

LAS DIFICULTADES QUE EL ACTUAL PARADIGMA SUBJETIVISTA
DE LA SALUD COMPORTA EN SU CONFIGURACIÓN COMO
DERECHO HUMANO UNIVERSAL

DIFFICULTIES OF CURRENT SUBJECTIVIST PARADIGM OF HEALTH
FOR ITS CONFIGURATION AS A UNIVERSAL HUMAN RIGHT

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 16-47



Pedro
TALAVERA
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 01 de septiembre de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2015

RESUMEN: El trabajo analiza, en primer lugar, las exigencias e implicaciones que conlleva el reconocimiento de la salud como derecho humano, su fundamento y justificación y el modo de garantizarlo jurídicamente como derecho social esencial. En segundo lugar, se aborda el concepto subjetivista de salud a partir de la definición adoptada por la OMS y los problemas que comporta para identificar el contenido esencial del derecho a la salud y la realidad de la atención sanitaria en el primer y tercer mundo.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, derechos sociales, derechos humanos, salud pública.

ABSTRACT: The paper analyses, firstly, the requirements and implications derived from the acknowledgment of health as a human right, its foundation and justification and the means to legally guarantee it as an essential social right. Secondly, it is considered the subjective concept of health from the definition adopted by the WHO and the problems that this definition raises in order to identify the essential contents of the right to health and the reality of the sanitary attention in the first and the third world.

KEY WORDS: Righth to health, social rights, human rights, public health.

SUMARIO.- Introducción.- I. La salud como derecho humano y fundamental.- II. Fundamento y justificación del derecho a la salud.- 1. ¿Existe un verdadero derecho a la salud?- 2. ¿Es un derecho de igualdad o de libertad?- 3. La salud como una “necesidad básica”.- 4. El derecho a la salud y la indivisibilidad de los derechos.-III. Normatividad y exigibilidad del derecho a la salud.- IV. El contenido esencial del derecho y el discutible concepto de salud.- 1. Configuración básica del derecho a la salud.- 2. El discutido concepto de salud.- A) Factores fundamentales que han contribuido a la subjetivización de la salud.- B) Consecuencias negativas que genera este paradigma.- C) Algunas líneas de actuación para reorientar el actual paradigma de la salud.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta cada día más evidente –afirma Ballesteros- que el presupuesto básico de aquello que pretendemos llamar justicia internacional comienza por el reconocimiento y garantía de los derechos humanos en todos los rincones del planeta¹. Comparto plenamente esta afirmación, si bien yo me atrevería a concretarla todavía un poco más (aun a riesgo de tener que matizar el sentido de la nota de indivisibilidad e integridad que caracteriza a los derechos humanos)². Hablar hoy de justicia internacional supone priorizar a nivel planetario la garantía y reconocimiento de los derechos sociales; en especial, los relacionados con la salud y la alimentación, y de los derechos de tercera generación, en especial los relacionados con la paz, el desarrollo y el medio ambiente. Esto no significa justificar, aunque sea de modo indirecto, una jerarquización de los derechos humanos, ni debilitar la exigencia de los derechos civiles y políticos (inexistentes, por cierto, en una gran parte del mundo).

1 BALLESTEROS, J.: *Repensar la paz*. Madrid (2006): Eiuinsa, p. 97.

2 La indivisibilidad no está entre las notas tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos: tiene un origen más reciente. Surgió en el ámbito de Naciones Unidas, y ha sido constantemente invocada en sus textos, aunque sin precisar demasiado su significado y alcance. Podría decirse que es la posición oficial de la ONU desde la aprobación de la DUDH. La idea de la indivisibilidad de los derechos humanos subraya la *interdependencia* y la *complementariedad* de los diferentes derechos humanos. No cabe establecer una separación radical entre las diversas categorías de derechos humanos. El ser humano los necesita todos. Todos son indispensables para la realización del ser humano en su entorno social. La *integridad* hace referencia, entre otras cosas, a la indivisibilidad entre los distintos grupos o “generaciones” de derechos humanos, en el sentido de que las relaciones entre ellas serían de interdependencia y complementariedad recíproca, sin que la existencia de sucesivas generaciones implique la existencia de una jerarquía de derechos, en particular, en lo que respecta a la relación entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales. No es posible establecer una jerarquía entre ambas generaciones de derechos, ni en beneficio de los primeros ni de los segundos. Estaríamos ante “dos prioridades distintas y paralelas”. Una categoría de derechos mostraría “el camino económico y cuantitativo que hay que seguir”; la otra indicaría “el principio político necesario para progresar”. Los derechos humanos sólo *conjuntamente* pueden realizarse de forma adecuada. Los distintos derechos se hallarían en una situación de vasos comunicantes. El descenso en el nivel de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de todos y viceversa. Por eso no cabe “racionarlos” (MEYER-BISCH, P.: *Le corps des droits de l’homme*. Fribourg (1992): Éditions Université, p. 12-16).

• **Pedro Talavera Fernández**

Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia (España). Doctor en Filosofía por la Universidad de Roma (Italia) y doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Ha sido profesor Visitante de la Loyola University of Chicago (USA), de Cambridge University (UK); de la Università di Roma II (Italia) y de la Universidad Católica de Chile. Email: ptalaver@uv.es

Significa, por el contrario, la plena asunción de la realidad existencial de esas dos terceras partes de habitantes del planeta, cuya necesidad imperiosa consiste en tener garantizadas unas condiciones mínimas de supervivencia, que pasan por el acceso a unas condiciones mínimas de salud, al agua potable, a la alimentación, a la paz y al desarrollo; manifestaciones esenciales del concepto de seguridad humana que hoy debe ser prioritario en la reflexión sobre los derechos humanos.

Situado en ese contexto de justicia internacional, y a casi 70 años vista de la proclamación por la ONU de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH), voy a ocuparme en este trabajo de lo que exigiría, en las actuales circunstancias, plantear la garantía efectiva de un derecho al 'nivel más alto posible de salud' (art. 25.1. DUDH y art. 12.1 PIDESC): su reconocimiento como verdadero *derecho fundamental* en el contexto internacional y la efectiva implementación de políticas públicas por parte de los organismos internacionales tendentes a garantizar unos mínimos básicos de salubridad a todos los habitantes del planeta. Para que esto pudiera realizarse considero necesarias, al menos, dos cosas: por una parte, redefinir el concepto de salud, sacándolo de su actual perspectiva subjetivista para devolverlo a una definición objetiva y conectada con la naturaleza; por otra parte, un gran acuerdo internacional a la hora de establecer los *estándar* mínimos de inversión pública en el acceso al agua potable, elementos nutricionales básicos y vacunas normalizadas; y los *estándar* mínimos de atención sanitaria para la prevención y erradicación de enfermedades curables.

Partiendo de esas premisas, desarrollaré este análisis en torno a tres ejes. En primer lugar, las exigencias e implicaciones que conlleva el reconocimiento de la salud como derecho humano; su fundamento y justificación desde una perspectiva iusfilosófica y el modo de garantizarlo jurídicamente como derecho social esencial. En segundo lugar, analizaré el concepto subjetivista de salud a partir de la definición adoptada por la OMS y los problemas que ello comporta a la hora de identificar el contenido esencial del derecho a la salud. En tercer lugar, confrontaremos los presupuestos teóricos del derecho a la salud con la realidad de la atención sanitaria en el primer y tercer mundo, a la luz de los últimos informes realizados por las instituciones internacionales más prestigiosas del planeta.

I. La salud como derecho humano y fundamental

Para afrontar este tema debemos partir de un presupuesto básico: la vida, la integridad física y la salud son todas ellas cuestiones íntimamente relacionadas en el plano existencial del individuo, pero en su categorización y plasmación como derechos humanos tanto en la DUDH de 1948, como en el resto de documentos internacionales y en la propia Constitución española de 1978 (art. 43 CE 'derecho a la protección de la salud'), han recibido un tratamiento diferenciado. En efecto, la vida y la integridad física constituyeron el frontispicio de la primera generación

de derechos; mientras que la salud, desgajada de aquellos, constituyó junto a la educación, el trabajo y el salario justo, el eje de la segunda generación: los derechos económicos y sociales³.

Como es bien sabido, la estructuración de los derechos humanos en dos grandes categorías, además de las diversas cuestiones conceptuales que no procede desarrollar aquí, responde básicamente a un factor diferencial, que explica el mencionado desgajamiento entre la vida y la integridad física por un lado y la salud por otro: se trata de sus distintos mecanismos de garantía. Los derechos civiles y políticos, donde se encuadran derechos personalísimos (la vida y la integridad física son su paradigma, además de la intimidad, la libertad religiosa etc.) y derechos de participación política (sufragio, libertad de reunión, asociación, manifestación, etc.), son derechos relativamente fáciles de garantizar puesto que sólo exigen la *no intervención* del Estado en la vida de las personas y disponer de mecanismos (policiales y judiciales) para sancionar a quienes pretendan vulnerarlos. Sin embargo, los derechos sociales, económicos y culturales, que aspiran a satisfacer las necesidades básicas de todas las personas y a que puedan así participar en condiciones de igualdad real en la vida social, económica y cultural de sus países, son mucho más difíciles de garantizar porque exigen del Estado una 'participación activa', proporcionando a los ciudadanos 'prestaciones' que les permitan acceder a bienes fundamentales para su desarrollo (sanidad, seguridad social y educación, son el paradigma de estos derechos prestacionales)⁴.

