

El “derecho a la salud”: dificultades, logros y desafíos

The ‘right to health’: difficulties, achievements, and challenges

Delfín I. Grueso y Lina M. García-Zapata

Recibido 6 junio 2019 / Enviado para modificación 18 agosto 2020 / Aceptado 27 septiembre 2020

RESUMEN

El derecho a la salud como derecho ha sido parte de las consignas sociales de los últimos tiempos. Este artículo realiza un análisis de la salud como un derecho humano positivizado y profundiza en lo que implica definir la salud como un derecho aplicado al contexto colombiano.

Palabras Clave: Derecho a la salud (*fuentes: DeCS, BIREME*).

ABSTRACT

The right to health as a right has been part of the social slogans of recent times, this article analyzes it as a positive human right and delves into what it means to define health as a right applied to the Colombian context.

Key Words: Right to health (*source: MeSH, NLM*).

DG: Filósofo y Sociólogo. Profesor, Departamento de Filosofía, Universidad del Valle. Grupo de Investigación Praxis de Investigación en Ética y Filosofía Política. Cali, Colombia.
delfin.grueso@correounivalle.edu.co
LM: OD. M. Sc. Epidemiología. Ph. D. Salud. Docente, Escuela de Odontología, Facultad de Salud Universidad del Valle. Integrante Grupo Pacífico, Siglo XXI y CURPES. Cali, Colombia.
lina.garcia.z@correounivalle.edu.co

Defender la salud como un derecho, algo muy común en las consignas del movimiento social, y particularmente en las luchas gremiales del sector salud, supone una de dos cosas: defender algo ya consagrado o expresar una meta moral. Si se trata de un derecho claro y distinto, promulgado en el ordenamiento de un país determinado, la defensa sería relativamente simple: consistiría en exigir “que se cumpla la ley”. La línea de acción sería fundamentalmente jurídica, no política: invocar las leyes y los fallos, demandando ante los tribunales por la ilegalidad de tal o cual práctica o situación. Si así son las cosas, en un sentido estrictamente político, no habría que dar la pelea por un “derecho a la salud”. Estaríamos ante la violación de un derecho, no en la ruta de conquistar un derecho.

No es así, sin embargo, como se ha hablado usualmente del derecho a la salud. Por ejemplo, las consignas elevadas contra la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 de la República de Colombia no estaban pidiendo que se aplicara esa ley (1). Se estaba luchando a partir de un derecho que *ya no existía* o que *todavía no existía*; la consigna tomaba la forma de una aspiración moral, una meta social que usualmente lo que terminaba reclamando era el “acceso universal” a los servicios de salud, algo relativamente corriente aquí y en otros contextos. Efec-

tivamente, se acudía a la gramática de los derechos humanos, sirviéndose del tono de trascendencia que esa noción encierra. También esto tiene sentido pues, como sostienen Andrea Christopher et ál., “uno de los más citados argumentos para tratar de alcanzar acceso universal al cuidado de la salud es la protección de los derechos humanos, una premisa basada en teorías éticas acerca de la equidad” (2).

Que los derechos humanos se basen en teorías éticas de la equidad no es claro (más bien, la equidad halla su sentido en la gramática propia de la justicia social, no la de los derechos humanos). Pero no deja de ser cierto que, cuando se habla de la salud como uno más de los derechos humanos, esa meta social adquiere una pretensión de abso-lutez. Así, la salud gana, como los demás “derechos humanos”, una innegable ascendencia sobre las positividades jurídicas y los marcos constitucionales específicos. Trata de ponerse por encima de los debates ideológicos que, de todas maneras, discrepan acerca de qué, y qué no alcanza a ser un verdadero derecho humano. Para entender esto, conviene remitirse a una distinción más básica, que hay que entender en el marco de la cultura política liberal, según la cual, dicha distinción se ha venido acen-tuando en Occidente en los últimos siglos.

Derechos humanos, derechos positivizados

Según esta cultura política, que ha ido presionando la juridización de la vida social, una demanda moral, aspiración social o consigna de lucha carece de sentido si no puede concretarse en un derecho. No es de extrañar, entonces, que para esta cultura, siendo la salud una condición necesaria para la vida humana y para la reproducción de la vida social, se la trate de establecer como un derecho. La cuestión es qué tipo de derecho.

