta crisis se agrava en nuestros tiempos con la privatización de servicios de salud en muchas partes del mundo que convierte al médico de profesional liberal a empleado: un objeto en una larga cadena de productos farmacéuticos, transnacionales de la salud, centros de investigación biomédica, entre otros.

La técnica en salud se presenta exigible cuando ya la salud no es del ámbito de la relación privada profesional - cliente, en el ejercicio de las profesiones liberales o de la caridad, cada vez está más incrustada en los derechos de las personas, en los proyectos de las sociedades y en los deberes de los Estados, lógica dentro de la que la persona usuaria de servicios de salud necesita unas normas jurídicas de relación con tal servicio y que estas normas.

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 irreversible ese proceso de formulación del derecho.

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 caben 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 crónico.

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 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 prácticas no solo están excluidas de la noción del derecho a la salud sino que, como parte de éste, el Estado debe prohibirlas.

Esas técnicas eficaces pueden ser de prevención, de curación o de rehabilitación; en todos los casos se pide usar de manera oportuna la técnica más adecuada y de manera oportuna en un contexto que respete la dignidad y autonomía de las personas. De esta manera, el contenido del derecho crece con las posibilidades de la técnica.

Sobre el deber de estar sano

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 posición tendiente a responsabilizar a las personas por su estado de salud. 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 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, verdadera⁹⁷. Si de aceptar la categoría de estilos de vida se trata, preferiríamos hablar de "estilos de vida dignos" tal como lo entiende Rawls⁹⁸.

Por ejemplo, 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 aún, ¿se muestra la relación entre los bajos salarios y el déficit en el consumo de proteínas?⁹⁹ Pero 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 muchos pacientes llegan al servicio ausentes de "factores de riesgo" con lo cual exigir al paciente tal o cual conducta, en

⁹⁷ Marx dice: "si tengo *vocación* para estudiar, pero no dinero para ello, no tengo ninguna *vocación* (esto es, *ninguna vocación efectiva, verdadera*). Véase Marx [1974, 180].

⁹⁸ Rawls [1996, 221].

⁹⁹ En este sentido, hay un trabajo realizado en Venezuela sobre el impacto de la regresión económica en el nivel de nutrición de la población más pobre. Maingon [1995, 29-61].

puridad, no lo aleja de la enfermedad. ¿Puede entonces supeditarse un servicio a una condición previa que no es del todo determinante?

En relación con la creación de deberes para con uno mismo, citemos 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 términos: 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"¹⁰⁰.

Al contrario de esta opinión, están las prácticas y los credos de la empresa privada. Las experiencias de administración hospitalaria basada en las leyes del mercado no han significado, como esta demostrado, el aumento de la eficiencia y de la eficacia sino, principalmente, la implantación mecánica de las leyes de la producción a los hospitales.

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"¹⁰¹. 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.

Síntesis sobre los requerimientos

Los requerimientos presentados están enmarcados dentro de la lógica de la modernidad: el Estado social de derecho, los derechos humanos, las ciencias en salud. Esta

¹⁰⁰ Corte Constitucional: Sentencia: C-221, mayo 5 de 1994. MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰¹ Prebisch [1984, 33].

lógica no es compartida en su totalidad por otras corrientes de pensamiento por variadas razones. Tanto el neoliberalismo, el marxismo, como la posmodernidad presentan reparos a tales requerimientos.

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.

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 y su titular es la persona. 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 estos últimos y los derechos civiles y políticos).

Es la salud 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 oposición que manejan algunos autores entre salud colectiva (es decir, servicios para una mayoría de personas) versus salud individual, no tiene cabida 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 cotidianas del servicio de salud que pueden lesionar valores fundamentales (en la relación entre el médico y el paciente, por ejemplo) sino de subrayar que, como se ve en el día a día de los hospitales, muchas (aunque no todas) de las vulneraciones cotidianas de valores en el servicio de salud tienen una base en la organización del servicio, la cual depende, por acción o por omisión, del Estado.

La reivindicación de la salud como un bien jurídico es una tarea más difícil de lo pensado a priori, porque requiere una definición de salud con utilidad jurídica, un marco jurídico claro en el cual pueda darse tal definición, una justificación de la ubicación de tal definición en la escala de normas y, en el ámbito de los derechos humanos, una explicación válida de por qué colocar la salud junto a otros bienes que consideramos fundamentales. Además, es imposible construir tales requisitos si antes no se destruyen mitos y prejuicios que impiden asentar en tierra firme cualquier espacio jurídico para la salud.

UNA DEFINICIÓN DE SALUD JURÍDICAMENTE FUNCIONAL

Una definición de salud como bien jurídico debe llenar por lo menos tres requisitos: a) 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; b) 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 de intervención para el mantenimiento o reposición de la salud, c) 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.

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.

La definición que presentamos recoge estos tres criterios por cuanto, de partida, consideramos que: a) 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; b) lo esperable, en términos de salud, debe tener un margen de posibilidad y/o de probabilidad para ser razonablemente esperado; c) la responsabilidad por la atención de algunos elementos deben ser de responsabilidad compartida entre quienes sufren enfermedades y sus seres cercanos, por la sociedad y sus representantes; es decir, la salud es también fruto de un proyecto de la sociedad que ella debe reconocer como tal.

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.