Así pues, la mayor o menor extensión y garantía de los derechos sociales dependerá, obviamente, de la capacidad económica de los Estados; de modo que en los países pobres el contenido prestacional de esos derechos es también muy pobre (y en ocasiones, sencillamente inexistente). Esta trágica realidad ha puesto en cuestión la propia naturaleza de estos derechos (es decir, si pueden considerarse realmente derechos humanos)⁵. En efecto, si la universalidad es una nota esencial de los derechos humanos: ¿cómo puede aplicarse esta categoría a aquellos derechos cuyo contenido (o cuya propia existencia) no puede ser universal por definición, ya que depende esencialmente de unas circunstancias económicas determinadas?⁶ En todo caso, lo que pretendo reseñar es que el derecho a la salud y a la atención sanitaria forman parte de esta segunda categoría de derechos humanos, mientras

3 Aunque luego analizaremos en profundidad este aspecto, conviene aclarar desde ahora que cuando nos referimos al 'derecho a la salud' no estamos aludiendo a un derecho a 'gozar de buena salud' (algo obviamente imposible de garantizar); estamos aludiendo —de acuerdo con lo que ya precisó en 1946 la Carta fundacional de la OMS, en su preámbulo y en su art. 1—, a la "consecución del grado más alto posible de salud". De manera que cuando escribimos genéricamente aquí 'derecho a la salud' asumimos implícitamente dicha precisión.

4 VICENTE, T.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia (2006): PUV-Tirant lo Blanch, p. 59-67. Vid. también: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Madrid (2003): Trotta, p. 47-56.

5 LEMA, C.: "Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades* (2010), núm. 22°, pp. 179-203.

6 ANÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2010), núm. 44°, pp. 15-27.

que la vida y la integridad física forman parte de los derechos civiles y políticos; o sea, aquellos que no dependen para su garantía de las condiciones económicas particulares de cada Estado.

Si nos fijamos en la ubicación sistemática de estos derechos en la propia DUDH, apreciamos con claridad esta diferencia sustancial: la vida y la integridad física son recogidos en los primeros artículos: el art. 3: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y el art. 5: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Mientras que el derecho a la salud viene recogido en un poliédrico artículo 25, situado al final del texto, y que junto a distintas cuestiones relacionadas con la salud, incluye además la previsión social y laboral y la protección de la maternidad y la infancia: "1. 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 asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

A partir de esta proclamación, el Derecho Internacional ha reconocido y plasmado el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en multitud de textos, convenios y documentos bajo diversas especificaciones y mecanismos de garantía. No puedo detenerme a examinar cada uno de ellos; pero la ubicación sistemática se mantiene. Baste citar el 'Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales' (PIDESC), de 1966, cuyo artículo 12 expresa lo siguiente: "1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". El apartado segundo establece las medidas que los Estados deben adoptar para la "plena efectividad de este derecho"; y cita, entre otras, la prevención y el tratamiento de enfermedades, y "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos".

Por su parte, los diversos convenios regionales como el 'Convenio Europeo de Derechos Humanos' y la 'Carta Social Europea'; el 'Pacto de San José' para América; la 'Carta Africana de Derechos Humanos' y la 'Carta árabe de Derechos Humanos', han recogido y plasmado el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en términos bastante parecidos, configurando un extenso entramado jurídico que teóricamente los garantiza.

Merece la pena señalar que ha sido la 'Convención Internacional de los Derechos del Niño' de 1989, en su art. 24, donde de manera más extensa y pormenorizada se

ha reconocido el derecho a la salud (del niño en este caso), con uno de los textos más radicales y comprometedores en este ámbito:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

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

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Los mismos problemas que acarreó la ubicación sistemática de los derechos sociales en la DUDH, su plasmación en un Pacto Internacional diverso al de los derechos civiles y políticos y la ausencia de unos mecanismos judiciales internacionales

capaces de garantizarlos, ha provocado la traslación del derecho a la salud a los ordenamientos internos de los Estados, comprometiendo su reconocimiento como verdadero derecho fundamental y proyectando incertidumbres sobre su contenido esencial. Por otra parte, desde la creación de la OMS, se manejan unos conceptos de salud y derecho a la salud tan difusos y amplios que hacen muy difícil determinar las obligaciones que los Estados deben asumir en la materia; lo que explica y justifica en cierta manera que el derecho a la salud no cuente en Europa y América con mecanismos de protección judicial, a nivel supranacional, paralelos a los que sí existen con relación a la protección y garantía del derecho a la vida⁷.

En este sentido resulta paradigmático el modo en el que se ha plasmado en la Constitución española de 1978 (CE) y las numerosas controversias que se han suscitado al respecto. El derecho a la salud viene garantizado desde dos perspectivas diferentes: la existencia de una seguridad social pública y la existencia de una sanidad pública. El primer aspecto se recoge en el artículo 41 CE: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice las prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo". El segundo aspecto viene recogido en el art. 43 CE:

"1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio".

La ubicación sistemática de ambos artículos fuera del núcleo duro de los derechos fundamentales (constituido por los arts. 14-29 CE) y la dificultad de determinar la relación entre uno y otro (saber si se trata de dos derechos diferentes o sólo del género y la especie) los han convertido en objeto de intensos debates doctrinales sin un resultado concluyente y permite plantear dudas sobre su carácter esencial y sobre sus exigencias de satisfacción efectiva por el Estado.

En definitiva, el derecho a la salud plantea de manera emblemática todos los problemas teóricos y prácticos arrostrados por los derechos calificados como sociales. Es más, en él se dan cita los dilemas típicos de la categorización de los derechos sociales como derechos humanos, a pesar de que hace décadas que la

7 Aunque ha habido avances en la materia, queda mucho por hacer: JIMENA, L.: "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", *Estudios de Economía Aplicada* (2009), núm. 27°-3, pp. 743-766. Vid también: JIMENA, L.: *La jurisprudencia del comité europeo de derechos sociales. Sistema de reclamaciones colectivas*, vol. I, 1998-2005. Valencia (2007), Tirant Lo Blanch.

ONU insiste en que la indivisibilidad e interdependencia entre derechos civiles y derechos sociales es una nota esencial e ineludible de su concepción⁸. De ahí que, como presupuesto para afrontar su grado de realización efectiva en el planeta, resulte imprescindible abordar sus ámbitos más problemáticos: su justificación y fundamento como derecho; su contenido esencial; su configuración jurídica y los mecanismos para su exigibilidad.

II. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

El planteamiento tradicional de la teoría del derecho situaría la cuestión en los siguientes términos: ¿Es el derecho a la salud un derecho de libertad o un derecho de igualdad? ¿Bastaría para justificarlo con acudir a la fundamentación iusnaturalista que sostiene la DUDH, apoyada en el concepto de dignidad humana? ¿Sería suficiente invocar su inclusión en la DUDH y en el PIDESC para exigir su inmediata y efectiva realización en todos los Estados? Las respuestas no son en absoluto concluyentes.

I. ¿Existe un verdadero derecho a la salud?

No pocos planteamientos teóricos han cuestionado la existencia de un 'derecho a la salud'. Tanto desde el cuestionamiento general de los derechos sociales como categoría real de derechos humanos, como desde quienes apelan a la imposibilidad de garantizarlo universalmente. Las razones que se apuntan para este cuestionamiento podrían sintetizarse del siguiente modo⁹:

a) El derecho a la salud no existiría por cuanto los derechos sociales no tienen la consideración de verdaderos derechos fundamentales. Los derechos únicamente pueden garantizar libertades negativas (de abstención); es decir, espacios en los que el titular puede actuar libremente sin ser molestado por nadie. La misión del Estado no puede ser otra que la de abstenerse de coartar la libertad de los individuos en esos ámbitos, protegerles frente a quienes pretendan hacerlo y proveer los mecanismos para que, en caso de violación de ese espacio, el agredido pueda exigir justicia y reparación. Desde esta perspectiva, el derecho a la salud no podría pasar de un control básico de las condiciones de salubridad pública y garantizar que las instituciones y las personas que trabajan en el ámbito de la sanidad cumplan unos requisitos mínimos de carácter profesional. Este planteamiento es sostenido desde posiciones neoliberales extremas y, con cierta moderación y matices, rige en la sanidad pública de los países anglosajones. En todo caso, no parece un planteamiento sostenible¹⁰.

8 ANÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", cit., pp. 27-32.

9 Asumimos en este punto la síntesis realizada por MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "El derecho a la salud: un derecho esencial", *Derechos y Libertades* (2006), núm. 14º, pp. 132-137.

10 ANÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", cit., pp. 34-36. VICENTE, T.: *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., pp. 68-74.

b) Sólo existirían los derechos sociales que cuentan con las garantías jurídicas que los hacen efectivos. En gran parte de las constituciones de los países desarrollados, el derecho a la educación –que es un derecho social- cuenta con las mismas garantías constitucionales de protección que los derechos civiles y políticos. Es el único derecho social que tiene esta consideración (y sólo en algunos Estados –pocos- del mundo). En el resto del planeta, los derechos sociales y, en especial, el derecho a la salud, sólo cuentan con el desarrollo y la protección que se deriva de las leyes ordinarias que se ocupan de la materia. Pero la moderna teoría de los derechos humanos entiende que no podemos identificar la existencia de los derechos con sus garantías. La existencia de verdaderos derechos no puede ligarse a su reconocimiento y garantía efectiva dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Continúa, pues, siendo válida la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, en función de su nivel de reconocimiento jurídico¹¹. El derecho a la salud participa de esta situación: plenamente reconocido en el ámbito internacional, escasa o nulamente garantizado en la mayoría de los Estados del mundo¹².

c) La universalidad no sería una nota inherente a los derechos sociales, de ahí que no se les pueda considerar verdaderos derechos humanos. Ciertamente, resulta innegable que el contenido del derecho a la salud está muy condicionado por la capacidad económica de los Estados y por las políticas públicas que se desarrollen. Obviamente, las medidas para preservar la salud o las prestaciones sanitarias no pueden ser las mismas, o parecidas, en un país rico que en uno pobre; en un Estado social que en uno de carácter liberal. Pero la diversidad de contenido del derecho a la salud no puede utilizarse como argumento contra su universalidad¹³. La capacidad económica de un Estado, las políticas públicas en sanidad, las circunstancias particulares (genéticas, ambientales, laborales, alimentarias, de estilos de vida, etc.) de la población, etc., condicionarán y especificarán el contenido del derecho, pero en absoluto pueden determinar su existencia. El derecho a la salud, con independencia del Estado y las circunstancias específicas de su regulación positiva, debe tener siempre el mismo objetivo: garantizar a todos los individuos unas condiciones de vida saludable y una atención sanitaria básica cuando lo requieran. El modo en que esto debe (o puede) concretarse en cada caso variará y dependerá de las circunstancias peculiares a que hemos aludido¹⁴.