Dos caminos se abren. Uno es alcanzar la positivización de la salud (o de la prestación del servicio de salud, que no es lo mismo) como un derecho válido dentro de las fronteras de un país específico. El otro es afirmar que la salud es, en sí misma, un “derecho humano”, con toda la carga semántica que esa noción arrastra. La distinción es relevante, pues cada camino tiene sus limitaciones.

En tanto “derecho positivizado”, la salud tendrá su vigencia en el seno de un orden institucional concreto, que cambia de país a país, que es “epocal”, en tanto depende de la permanencia de una opinión y voluntad política que siempre puede cambiar y alcanzar la instancia legislativa (para nombrar ese poder promulgador de leyes, cada vez más eludido en estos tiempos “neoconstitucionales”). Así, la política, la misma que permitió la positivación de un derecho, pende sobre él como su principal amenaza, por acción de las pendulares variaciones de las hegemonías ideológicas, que suelen llegar arrasando paquetes legislativos que costó décadas consolidar. Esa es la naturaleza de un “derecho a la salud” alcanzado por ese medio; esa es su condición de “inmanencia”.

El “derecho a la salud” podría escapar a tan dependiente modo de existencia y lograr la trascendencia que da la noción de “derecho humano”. Haciendo suyas la “universalidad”, “ahistoricidad” y “formalidad” que le suponemos a esos derechos, tendría garantizada su aceptación, alcance y vigencia. Pero la cosa no es tampoco tan segura y fácil, porque, para comenzar, hay una fuerte discrepancia ideológica acerca de cuáles son los “verdaderos derechos humanos”.

El término “derechos humanos”, más bien reciente (1948), descendiente de eso que la retórica del siglo XVIII llamó “derechos del hombre”, pretende cobijar por igual derechos de estirpe liberal, de clara connotación individualista, libertaria y propietarista, junto a derechos de estirpe socialista o socialdemócrata y a otros de filiación culturalista o multiculturalista, por usar ciertos rótulos no siempre claramente distinguibles. Los primeros derechos fueron estipulados por la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de la Revolución francesa. Reconociéndoselos al “hombre”, se pretendía

ponerlos por encima de las positividades históricas: el ser humano los recibe de la naturaleza (son “inherentes a la ‘naturaleza humana’”), no del orden jurídico y político bajo el cual este nace. Esto tiene una doble implicación política: no se los debe al Estado y, sin embargo, el Estado los debe garantizar.

¿Estaba ahí consagrada la salud como un derecho? No. Ella ha necesitado de la aparición de otros derechos, los sociales y económicos. Incluso tiene con esos otros derechos una conexión tan estrecha que la violación a ellos puede llegar a interpretarse como una vulneración al derecho a la salud. Y se diferencia, como el resto de ellos, de los derechos de la primera generación, que son ampliamente reconocidos como “derechos negativos”, es decir, derechos cuya vigencia es una titularidad que se mantiene en tanto otros (o la sociedad o el Estado) no impiden su goce.

A los derechos sociales y económicos no les basta con esto: son positivos en tanto que solo existen en cuanto se realicen y al Estado y a la sociedad les corresponde la tarea de garantizar esto. Nada significa, por ejemplo, un derecho al trabajo o a la educación sin la intervención del Estado para hacerlos realidad. Todos estos derechos tienen una gran fuerza moral, en tanto se cubran con el manto de la noción misma de “derecho humano”, que les da una trascendencia, una ascendencia sobre los derechos positivos. Se puede pretender que estamos frente a un “derecho absoluto”, pero los Estados casi siempre pueden apelar a la “disponibilidad fiscal” para justificar los modos en que todavía no alcanza su plena vigencia.

Estas cosas ocurren, entre otras razones, porque la “trascendencia” de los derechos humanos (de todos ellos) nunca ha estado exenta de debate por la fuerte controversia que libran entre sí, de nuevo, los paradigmas políticos. No sobra repetirlo: es un asunto de vieja data, aún no resuelto, establecer cuáles son los derechos que cumplen esa condición de racionalidad, universalidad y ahistoricidad de la cual los derechos humanos pretenden derivar su absolutez.