ELEMENTOS DEL DERECHO A LA SALUD

Para adentrarnos en la definición de los elementos del derecho, presentaremos primero unas consideraciones para el debate, segundo, los elementos esenciales que contiene el derecho, y, por último, elementos para el debate sobre indicadores.

Primero, 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), c) la disposición de información, d) la validez y la suficiencia de tal información, y e) la lógica con que se procesa y se actúa sobre la base de tal 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" [artículo 15], lo que implica beneficiarse de avances científicos y tecnológicos tales como medicamentos y demás técnicas terapéuticas¹⁰². Esto, para nuestro caso, se observa en: a) la definición de salud como todo o salud como servicios hospitalarios, 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 en la inclusión o la exclusión de ciertas variables y en la formulación amplia o restrictiva de ciertas definiciones; discusiones estas cuyo elemento previo es la información que se incluye, se excluye o de la que se dispone; en últimas, de la información que se considera válida.

Para Luhmann, el quehacer social no es la interacción de personas, sino la resultante de las comunicaciones, las informaciones, entre personas¹⁰³ y esta información define, 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 sociales¹⁰⁴. Incluso, la administración que materializa tales políticas, se define en su comunicación con la política y con el público¹⁰⁵. Rawls considera que hay determinados criterios que permiten seleccionar informaciones en relevantes o irrelevantes para el razonamiento político, y es tal razonamiento el que permite pasar de los hechos a las razones¹⁰⁶. Estos tres autores, aunque tienen debates entre sí, muestran algunos momentos de posible ruptura en la 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 los hechos a las razones (el proceso de construcción de razones).

102 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.

103 Luhmann [1997, 41-45].

104 Véase especialmente Sen [1989, 2000].

105 Luhmann [1997, 66].

106 Rawls [1996, 153-157].

En este sentido, la formulación de la noción del 'núcleo básico'¹⁰⁷ 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 la esencia de un derecho. El derecho a la salud es el más 'inacabado' de los derechos, 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 concreta al Estado sobre ese mínimo de servicios irrenunciables para cada persona, pero definirlo de manera restrictiva o hacerlo desde el afán de la viabilidad financiera puede dar como resultado final, paradójicamente, una renuncia a servicios, con lo que se vulneraría precisamente la protección deseada. Creemos, que tal núcleo, fuere lo que fuere, 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 para exigir a los Estados en materia del derecho a la salud, el uso de reglas ya establecidas relacionadas con la calidad del agua, los productos farmacéuticos o el control alimentario, por ejemplo.

Necesitamos unos criterios que permitan decidir sobre la prevención de la enfermedad, el tratamiento y su rehabilitación. Con esos criterios y dentro de ellos con unos imprescindibles, aceptaríamos unas condiciones mínimas de salud cuyo valor sería no negociable y que constituirían un mínimo básico para todos los seres humanos. Al reconocer la existencia del núcleo fundamental, aceptaríamos su inviolabilidad, y colocaríamos su materialización en el ámbito de lo exigible.

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, los alcances y competencias directas, para que no lesione aquello fundamental para la persona.

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

107

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.

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 la 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.

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 Unidas¹⁰⁸, "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":

- Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas.
- Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) no discriminación; ii) accesibilidad física; iii) accesibilidad económica (accesibilidad); iv) acceso a la información.
- Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.
- 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.

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 DESC: "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:

- 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.
- Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre.
- Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.

108

Véase Comité de DESC [2000].

- Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- 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 población¹⁰⁹.

Tercero, con respecto a los indicadores en salud. 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 ser¹¹⁰:

- Indicadores de supervivencia, es decir de 'tiempo de vida': tasas de mortalidad general¹¹¹, 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; etcétera.
- 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 la salud y prevención de la enfermedad, cobertura de los programas de inmunización, estadísticas e informaciones sobre accidentalidad, etcétera.
- 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, etcétera.

¹⁰⁹ Comité de DESC [2000, comentario 43].

¹¹⁰ Adaptado en parte de Barrios [1999].

¹¹¹ 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. INS [1993, 13].

- Indicadores de gestión: corrupción en los servicios de salud, uso o no de recursos, despilfarro, evasión, etcétera.
- 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, etcétera.

Se repite, pues, el esquema de prioridades planteado en el 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 de acuerdo con 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 satisfacción¹¹². Así mismo, una selección adversa de pacientes¹¹³ podría dar mejores resultados en los indicadores de morbimortalidad sin que haya una mejoría real del servicio por parte del hospital. Un número mayor de enfermeras por paciente puede significar tanto exceso de personal en una institución como mayores facilidades en la atención. Y así ocurre también con otros indicadores.

¹¹² 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.

¹¹³ Se entiende como *selección adversa* al conjunto de dinámicas desarrolladas, en nuestro caso, por las instituciones del sistema de salud, con el fin de evitar la selección de potenciales afiliados que por su condición 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, etcétera) Esta conducta ya era preocupante en Colombia y es una de las prácticas que debía evitar el CNSSS, de acuerdo con el artículo 172 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 24, decreto 1152 de 1999. Para Castaño, el concepto de selección adversa "fue introducido equivocadamente en la legislación para referirse a la selección que hace al EPS 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" Véase: Feldstein [1993].

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 de DESC, 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"¹¹⁴.

El debate central no se encuentra primordialmente en la relación puntual médico - paciente: 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, en la coherencia entre las leyes de salud y los derechos humanos.

¹¹⁴

Comité del Pacto de DESC, citado por Frederick [1994, 54].