11 PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid (1999): Tecnos, pp. 29-30.

12 ANSUATEGUI, J.: "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en AA.VV., *Los derechos sociales como una exigencia de justicia* (eds. V. Zapatero y M.I. Garrido). Madrid (2009): Universidad de Alcalá, pp. 151-156. Vid también: BOLIVAR, L.: "La doctrina en materia de derechos económicos, sociales y culturales: avances y dificultades en su aplicación y exigibilidad", en AA.VV.: *Democracia y derechos económicos, sociales y culturales*. San José de Costa Rica (2005): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 33-53.

13 LEMA, C.: "Derechos sociales ¿para quién?", cit., p. 187-191.

14 BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*. Granada (2006): Comares, pp. 193-194.

2. ¿Es un derecho de igualdad o de libertad?

También podríamos cuestionarnos si se trata de un derecho de libertad o de igualdad. De acuerdo con el planteamiento clásico, en la medida en que el derecho a la salud se incluye en la categoría de los derechos sociales, debería considerarse un derecho de igualdad. En efecto, la teoría de los derechos humanos ha determinado con bastante unanimidad que los derechos civiles y políticos son derechos de libertad, mientras que los derechos sociales son derechos de igualdad. Los primeros consagrarían la concepción de la denominada libertad positiva: "libertad de", ausencia de dominio, protección frente a las injerencias del poder o de terceros; y "libertad para", participar en la gestión política de la comunidad y en la creación de normas¹⁵. Los derechos de igualdad tendrían como objetivo la consecución de unas condiciones mínimas de vida iguales para todos. Más allá de la 'igualdad formal', reconocida en las grandes declaraciones de derechos, se trataría de conseguir una 'igualdad material', que permita un ejercicio 'real' de la libertad para todos los individuos¹⁶.

Hoy día resulta difícil sostener esta distinción analítica debido a la transformación conceptual que el Estado social ha producido en la concepción de los derechos. En este contexto, los principios de libertad e igualdad están indistintamente en la base de todos los derechos individuales. No cabe sostener que se goza de una verdadera libertad si no se tiene acceso, por ejemplo, a un servicio público de educación o de sanidad. De ahí surgió la necesidad de reformular la noción de libertad para ajustarla a las condiciones reales de la sociedad, dando lugar al concepto de "libertad real", que permitió profundizar en el modelo de Estado social. Esta idea renovadora impulsó la implicación de los poderes públicos en la remoción de los obstáculos económicos y sociales que impedían a determinados individuos ejercer una libertad efectiva¹⁷.

Esta imbricación del Estado en las cuestiones económicas y sociales de los ciudadanos dio lugar al denominado Estado del bienestar. Desgraciadamente, este modelo ha perdido hoy gran parte de la fuerza y atracción conceptual que suscitó como fundamento fuerte de los derechos sociales y, en particular, de los relacionados con el ámbito de la salud. El colapso de los servicios sanitarios públicos y el gasto farmacéutico desorbitado en las sociedades occidentales, está generando un cierto auge de lo privado en la atención sanitaria (en la gestión y en los seguros médicos) que ponen en entredicho el axioma de que es posible una atención sanitaria pública universal de calidad. Dicho de otro modo: la salud se estaría desplazando más hacia el ámbito de la libertad que de la igualdad. De esta realidad problemática han

15 HAARSCHER, C.: *Philosophie des droits de l'homme*. Bruselas (1999): Université de Bruxelles, p. 131 ss.

16 PRIETO, L.: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid (1990): Debate, pp. 188 ss.

17 RUIZ MIGUEL, A.: "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa* (1994), núm. 15°-16°, pp. 656 y ss.; PRIETO, L.: "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1995), núm. 22°, pp. 9-57.

surgido las voces que continúan cuestionando la realidad de un derecho humano incondicionado a la atención sanitaria, con carácter absoluto y universal¹⁸.

3. La salud como una “necesidad básica”

Desde hace tiempo, los problemas de fundamentación de los derechos sociales, y del derecho a la salud en particular, se acogieron al argumento de las ‘necesidades básicas’. Esta línea fue elaborada inicialmente por la escuela de Budapest, a partir de algunas referencias de Marx, y en la actualidad ha sido aceptada por autores de diversas ideologías, incluyendo algunos de los más liberales¹⁹. La existencia de un derecho fundamental a la salud se justificaría, desde esta teoría, acudiendo al argumento de que la imposibilidad de ser atendido cuando se tiene un problema de salud generaría al sujeto la privación de un bien tan esencial que le impediría ser dueño de sí mismo y perfeccionarse como persona y como ciudadano activo. Le impediría llevar una vida que pudiera calificarse de humana. La carencia de atención sanitaria conduciría al sujeto a un estado de necesidad que podríamos calificar de inhumano. De ahí la exigencia de un derecho a la protección de la salud como consecuencia de ser ésta una necesidad básica de todo ser humano.

La categoría de “necesidad básica” nos permite afirmar que ningún individuo puede ser verdaderamente libre, o llevar una vida digna y realmente humana, sin tener acceso a los bienes básicos de la existencia. No cabe hablar, pues, de ejercicio pleno de las libertades en situaciones de penuria extrema, como tampoco cabe hablar de ello en situaciones de insalubridad pública y falta de atención sanitaria básica. No obstante, algunos autores liberales han señalado la dificultad de distinguir entre las verdaderas necesidades y los simples deseos o caprichos individuales. Y, en efecto, resulta esencial distinguir ambas cosas. Cuando se habla de ‘necesidades básicas’ no se está haciendo referencia a las circunstancias personales que puedan llevar a un sujeto a desear un objeto o una situación determinada. No se trata de estados de ánimo, volubles o arbitrarios, sino de hechos objetivos en los que cabe constatar una carencia humana esencial²⁰.

Las ‘necesidades básicas’ están lejos de lo que podemos denominar preferencias o deseos subjetivos. Estamos ante cuestiones objetivables que están más allá de la voluntad individual y de los dictados del interés personal. Precisamente en su carácter objetivo radica la posibilidad de su justificación y de su satisfacción por

18 DE LORA, P.: “El derecho a la protección de la salud”, en AA.VV.: *Constitución y derechos fundamentales* (coord. BETEGÓN, J. et alii). Madrid (2004): Presidencia del gobierno, pp. 879-901.

19 AÑÓN, M.J.: “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”, en AA.VV.: *Derechos Humanos* (J. BALLESTEROS, ed.). Madrid (1992): Tecnos, pp. 110-115.

20 CONTRERAS, F.J.: *Derechos sociales, teoría e ideología* (1994): Madrid, Tecnos, p. 41.

parte del Estado. Las 'necesidades' fundantes de los derechos sociales se caracterizan por los siguientes rasgos²¹:

a) Son necesidades 'básicas'; es decir, necesarias e indispensables para llevar una vida digna, hasta el punto de que quien no logra su satisfacción lleva una vida infrahumana, carente de los bienes mínimos exigibles por la condición de ser humano. Entre estos bienes básicos para la subsistencia hemos de incluir necesariamente el alimento, el vestido y la atención sanitaria.

b) Son necesidades 'objetivas'; es decir, se trata de privaciones externas al sujeto; de ahí que la constatación de su carencia pueda determinarse con claridad y evidencia. La carencia de alimento, de vestido o de atención sanitaria, produce unos efectos claramente constatables y evidenciables en los sujetos que las padecen.

c) Son necesidades 'generalizables', en el sentido de que pueden extenderse a toda la población del planeta (no cabe que sean sólo reivindicaciones de un grupo, país o grupo de países). Todos los informes y estudios de los organismos internacionales nos confirman que tenemos recursos suficientes para que todos los habitantes del planeta puedan acceder a los bienes básicos y los recursos mínimos exigibles para una vida digna.

d) Son necesidades 'históricas'; es decir, están ligadas a unas coordenadas espacio temporales concretas, de modo que pueden variar si esas circunstancias varían.

Podemos afirmar, pues, que estamos ante una 'necesidad básica' cuando su carencia provoca en el sujeto la privación de algún bien imprescindible para que pueda ser considerado, en sentido kantiano, como un fin en sí mismo; es decir, como un agente libre que puede desarrollar su propio proyecto vital. La estrecha relación entre necesidades y derechos sociales deriva precisamente de reconocer que estos garantizan la satisfacción de bienes básicos indispensables para la subsistencia digna de los individuos. Como dijimos, entre estos bienes básicos, la salud ocupa un lugar central junto al alimento y el vestido. En el mismo escalón, aunque en otro grado, se encuentran también la educación y la vivienda²².