Pero el asunto es aún más complejo y alcanza a la noción misma de “derecho humano”, que no es unánimemente aceptada por todas las perspectivas éticas, políticas y filosóficas. En este plano, la confrontación es más ideológica y de principios ético-políticos, pero, no por ello, sin capacidad de traducirse, mediante los vaivenes del mundo político, en cambios significativos en los ordenamientos institucionales de los países. Aquellos que algunos listan como “verdaderos derechos humanos” son, no obstante, excluidos en otras listas. Este es un asunto político en el más radical sentido de la expresión. Veamos cómo esto afecta al derecho a la salud.

La salud, ¿un derecho humano?

Para comenzar, no siempre se pensó en la salud como un derecho humano. Ni en su primera acepción burguesa (la que tuvieron los "derechos naturales del hombre" de las revoluciones (de finales del siglo XVIII), ni en lo que están dispuestos hoy a conceder las perspectivas neoliberales en relación con los derechos inalienables y garantes de la libertad, el "derecho a la salud" aparece como un derecho humano.

Al margen de todo lo dicho, la salud se ha ido arrimando al árbol protector de los derechos humanos, queriendo ganar fortaleza en su pretensión de validez universal. La historia de esta aproximación tiene tiempos y escenarios muy precisos: la creación de la OMS, el 22 de julio 1946, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1948 (3). ¿En qué términos se defendió este derecho como un derecho humano?

En el "Preámbulo" de la Constitución de la OMS, se sostiene que el goce del más elevado estándar de salud posible es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano (4,5). En el Artículo 25 de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se defiende este derecho de una manera más extensa: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad" (6).

Pero en ninguna de esas declaraciones la salud alcanza la contundencia ni la claridad con la que, por ejemplo, las Declaraciones francesa y norteamericana de fines del siglo XVIII defendían la libertad, la igualdad o la propiedad como categorías y plenos "derechos naturales del hombre". Para comenzar, porque "The right to health is not the same as the right to be healthy" (7). Todo lo que tenemos en esos documentos es con una declaración de intenciones que incluye todas las necesidades humanas. La salud, en verdad, no es un estado, algo que tiene que serle garantizado al individuo.

De nuevo, la salud aparece ligada a los derechos de segunda generación, como el empleo justamente remunerado, la educación, la vivienda, etc., pero tiene adicionales dificultades para ser aceptada en esta segunda lista. Razón tienen Christopher et ál. (2), al decir que "la salud como un derecho humano difiere de la mayoría de los otros derechos humanos" (p.961). Es un derecho que enfrentará siempre embestidas ideológicas de no despreciable calado, y razón tienen Manchola et ál. (4) al enfatizar que "la concepción de la salud como un derecho humano fijada por la política internacional promovida por la

OMS... ha sido objeto de diversos debates y discusiones éticas y políticas" (4).

Veamos la razón de estos debates y discusiones tomando como ejemplo una vertiente muy concreta de la tradición liberal: la individualista-libertaria (que va desde Locke a Hayek, Nozick y los neoliberales). Ellos no tienen problemas con los derechos individuales y reafirman el compromiso que tiene el Estado con ellos (en el sentido de protegerlos). Pero sí objetan aquello de que el trabajo, la vejez digna y la infancia protegida se vuelvan obligaciones del Estado y, consiguientemente, mediante la tributación, una obligación solidaria de la sociedad para con las necesidades del individuo.

Lo mismo pasa con la salud. Ella es, más bien, una responsabilidad individual y los servicios de salud algo que ofrece el mercado y a lo cual accedemos libremente. Por eso, como ha ocurrido en los Estados Unidos, sobre todo cada vez que se ha querido extender un sistema de acceso universal al sistema de salud, hay siempre una "tensión entre la carga financiera que implica proveer un sistema universal de cuidado a la salud y la primacía de lo que sería el mercado libre" (5). En la perspectiva neoliberal, abrir el boquete de sistema universal es conceder terreno a quienes consideran la salud como un derecho humano. Por ello, el liberalismo, en esta acepción neoliberal, "se resiste a dar el mismo status a este tipo de derecho humano (la salud) que el que le da a los derechos civiles y políticos" (8).