En definitiva, la protección de la salud constituye el exponente más cualificado de una necesidad básica, que justifica objetivamente la existencia de un derecho fundamental en este sentido que la garantice a todos los individuos que forman parte de un Estado. Ese mismo carácter es el que postula y exige su universalización (su reconocimiento y su garantía universal en todo el planeta)

21 AÑÓN, M.J.: *Necesidades y derechos*. Madrid (1994): CEC, pp. 61-69.

22 *Ibid*, pp. 72-74.

4. El derecho a la salud y la 'indivisibilidad' de los derechos

El último argumento utilizado para fundamentar la categoría de los derechos sociales y, en particular, el derecho a la salud, pasa por acudir a la 'indivisibilidad' e 'interdependencia' de los derechos humanos. La indivisibilidad no está entre las notas tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos: tiene un origen más reciente. Surgió en el ámbito de Naciones Unidas, a raíz de la Conferencia de Viena de 1993, siendo desde entonces constantemente invocada en sus textos, aunque sin precisar demasiado su significado y alcance. Podría decirse que es la posición oficial de la ONU desde la aprobación de la DUDH.

La noción de indivisibilidad subraya la interdependencia y la complementariedad de los diferentes derechos humanos. Los distintos derechos se hallarían en una situación de vasos comunicantes. El descenso en el nivel de cualquiera de ellos implica el descenso de nivel de todos. Por eso no cabe "racionarlos". No cabe establecer un "*apartheid* según el grado de desarrollo"; una actitud muy extendida en ambientes económicos y políticos de las sociedades desarrolladas del Norte, consistente en pensar que el nivel de realización de los derechos humanos no puede ser el mismo para los países desarrollados que para los restantes. Por desgracia, en muchas ocasiones, los propios gobiernos de los países pobres del Sur recurren también a este argumento, aunque por razones bien distintas: pretenden justificar (buscar una coartada) la escasa o nula garantía de los derechos sociales en sus países (también de los civiles en no pocos casos)²³.

Frente a esto, es necesario recalcar que "la indivisibilidad no es un objetivo reservado a las naciones que ya han adquirido un catálogo de derechos variados; es una exigencia inmediata, condición necesaria para la realización de cualquier derecho 'troncal básico', como los que hacen referencia a la protección de la salud, protección contra el hambre, la tortura y la incultura"²⁴. Se trata de reconocer la complejidad que entraña la satisfacción de estos derechos tan prioritarios. Hay que tener en cuenta que la efectiva realización de esos derechos troncales básicos exige estrategias globales dirigidas a satisfacer no un derecho aisladamente, sino el conjunto de los derechos²⁵.

La indivisibilidad aparece, pues, como un criterio también decisivo para fundamentar la protección de la salud como derecho humano básico, en la medida en que no cabe establecer una jerarquía, una diferencia de grado, entre los derechos de primera y de segunda generación: unos y otros conjuntamente responden a las exigencias de la dignidad del ser humano. De igual modo, la salud es el presupuesto

23 MEYER-BISCH, P.: *Le corps des droits de l'homme*, cit., pp. 15-18.

24 *Ibid.*, p. 276-279.

25 AÑÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", cit., pp. 27-32.

primario e indispensable para el ejercicio real y pleno de todos los demás derechos, lo que la convierte en uno de los derechos llamados “troncales”; es decir, los que garantizan los bienes más básicos para la subsistencia del sujeto.

III. NORMATIVIDAD Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Que se pueda justificar la existencia del derecho a la salud como derecho humano y derecho social, no significa que de ahí se deduzca automáticamente su normatividad y su exigibilidad. Para ello hace falta poner en juego nuevos argumentos. En efecto, afirmar la indivisibilidad de los derechos y que estamos ante una necesidad básica significa fundamentar su categoría de derecho, pero no que de ello se deriven deberes y obligaciones para alguien y que sean directamente exigibles. Abordar los problemas teóricos y jurídicos del derecho a la salud es un desafío notable.

Que los derechos sociales tengan fuerza normativa y que sean exigibles son dos cuestiones estrechamente relacionadas pero de naturaleza distinta. En el primer caso se trata de establecer si estamos ante un derecho vinculante, a quién vincula y cuál es el fundamento de esa vinculatoriedad. En el segundo caso, se trata de determinar si existen mecanismos judiciales que permitan reclamar el cumplimiento de los deberes y obligaciones generadas por el derecho (si es que éste genera algún tipo de obligación)²⁶.

¿Es el derecho a la salud un derecho social vinculante que genera determinadas obligaciones? Hace cuatro décadas que Bobbio demandaba menos retórica y ampulosidad en las declaraciones de derechos y más realizaciones, señalando que el problema de los derechos radicaba sobre todo en su protección y no en su reconocimiento²⁷. La DUDH constituía, para él, un refrendo suficientemente universal para su validez y justificación. Si nos acogiéramos a este planteamiento, la presencia del ‘derecho a la protección de la salud’ en la Declaración Universal, en el PIDESC y en los diversos documentos internacionales y regionales, debería ser suficiente para justificar su obligatoriedad, pero desgraciadamente no es así. De ahí que se sigan reclamando argumentos que justifiquen específicamente que el derecho a la salud genera obligaciones concretas y que éstas son exigibles. En efecto, para que podamos hablar de la protección de la salud como un verdadero derecho social es imprescindible que éste genere *de iure* obligaciones ‘positivas’ y que exista también su correlato necesario: mecanismos de garantía que las hagan exigibles. Es cierto que los derechos sociales requieren siempre de un plus de justificación que no se pide a los derechos civiles y políticos (que generan básicamente obligaciones ‘negativas’); pero en el caso de la salud estas garantías resultan imprescindibles debido a su carácter troncal.

26 MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, cit., pp. 137-142.

27 BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Madrid (1991): Sistema, pp. 15-19.

Han sido los teóricos de las necesidades básicas quienes más se han preocupado de justificar la normatividad de los derechos sociales. La cuestión se ha planteado del siguiente modo: ¿constatada la necesidad básica en un sujeto, existe la obligación moral colectiva de satisfacerla? En lo que a la salud se refiere, podría formularse así: ¿constatada la necesidad de atención médica de un sujeto, existe una obligación moral por parte de la sociedad de atenderle? La respuesta teórica a esta pregunta ha sido respondida de tres modos diferentes: hay quienes piensan que existe un nexo inseparable entre el hecho y el valor con relación a las necesidades básicas, afirmando que de la constatación de una necesidad se deriva necesariamente la obligación colectiva de satisfacerla. En sentido contrario, hay quienes niegan radicalmente toda conexión entre ser y deber ser en relación con las necesidades, entendiendo que toda necesidad es subjetiva y nada justifica la exigencia colectiva de su satisfacción. Finalmente, hay quienes no afirman el nacimiento de una obligación, pero reconocen “una cierta relación entre las necesidades y su satisfacción”, considerando que las necesidades constituyen sobre todo “razones para la acción”²⁸.

Parece más razonable sostener esta última posición; es decir: que la constatación de una necesidad no genera *per se* la obligación moral de satisfacerla, pero esa constatación sí supone un argumento moral fuerte que, en conjunción con otros (peculiares circunstancias sociales, económicas, culturales, etc., del país), debería constituir un fundamento sólido para implementar un determinado derecho social. En el caso de la protección de la salud, la constatación de una dolencia en un sujeto cualquiera del planeta (y el grave perjuicio que le causaría no ser atendido médicamente), no constituye la razón última y definitiva para generar una obligación moral y jurídica de brindarle esa atención médica; pero la constatación de esa necesidad básica sí sería una razón de peso para poner en marcha los recursos médicos disponibles en ese sentido²⁹.

También se han planteado otras vías para justificar el surgimiento de obligaciones colectivas con relación a los derechos sociales en general y al derecho a la salud en particular. Una muy significativa, siguiendo la estela de Habermas, Apel y Rawls en su concepción de la ética dialógica o comunicativa, es la que pretende buscar en el consenso social mayoritario el fundamento de la protección jurídica de determinados derechos sociales, en especial de uno tan básico como el derecho a la salud. Acudiendo a la comunidad ideal de diálogo y atendiendo a las reglas comunicativas básicas propuestas por estos autores, cabría afirmar la existencia de un consenso global (siempre renegociable y modificable) en torno a los siguientes puntos: a) la salud es una ‘necesidad básica’ para poder ser y actuar como ciudadano libre en una sociedad democrática; b) ésta es una razón suficiente para el reconocimiento y protección jurídica de la atención sanitaria en el ámbito público. Este sería el

28 En este sentido, AÑÓN, M.J.: *Necesidades y derechos*, cit., pp. 190-219.

29 MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, cit., p. 139.

argumento implícito que ha seguido el ordenamiento jurídico español, para arbitrar un sistema público, universal y gratuito de asistencia sanitaria durante los últimos 35 años, como si en realidad hubiéramos tenido las circunstancias económicas y sociales de un país plenamente desarrollado (cuando no era así en absoluto) y ante la notable debilidad e indeterminación de los arts. 41 y 43 de la Constitución. En efecto, aun estableciendo un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE) y reconociendo la existencia del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), la ubicación sistemática de ambos les priva de la categoría de derechos fundamentales, en sentido estricto, y los convierte en meros “Principios rectores de la política social y económica” (así se expresa el capítulo III del Título Primero de la Constitución), con lo que esto comporta en relación al debilitamiento de su exigibilidad³⁰.

El derecho a la protección de la salud no sería, pues, un derecho fundamental sino un simple “principio rector”, cuya protección y garantías constitucionales son muy escasas. Y es precisamente cuando falta la protección constitucional y se desvirtúa su carácter de derecho fundamental, cuando resulta necesaria la justificación de su obligatoriedad, algo que no puede hacerse sino acudiendo al debate público³¹. En ese contexto es donde deben surgir los argumentos consistentes que puedan otorgar a la atención sanitaria la categoría de bien esencial para la sociedad y exigir para él la cobertura jurídica indispensable que la garantice como derecho y asegure su prestación universal. Así ha sucedido en España en los últimos 35 años: ha existido un amplísimo consenso social dirigido a la cobertura sanitaria pública y universal y sobre el mantenimiento de un régimen público de Seguridad social³². Además, en estos últimos quince años, en la medida en que nos hemos convertido en un país receptor de inmigración, ese consenso social mayoritario se ha proyectado más allá de la ciudadanía. La universalidad de la prestación sanitaria básica se ha extendido a todos los individuos que se encuentran en territorio español, con independencia de su nacionalidad³³.

- 30 La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que la CE no reconoce derechos subjetivos en la materia incluidas en el capítulo III del Título I, cuyas disposiciones tienen un valor solamente programático. Por tanto, tampoco el derecho a la salud es propiamente un derecho subjetivo, a pesar de la expresión utilizada por el legislador, constituyen únicamente “normas de acción, que señalan al legislador y a quienes ejercen los poderes públicos, el camino que deben seguir”. En este sentido, vid. DE LORA, P.: “El derecho a la protección de la salud”, cit., pp. 890-893; MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, cit., pp. 140-141.
- 31 La necesidad de fundamentar en el debate público la cobertura del derecho a la salud surge de la afirmación realizada por el art. 53.3 CE: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios recogidos en el capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.
- 32 Así lo demuestra la aprobación de la *Ley General de la Seguridad Social* y de la *Ley General de Sanidad* en 1986, cuyo espíritu se ha mantenido en los sucesivos desarrollos y actualizaciones que el ámbito de la sanidad ha experimentado hasta la fecha.
- 33 Para un tratamiento del derecho a la protección de la salud en la Constitución española pueden verse, entre otros: DE LORA, P.: “El derecho a la protección de la salud”, cit., pp. 875-901; JIMÉNEZ DE PARGA, M.: “Derecho a la protección de la salud”, disponible en www.Madrid.org; APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la protección de la salud” en AA.VV., *Comentario a la constitución socio-económica de España* (coord. APARICIO, J.). Granada (2002): Comares, pp. 1553-1566; BORRAJO, E.: “Art. 43: protección de la salud”, en *Comentarios a la Constitución española* (PÉREZ, A. y LÓPEZ, A. eds.), T. IV, Madrid (1996): Edersa, pp. 349-391; REY, S.: “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, *Derechos y Libertades* (1998) núm. 6º, pp. 161-168.

Esta situación permite hablar en España de un derecho a la protección de la salud que, aun no teniendo el carácter de derecho fundamental, sí es un derecho subjetivo positivado, en la medida en que así se ha reconocido, garantizado y desarrollado en la legislación sanitaria vigente.

Como hemos visto, el nivel de cobertura y garantías del derecho a la protección de la salud, allá donde no ha recibido un carácter de derecho fundamental, depende en última instancia del grado de consenso social existente sobre la importancia del bien "salud" y el destino de los recursos que a protegerla deben destinarse. En ese sentido, podríamos establecer un principio de proporcionalidad entre la riqueza y circunstancias sociales de un país y la asignación de recursos públicos al ámbito de la sanidad. Se trata de una ecuación en la que podría establecerse un máximo y un mínimo en función de múltiples variables, pero que siempre debe moverse entre dos extremos: la cobertura pública universal total y la inexistencia de una cobertura pública. Dentro de ese arco debe estar garantizando siempre un mínimo de cobertura básica esencial. Ese mínimo constituye un contenido irrenunciable y exigible del derecho humano a la salud, y debería garantizarse siempre, sean cuales fueran las circunstancias concretas de un país³⁴.

La cuestión radica, entonces, en determinar si, a nivel planetario, podemos hablar de la existencia de una obligación moral de los países desarrollados de garantizar ese mínimo básico irrenunciable de protección de la salud en aquellos otros países que no disponen de ninguna infraestructura sanitaria. En este supuesto, tal obligación dependería, como hemos apuntado, de la existencia de un consenso global al respecto que legitimara y exigiera la adopción de medidas por parte de los Estados. Hoy por hoy este consenso sólo puede darse, de forma indirecta, en el seno de las organizaciones internacionales (ONU, FAO, etc.); lo cual provoca que se vea muy diluido en medio de otro tipo de consideraciones e intereses estratégicos de los países que las componen, a lo que se suma la dificultad de establecer acciones coercitivas en el plano del derecho internacional. Dicha situación comporta tres importantes consecuencias:

a) El consenso mundial acerca de la obligación moral de satisfacción de las necesidades básicas del tercer mundo (alimento, vestido, sanidad) ha cristalizado en la famosa aspiración del 0'7% del PIB de los países ricos (el efecto de acercarse a esa cifra parece más importante que lo que realmente se hace con ello).

b) Ese eslogan del 0'7% ha contribuido a diluir el sentido de la obligación moral y de su exigencia jurídica y la ha convertido en un gesto humanitario (importante, pero que nace de la generosidad y no de una obligación exigible).

34 PALAZZANI, L.: "Diverse proposte sulla distribuzione delle risorse sanitarie", en AA.VV.: *IX Jornadas de Bioética*. Valencia (2008): Facultat de Dret, pp. 41-69.

c) El peso de la realización de tales acciones ha recaído exclusivamente sobre organizaciones humanitarias de todo tipo (*UNICEF, Médicos sin fronteras, etc.*); en el sentido de que los Estados se limitan a financiar sus programas y proyectos, pero no acaban de implicarse directamente en la satisfacción de esas necesidades básicas. La consecuencia de todo esto está a la vista: hay dos terceras partes del planeta (luego lo veremos con detalle) que carece por completo de la asistencia sanitaria básica siendo ésta un componente irrenunciable del derecho humano a la salud.

IV. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO Y EL DISCUTIDO CONCEPTO DE SALUD

Hasta ahora hemos venido utilizado la expresión genérica 'derecho a la salud', aunque hubiera resultado más correcto utilizar la expresión "derecho a la protección de la salud" que es la empleada por el art. 43.1 de la Constitución española. En efecto, la 'protección de la salud' subraya con precisión que estamos ante un derecho *prestacional* por excelencia; es decir, que no se trata de un 'derecho a estar sano' (algo que, obviamente, nadie puede garantizar), sino que se trata de un derecho a 'ser atendido cuando alguien está enfermo'. En otras palabras, se trata de un derecho a recibir una atención (prestación) sanitaria cuando se precisa. Este carácter *prestacional* resulta esencial en la naturaleza del derecho: otorga a su titular la capacidad de exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada; porque el Estado se obliga, a través de los derechos sociales, a actuar para proteger y asistir a sus ciudadanos. Para ello, lógicamente, el Estado debe crear los órganos administrativos y las instituciones pertinentes, dotarlas de recursos, destinar técnicos y especialistas en la materia, elaborar planes de acción y políticas públicas al efecto, etc. En otras palabras, la Administración pública es moralmente responsable ante sus ciudadanos de asistirlos y garantizarles una atención sanitaria mínima cuando estos lo requieran. Esta filosofía de la responsabilidad moral del Estado parece diluirse un poco en la actualidad, en la medida en que se va alimentando la idea de que la atención sanitaria es, sobre todo, una responsabilidad individual (algo que uno debe procurarse por sí mismo cuando se quiere que sea de calidad) y que finalmente será el "mercado" quien la determine. Sostener este planteamiento (propio del neoliberalismo) supondría introducir inadecuadamente el derecho a la salud en el ámbito de la autonomía, propia de los derechos civiles, y contravenir su naturaleza esencialmente 'prestacional', propia de los derechos sociales por excelencia, que generan en el Estado obligaciones positivas (de hacer o de actuar)³⁵.

35 En ese sentido, por ejemplo, la doble alusión de la Constitución española, en sus art. 41 y 43, lejos de ser reiterativa resulta muy coherente, puesto que la proclamación de un derecho a la protección de la salud y las prestaciones que el art. 43 CE impone al Estado (tutelar la salud pública a través de diversas medidas como la asistencia sanitaria y la creación de los servicios necesarios) requieren necesariamente el establecimiento de un régimen público de seguridad social (art. 41 CE). Al respecto, vid: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *La exigibilidad de los derechos sociales*, cit., pp. 65-79.

Hechas estas precisiones, debemos subrayar que el derecho a la salud tiene dos dimensiones que se constituyen a su vez en otros dos derechos más específicos: el derecho al mantenimiento de las condiciones de salud (dimensión social) y el derecho a la atención sanitaria (dimensión individual). Se trata, pues, de un derecho que tiene además de una dimensión individual también una colectiva. En ambos casos, el objeto del derecho es siempre el mismo: garantizar un 'estándar mínimo de salud': en los individuos (a través de la asistencia médica) y en las sociedades (a través de la salubridad pública y las condiciones sanitarias básicas de carácter colectivo). Este segundo aspecto, que engloba las políticas públicas relativas a la sanidad, tiene múltiples e importantes implicaciones pero que desbordaría en su tratamiento el objeto de este trabajo. Nos centraremos, pues, en la primera de las dimensiones.

1. Configuración básica del derecho a la salud

El contenido esencial del derecho a la salud cobra especial relevancia puesto que sólo a partir de él cabe determinar los instrumentos para garantizarlo, los mecanismos para exigir su cumplimiento y los objetivos que debe perseguir la política sanitaria de cada Estado³⁶. A la hora de abordar cuál es su contenido, nada más objetivo que acudir a la doctrina emanada al respecto por parte de los organismos internacionales.