¿En qué queda el derecho a la salud, dada esta situación, en el campo de la fundamentación de los derechos? Muy poco si se pierde todo aquello que permitiría declarar su absolutez (la ahistoricidad, la universalidad y el carácter formalmente racional). Quizás tenga razón, entonces, Feliz León Martínez al decir que "el llamamiento al derecho a la salud como un derecho humano no parece arrojar, como bien lo demuestra la formulación expuesta, más que un "deber ser" lleno de generalidad ("el más alto nivel posible de salud"), que no entrega en absoluto herramientas para hacerlo exigible, en la medida que el incumplimiento de tal norma por parte de los responsables de garantizar el derecho, tan sólo traería como consecuencia una sanción moral y no una sanción legal" (9).

Una conclusión similar parece expresar Mauricio Restrepo en su artículo "Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia". Allí, tras revisar el asunto, termina concluyendo que, a pesar de que "el derecho a la salud es uno de los proclamados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...) puede entenderse (...) como una extensión del derecho a la vida y como una libertad para alcanzar un estado de máxima salud" (8).

Se acude a esa "existencia derivada" porque, si miramos a los pactos, las declaraciones y convenios, "esta doctrina, que tiene un origen relativamente reciente, es vaga en

cuanto al contenido y alcance de este derecho, de tal manera que queda al arbitrio de los Estados el adjudicarle una acepción precisa, uno de cuyos limitantes importantes es la disponibilidad de recursos” (8).

Es en virtud de esto que Restrepo sugiere desplazarse de la retórica de los derechos a la de la justicia social, que él trata en clave de John Rawls, Robert Nozick, Amartya Sen y Norman Daniels (8). Eso es lo que se llamaba “éticas de la equidad”. Y sí, buena parte de la reflexión en la defensa de la salud pública se está dando alrededor de estos pensadores y en la gramática propia de la justicia social, que no depende tanto de la noción de “derechos humanos” sino de afirmar la corrección moral de la defensa de una más justa organización institucional en relación con la salud de los miembros de una sociedad ♦

REFERENCIAS

1. Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993. Bogotá: República de Colombia; 1993.
2. Christopher AS, Caruso D. Promoting Health as a Human Right in the Post-ACA United States. *Am Med Assoc J Ethics*. 2015; 17(10):958-65. DOI:10.1001/journalofethics.2015.17.10.msoc1-1510.
3. World Health Organization & Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights [Internet]. The Right to Health. Geneva: OMS; 2008 [cited 2021 May 1]. <https://bit.ly.co/8xhb>.
4. Manchola-Castillo CH, Garrafa V, Cunha T, Hellmann F. El acceso a la salud como derecho humano en políticas internacionales: reflexiones críticas y desafíos contemporáneos. *Ciência & Saúde Coletiva*. 2017; 22(7):2151-60. DOI:10.1590/1413-81232017227.04472017.
5. Schneider MC. Métodos de medición de las desigualdades de salud. *Revista Panamericana de Salud Pública* [Internet]. 2002 [cited 2020 May 4]; 12(6):398-414. <https://bit.ly.co/8xhm>.
6. ONU. Declaración de los Derechos Universales de los derechos humanos [Internet]. ONU; 1948 [cited 2021 May 24]. <https://bit.ly/3uK94x3>.
7. Backman G, Hunt P, Khosla R, Jaramillo-Strouss C, Mekuria Fikre B, Rumble C, Pevalin D et al. Health systems and the right to health: an assessment of 194 countries. *Lancet*. 2008; 372(9655):2047-85. DOI:10.1016/S0140-6736(08)61781-X.
8. Restrepo M. Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia. *Ejercicios del Derecho a la Salud en Colombia*. 2000; 51 121.
9. Martínez FL. ¿Derecho a la salud o equidad en salud? *Revista Javeriana* [Internet]. 2009 [cited 2020 May 4];751:70-82. <https://bit.ly.co/8xht>.