De entrada, debemos destacar las tres consideraciones que el relator especial de la 'Comisión de Derechos Humanos' de la ONU, Paul Hunt, planteó en su informe sobre el marco normativo del que debería dotarse al derecho a la salud. En primer lugar; señala que se trata de un derecho 'incluyente': debe abarcar no sólo la atención oportuna y adecuada de la salud, sino también los determinantes subyacentes a ella (entre los cuales señala el acceso a la educación e información adecuada). En segundo lugar; que el derecho a la salud debe incluir la posibilidad de disfrutar de los establecimientos, bienes y servicios necesarios, sin discriminaciones, para lograr el más alto nivel posible de salud. En tercer lugar; señala que los establecimientos, bienes y servicios de salud, incluidos los determinantes subyacentes, deben estar disponibles y ser accesibles, aceptables y de buena calidad³⁷.

Por su parte, el 'Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales' (CDESC), encargado del seguimiento del Pacto (PIDESC), recogiendo las indicaciones del Informe Hunt, establece en su 'Observación n. 14' que los cuatro componentes básicos del contenido esencial del derecho a la salud son: la disponibilidad, la

36 En principio, la atención de la salud debe formar parte de un servicio público en el que el prestador o actor que se encuentre encargado de brindar dicho servicio debe asumir la corresponsabilidad a la que se hizo acreedor en la medida en que es parte de la organización del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones.

37 Informe A/58/427 del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Paul Hunt, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, presentado el 10 de octubre de 2003 por el Secretario General ante la Asamblea de las Naciones Unidas.

accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad³⁸. El Comité señala también que los niveles esenciales irrenunciables del derecho a la salud –compuestos en su integridad por obligaciones que deben ser satisfechas de manera inmediata- corresponden a la ‘atención primaria básica’ de la salud, tal como ésta quedó definida en la ‘Declaración de Alma-Ata’ de 1978³⁹. Estas obligaciones básicas son las siguientes: 1) garantía de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria; 2) aseguramiento de una alimentación esencial mínima; 3) garantía del acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas y al suministro de agua potable; 4) suministro de medicamentos esenciales; 5) distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; 6) adopción y aplicación de una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública.

Tomando como referencia los cuatro elementos que señala el Comité, el contenido básico del derecho a la salud estaría determinado por lo siguiente:

a) La ‘disponibilidad de la salud’ supone que los ciudadanos tienen derecho a que el Estado ponga a su disposición un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios, programas y profesionales de la salud y también de medicamentos esenciales. Esta nota de disponibilidad es la que fundamenta el derecho a la atención sanitaria individual. Este derecho garantiza que los usuarios reciban la atención sanitaria indispensable para preservar su vida, su integridad física y su dignidad. Esto se concreta en el derecho de todo sujeto al diagnóstico y a todo tratamiento necesario para la preservación de su vida, su integridad y su dignidad; incluiría además el derecho a la atención de urgencia, siempre que ésta sea requerida. Todo esto, obviamente, está sometido a la existencia de mecanismos para exigir la realización del derecho.

b) La ‘accesibilidad de la salud’, supone que los “establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”⁴⁰. De acuerdo con las observaciones del Comité, la accesibilidad tiene cuatro dimensiones: 1) la ‘igualitaria’, en el sentido de no discriminación; 2) la ‘física’, en tanto que espacial y arquitectónica; 3) la ‘económica’ o asequibilidad; 4) la ‘informativa’, que incluye el derecho a recibir, solicitar y difundir

38 PIDESC. Observación General 14, párrafos 43 y 44.

39 La *Conferencia Internacional sobre Atención Primaria (1978)* celebrada en Alma-Atha (Kazakisthán), organizada por la OMS en colaboración con UNICEF, tuvo una gran trascendencia a la hora de potenciar un concepto de atención sanitaria centrado en la realidad socioeconómica de cada país. La *Declaración final* de esta Conferencia estableció como presupuestos de la atención primaria los siguientes: “1. Es un reflejo y una consecuencia de las condiciones económicas y de las características socioculturales y políticas del país. 2. Se orienta hacia los principales problemas de salud de la comunidad y presta los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación necesarios para resolverlos. 3. Comprende, cuando menos, las siguientes actividades: educación sobre los principales problemas de salud y medios de prevención; suministro de alimentos y nutrición apropiada; abastecimiento de agua potable y saneamiento básico; asistencia materno-infantil; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y lucha contra las principales enfermedades endémicas de cada zona y el suministro de medicamentos esenciales”.

40 *Observación General 14* del CDESC, párrafo 12b.

información sobre cuestiones relativas a la salud, sin menoscabar el derecho a la confidencialidad de los datos personales en materia sanitaria. La primera y la cuarta (no discriminación y el acceso a la información), forman parte de los niveles esenciales de salud y, por ello, constituyen obligaciones irrenunciables, de cumplimiento inmediato y universal por parte de todos los Estados, y cuya ausencia resulta de todo punto injustificable⁴¹.

c) La 'aceptabilidad de la salud', según el párrafo 12c de la 'Observación General n. 14' del CDESC, consiste en que "todos los establecimientos, bienes y servicios de salud serán respetuosos con la ética médica y culturalmente apropiados [...] a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida". Esta definición de *aceptabilidad* plantea dos cuestiones importantes para el ejercicio de los derechos por parte de los usuarios: a) el respeto a la autonomía del paciente y el principio del consentimiento informado en la relación médico-paciente; b) el respeto a la diversidad cultural en la prestación de los servicios de asistencia sanitaria⁴².

d) La 'calidad de la salud', supone que los establecimientos, bienes y servicios de salud "deberán ser apropiados, desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad". Según el *Comité*, la calidad de la salud demanda, entre otras cuestiones, "personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia y potable y condiciones sanitarias adecuadas". Con relación a la calidad de las prestaciones y servicios de salud que reciben los usuarios, los Estados tienen obligaciones relacionadas con la puesta en marcha de mecanismos de control y vigilancia que garanticen que esas prestaciones y servicios respeten el principio de dignidad humana ('Observación General n. 14, párrafos 12 y 51).

2. El actual y discutible concepto de salud

- 41 El principio de no discriminación en el acceso a la salud es fundamental y, en su vertiente negativa, aparece como exigencia de igualdad de trato a los usuarios con independencia de la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política, y cualquier otra condición personal o social, tal y como establecen los distintos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, así como las constituciones y tribunales constitucionales de los distintos países. Los únicos criterios válidos para regular el acceso de los usuarios a los bienes, establecimientos y servicios de salud, sólo pueden ser de carácter médico, científico y económico. El principio de acceso a la información es indispensable para un correcto y adecuado ejercicio del derecho a la salud. En efecto, la apertura de canales de información y la puesta en marcha de programas de educación en materias que afectan la salud de las personas favorece el acceso igualitario de los usuarios a los sistemas sanitarios y, además, garantiza la vigencia del principio de consentimiento informado en la relación médico-paciente y fortalece la participación de los ciudadanos en la gestión de los bienes, servicios y establecimientos de salud.
- 42 La autonomía del paciente y el consentimiento informado constituyen los dos principios rectores de la relación médico-paciente. En virtud de ellos, las personas pueden decidir, sin intervención externa de ninguna clase (del Estado o de terceros), sobre todos los aspectos relativos a su salud, siempre y cuando no vulneren el ordenamiento jurídico o los derechos de otras personas. El principio del consentimiento informado es una concreción del derecho a la autonomía personal en el ámbito de la relación médico-paciente. Los pacientes tienen el derecho a recibir por parte de su médico toda la información necesaria para poder decidir, con conocimiento de causa, el tratamiento que mejor les convenga (o incluso renunciar a él). El tratamiento de la autonomía y el consentimiento informado escapa por completo a este trabajo. Sobre el tema pueden verse, entre otros: SIMÓN, P.: *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*. Madrid (2000); TRISCATELA; ROVIRA, A.: *Autonomía Personal y Tratamiento Médico: una aproximación constitucional al consentimiento informado*. Pamplona (2007); ARANZADI; LÓPEZ CHAPA, S.: *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Barcelona (2007); BOSCH.

Después de todo lo expuesto anteriormente, continúa habiendo una cuestión esencial que permanece difusa en medio de las consideraciones formales realizadas: ¿qué debemos entender por salud? He ahí el núcleo básico que determina el contenido último del derecho: el objeto que debe protegerse a través de los instrumentos habilitados para la atención sanitaria. No ha sido tarea fácil hacerlo y tampoco ha ayudado a su adecuada comprensión la definición institucional que ofreció en su momento la OMS. Veamos.

El Diccionario de la RAE define la salud como “el estado en el que un ser orgánico ejerce normalmente sus funciones”. Se trata de una definición de índole fundamentalmente biológica, objetivista, que sirvió de base al concepto de enfermedad largamente utilizado en medicina clásica y que se concretaba en “un estado de anormalidad en el ejercicio de las funciones por parte de un ser orgánico”. Dicho de otro modo: la salud sólo podría definirse de una manera negativa, constatando la ausencia de enfermedades y, por ende, el correcto funcionamiento del organismo. No obstante, este concepto fisiológico, objetivista, de salud ha evolucionado hacia una concepción mucho más subjetivista, cuyo paradigma viene representado por la definición adoptada por la OMS, en junio de 1946, con motivo de su asamblea fundacional: “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Se trata de una definición tan amplia y grandilocuente, y que permite generar tan desmesuradas expectativas en las personas, que ha dificultado mucho una correcta delimitación del derecho a la salud en su dimensión individual y colectiva⁴³. Con esta definición, que abarca prácticamente todos los aspectos de la vida humana, la salud se ha convertido en una ‘categoría subjetiva’: es decir, ya no se trata de un parámetro biológico sino de una ‘aspiración’ definida por el propio individuo. Se puede decir, sin temor a exagerar, que esa utópica idea del derecho fundamental a la “búsqueda de la felicidad”, consagrada en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, hoy viene interpretada universalmente como el derecho a la ‘búsqueda de la salud’ e identificándose con el derecho a disfrutar de la más plena sensación de bienestar posible. La salud, en efecto, ha ido adquiriendo progresivamente un carácter de ‘bien supremo’ y convirtiéndose en el fin último de la existencia humana⁴⁴.

43 Como se ha subrayado acertadamente, el gran acierto de esta definición es haber subrayado las tres dimensiones de la salud: la física, la psíquica y la social; no obstante ha sido unánime su crítica, siendo tachada de utópica, estática y subjetiva. De ahí que, posteriormente, se haya ido matizando con diversas aportaciones (eliminación del sustantivo ‘completo’, añadir el componente medioambiental ‘adaptación al medio’ y la idea de ‘capacidad’ o ‘funcionamientos’. La definición de Milton TERRIS (“La epidemiología y la salud pública”, *RSHP* n.68, p. 6), suele ser hoy la más invocada: “estado de bienestar físico, mental y social, con capacidad de funcionamiento y no únicamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Vid. GAVIDIA, V. y TALAVERA, M.: “La construcción del concepto de salud”, *Didáctica de las Ciencias Experimentales y Sociales* (2012), núm. 26°, pp. 161-175; COSTA, M. y LÓPEZ, E.: *Educación para la salud. Una estrategia para cambiar los estilos de vida*. Madrid (2005): Pirámide; SALLERAS, L.: *Educación sanitaria. Principios, métodos y aplicaciones*. Madrid (1989): Días de Santos. Vid. también: CORTINA, A.: *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid (2001): Tecnos, pp. 261 ss.

44 BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*, cit., p. 190.

Hasta que esta definición de la OMS se asumió como paradigma de progreso para la humanidad, la salud constituía una categoría bastante objetiva, determinada por parámetros biológicos. La conducta del médico se ajustaba a patrones de atención y cuidado a los enfermos, pero en absoluto pretendía satisfacer las demandas o expectativas de estos. El médico se comprometía a realizar una actividad (poner su ciencia médica al servicio de la curación del enfermo), pero nunca se comprometió a conseguir un resultado, porque tal pretensión siempre estuvo fuera de su alcance. En efecto, puesto que los resultados de la actividad médica nunca son completamente previsibles, carecía de sentido plantear contratos sobre el resultado de un acto médico o comprometerse a garantizarlos⁴⁵.

El nuevo paradigma subjetivista ha roto con ese modelo de atención sanitaria; puesto que ya no es la biología ni el médico, sino el propio individuo quien determina su estado de salud. La salud se acaba identificando con la sensación, el deseo o la expectativa del sujeto con relación a su estado físico o psicológico. El paciente (en sentido pasivo) pasa a ser un cliente (en sentido activo) que establece una relación contractual con el médico, basada (no pocas veces) en un desembolso económico. En consecuencia, el derecho a la 'protección de la salud' se acaba traduciendo en la pretensión (exigencia) de recibir el máximo nivel de atención sanitaria para garantizar a cada individuo el máximo grado de bienestar personal; un bienestar calibrado subjetivamente en base a la propia percepción del individuo. ¿En qué se traduce ese bienestar pretendido por el titular del derecho? Se trata hoy de un bienestar interpretado en clave utilitarista; es decir, se traduce en la exigencia de eliminar todo sufrimiento y de potenciar al máximo la capacidad de experimentar sensaciones placenteras.

De igual modo, el derecho a unas condiciones de salubridad pública, se acaba poniendo en relación con las expectativas de bienestar presentes en cada sociedad, lo que supone privilegiar en las políticas públicas aquellos aspectos cuya importancia se mide por la percepción mayoritaria que de ellos tiene la sociedad (he ahí, por ejemplo, la proliferación de unidades antitabaco, de cirugía estética o de reproducción asistida en los países occidentales, mientras que resulta difícil (cuando no imposible) conseguir vacunas para la malaria o la viruela destinadas al tercer mundo). El concepto subjetivista de salud, además, tiene una especial proyección en todo lo relacionado con la biotecnología y las intervenciones genéticas⁴⁶. Pero la otra cara de la moneda aparece en las sociedades pobres, cuyo nivel de expectativas de salud básica (supervivencia) disminuye cada día, porque la ciencia médica se mueve cada vez más por las demandas y expectativas de los más ricos, abandonando las

45 KASS, L.R.: *Toward a more natural science*. New York (1985): The Free Press, p. 211.

46 Vid. TALAVERA, P.: "Células madre embrionarias: enigma terapéutico, dilema ético y negocio de alta rentabilidad", en AA.VV.: *Biotecnología y posthumanismo* (BALLESTEROS, J., ed.), Pamplona (2006): Thomson-Aranzadi, pp. 211-256.

necesidades básicas de salud de los que no pueden pagar (la medicina del paciente se ha convertido en la medicina del cliente). Lo veremos a continuación.

Partiendo de esta concepción subjetivista, la autonomía se convierte en el principio básico ordenador de la salud (sin la modulación de los otros grandes principios: no maleficencia, beneficencia y justicia)⁴⁷. La salud se ha transformado en un asunto privado (la define el propio sujeto y la exige como derecho subjetivo). El ejercicio del derecho a la salud diseña hoy un escenario en el cual el paciente tiene una idea de salud que quiere desarrollar y el profesional sanitario está ahí para procurar satisfacerla con los medios técnicos de que disponga. Basta observar la creciente 'farmacologización' de las sociedades opulentas (gente que toma 20 o 25 cápsulas diarias, una para cada pequeño problema real o imaginario); situación que degenera frecuentemente en la denominada 'medicina del deseo': exigir una intervención médica o farmacológica para cada expectativa que el sujeto genera (la cirugía estética, la reproducción artificial, el adelgazamiento, los psicofármacos, el rendimiento deportivo...). El trabajo médico consiste hoy básicamente en satisfacer las demandas de cuidado sanitario que reclaman los pacientes. La relación médico-paciente se establece como un 'contrato de servicio' entre el médico-proveedor de servicios y el paciente-cliente, encaminado a conseguir un resultado. Tanto es así que la no consecución del resultado esperado puede llegar a ser denunciada ante un tribunal y generar responsabilidades civiles o, incluso, penales.

Por otra parte, esas expectativas individuales de salud han ido creciendo desproporcionadamente, porque la 'medicina moderna' envía a la sociedad un mensaje que es irreal pero que resulta muy peligroso porque es asumido acríticamente: toda enfermedad es curable y evitable si se invierte lo suficiente para investigarla. En consecuencia, el sujeto exige cada vez más a la ciencia médica y lo espera todo de ella incentivado por las espectaculares promesas que la biotecnología y la investigación genética formulan continuamente ante la sociedad a través de los medios de comunicación.

A) Factores que han contribuido a la subjetivización de la salud

La subjetivización, en clave utilitarista, del concepto de salud se explica, a mi juicio, por la conjunción de dos factores fundamentales. En primer lugar, por el triunfo del concepto postmoderno de persona, que ya no se identifica con el *cogito* cartesiano ni con el imperativo categórico kantiano, sino que está ligado al irracionalismo de cuño nietzscheano, que se expresa fundamentalmente en clave de deseo (pulsión),

47 No procede entrar aquí en los matices que diferencian la denominada bioética principialista frente a la denominada bioética personalista. Al respecto puede verse: GARCÍA, J.J., "Bioética Personalista y Bioética Principialista", en: [http:// www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com). Adoptamos la formulación principialista únicamente para constatar la absoluta primacía que ha adquirido el principio de autonomía en el ámbito de la salud, sancionado en la legislación española a partir de la Ley de autonomía del paciente de 2002.

de experiencia o de sensación⁴⁸. El 'Yo' ya no radica en el 'ser' sino en el 'sentir': Yo soy un cuerpo que siente y que desea. La salud, por tanto, no es un dato biológico objetivo, sino la sensación placentera de bienestar (el médico ya no pregunta: ¿cómo está usted?, sino ¿cómo se siente usted). Al sujeto postmoderno ya no le interesa comprender la realidad (porque la realidad, según Vattimo, no es más que pura fábula, pura ficción, un relato que puede ser recreado subjetivamente por otro relato alternativo⁴⁹). Ese sujeto sólo busca sentir, experimentar sensaciones (no quiero 'estar' bien, quiero 'sentirme' bien). Esa 'sensación de bienestar' está exclusivamente ligada a la capacidad de experimentar placer y de eliminar toda manifestación de dolor o sufrimiento (cada vez más ligado hoy a la frustración de expectativas). El recurso masivo a los psicofármacos, al viagra, a la cirugía estética, a la reproducción asistida... son respuestas de la medicina a un concepto de salud entendido como sensación subjetiva; y de un 'derecho a la protección de la salud' concebido como derecho al bienestar; esto es, derecho a mantener la capacidad de experimentar placer⁵⁰.

El segundo factor que ha contribuido a la subjetivización del concepto de salud, como ya he apuntado, radica en la alianza, cada vez más estrecha, entre medicina y tecnología. Esta alianza proclama, sin apenas restricciones, que se puede vencer a la naturaleza y acabar con el sufrimiento por medio de la tecnología. Con ello, la medicina ha sustituido sus fines primordiales clásicos (cuidado y acompañamiento) por los de terapia y curación. Decir medicina hoy es decir investigación avanzada. La medicina ha inoculado en la sociedad la idea de que se puede vencer al cuerpo (curar toda enfermedad) y se puede vencer al tiempo (dilatarse indefinidamente la vejez y la muerte). Una promesa que disuelve el fundamento más sólido de la condición humana: la propia idea de naturaleza. Es decir, se disuelve la evidencia de que la naturaleza humana es limitada e imperfecta en lo corporal (la enfermedad es inevitable) y se concibe la quimera de un estado ideal y perpetuo de bienestar, tecnológicamente asequible (a través de los fármacos, la cirugía y la genética)⁵¹.

48 Algo que deriva de los planteamientos (hoy hegemónicos en occidente) del post-estructuralismo francés (Deleuze, Guattari, Braudillard, Derrida), conectados con la idea nietzscheana del 'nuevo hombre' (o del superhombre-übermensch). Al respecto vid: BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad. Decadencia o resistencia*. Madrid (2000): Tecnos, pp. 85-100; TALAVERA, P.: "Economicism and nihilism in the eclipse of humanism", *Humanities* (2014) núm. 3º, pp. 340-378.

49 La posmodernidad nihilista entiende que los grandes valores del humanismo (el ser, la verdad, la bondad, etc.) son sólo fábulas, sagas, mensajes transmitidos. No hay que seguir interpretando las fábulas como verdades, sino "vivir la experiencia fabulizada de la realidad, experiencia que es también nuestra única posibilidad de libertad" (VATTIMO, G.: *El fin de la modernidad*. Barcelona (1994): Planeta, pp. 26-27).

50 La identificación de la *felicidad* con el *placer*, propio del planteamiento utilitarista, hoy imperante, tiene su origen en J. BENTHAM (Vid. *Falacias políticas*. Madrid (1990): CEC) y J.S. MILL (vid. *El utilitarismo*. Madrid (2007): Alianza.). En la actualidad está sustentado teóricamente por P. SINGER, y su diferenciación entre "animales humano y no humanos"; y la más radical que distingue entre "animales sentientes y no sentientes" (*Repensar la vida y la muerte*. Barcelona (1997): Paidós, pp. 45-63)

51 Al respecto resulta paradigmática la obra de CALLAHAN, D.: *Poner límite. Los fines de la medicina en una sociedad que envejece*. Barcelona (2004): Triacastela.

Esto provoca, al menos, dos efectos muy perniciosos: por un lado, que muy pocos se consideren responsables de cuidar su propia salud, porque ésta ya no se concibe como ligada a la virtud (la vida buena) sino sobre todo ligada a la acción omnipotente de la tecnología médica, que puede solucionar cualquier deficiencia (incluyendo las provocadas por uno mismo: alcoholismo, drogadicción, etc.)⁵². Por otro lado, provoca que los servicios sanitarios deban garantizar a cada individuo (como derecho fundamental) todas sus expectativas de bienestar a través del acceso a los medios más sofisticados de la tecnología biomédica. Esto contribuye a incrementar exponencialmente el colapso de los centros sanitarios y la quiebra económica del propio sistema de salud⁵³.

B) Consecuencias negativas que genera este paradigma

La consolidación de un concepto subjetivista de salud provoca, al menos, tres consecuencias muy negativas de carácter general:

En primer lugar, si el concepto de salud se acaba construyendo en función de las preferencias y expectativas de los individuos y no basado en una 'norma natural' que ordena la vida de las personas, entonces la calificación de bienes básicos relativos a la salud que deben protegerse en la sociedad (el ámbito de la salud pública o las condiciones biosanitarias) dependerá de lo que en cada momento la opinión pública considere indispensable en función de su idea de bienestar. Así lo comprobamos hoy con el exponencial desarrollo de áreas de salud pública, con un coste económico exorbitado, tan sólo provocadas por estilos de vida o actividades propias de la opulencia de occidente: campañas para la prevención de la obesidad, la drogadicción, el SIDA, o el alcoholismo juvenil; prevención de melanomas debidos al exceso de exposición al sol; distribución masiva y gratuita de anticonceptivos de emergencia, etc⁵⁴.

En segundo lugar, el concepto subjetivista de salud condiciona absolutamente el contenido del derecho a la asistencia médica. En efecto, si la salud es algo objetivo (una 'norma natural' que ordena la vida de los seres humanos), el 'derecho a la salud' se concebirá como un auténtico derecho social y exigirá de los poderes públicos una cobertura sanitaria universal. Pero si la salud se concibe como la sensación de bienestar del individuo, entonces su naturaleza de derecho social se debilitará y su contenido esencial tenderá a reducirse al máximo (las urgencias), derivando la mayor parte de la atención hacia el ámbito privado (el Mercado y no el Estado),

52 BENEDICTO, R.: "Martha Nussbaum: las capacidades humanas y la vida buena", *Turia: Revista cultural* (2012) núm. 101-102, pp. 155-172.

53 Vid. OMS. *Informe sobre la salud en el mundo 2010*, en especial: cap. 2. "Más salud por dinero", p. 67-94. Vid también: AA.VV.: *El sistema sanitario público en España y sus comunidades autónomas* (dir. ABELLÁN, J.M.). Bilbao (2013): Fundación BBVA, pp. 277-301.

54 BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*, cit., p. 191-192.

tendiendo a desplazarse hacia el terreno de una 'libertad negativa' (propia de los derechos civiles) y reduciendo el papel del Estado a garantizar la libertad de elección de centro sanitario y la cualificación de los profesionales de la medicina. Finalmente, acabará por eximirse de la obligación de garantizar la prestación pública de esos servicios.

En tercer lugar, el 'derecho a la salud' (al máximo nivel posible de salud) pierde definitivamente su carácter universal (global), como derecho de todo individuo del planeta y, en especial, de los más necesitados; transformándose en una exigencia de mayor bienestar, que sólo resulta real y efectiva cuando se proyecta sobre los ciudadanos de los países ricos. El 'derecho a la salud' en los países pobres se reduce a una cuestión de ayuda humanitaria y cooperación internacional, que diluye la responsabilidad de todos, y que acepta el juego economicista del mercado (el ejemplo de las patentes resulta proverbial).

Finalmente, un concepto subjetivista de salud acaba provocando una perversa alianza entre medicina y lucro económico: la investigación científica puntera no busca primariamente incrementar el nivel mundial de salud, sino responder a las expectativas de bienestar de aquellos individuos que pueden generar beneficios económicos. En efecto, la mayoría de los recursos, en lugar de destinarse a paliar los problemas sanitarios más graves de los países más pobres, se emplean en responder a las expectativas de bienestar de los países más ricos, privilegiando una medicina suntuaria (la medicina estética, la reproducción asistida, etc., son ejemplos patentes). Con ello, a las diferencias económicas ya existentes entre países ricos y pobres, se añade otro elemento discriminatorio más: un abismo creciente en los niveles de salud (que podrían llegar a ser insalvables si algún día se llegasen a realizar intervenciones genéticas para "mejorar" a determinados individuos de la especie humana)⁵⁵.

C) Algunas líneas de actuación para reorientar el actual paradigma de la salud

En atención a lo que hemos expuesto, cabría subrayar algunos puntos esenciales que contribuirían a encuadrar correctamente el concepto de salud y sus repercusiones en la satisfacción del acceso a los bienes básicos de la salud:

1º) Debemos construir un concepto de salud integrado en una dimensión más intersubjetiva y más universalmente compartida, cuyo contenido adopte un enfoque más global, que incluya en sus estándares no sólo las pretensiones de bienestar de los países más desarrollados.

55 GUELL PELAYO, F: "El embrión post-humano: manipulación genética, reproducción asistida y el principio de beneficencia procreativa", *Cuadernos de Bioética* (2014) núm. XXV-3º, pp. 427-443. Vid. también: SILVER, L.: *Remaking Eden. Cloning and beyond a new brave world*, London (1998), W&N, pp. 65-79.

2º) Asumir un presupuesto irrenunciable: la protección de la salud es una exigencia de ámbito planetario. Los recursos deben destinarse a garantizar un estándar mínimo y básico de salud global. No es aceptable que exista una 'discriminación sanitaria' (desigualdad en la garantía y acceso a los bienes básicos de la salud). Millones de personas mueren por no tener acceso al agua potable, mientras que, por ejemplo, se invierten aquí millones de euros en colocar desfibriladores en los edificios públicos.

3º) Debemos dotar de un nuevo sentido al progreso científico en medicina. Su objetivo no debe estar centrado en satisfacer las expectativas de bienestar, cada vez mayores, de las sociedades opulentas de occidente, sino en conseguir aumentar el nivel mínimo de salud a nivel mundial. Hay que evitar que la investigación médica esté determinada absolutamente por el lucro económico.

4º) Debemos procurar que la medicina sea menos dependiente de la tecnología. Hay que desactivar el mensaje de que la tecnología acabará venciendo a la naturaleza y podrá solucionar cualquier deficiencia o patología.

5º) Debemos recuperar la necesaria conexión de la salud con la virtud (exigencias de la vida buena) y no sólo con el bienestar (pretensiones de vida cómoda). Es decir, volver a responsabilizarnos del cuidado y de las decisiones que tomamos respecto a nuestro estilo de vida, evitando pensar que todo tipo de conducta resulta más o menos inocua puesto que sus efectos perversos siempre pueden ser paliados (eliminados) por la tecnología.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Madrid (2003): Trotta.

AÑÓN, M.J.: "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2010), núm. 44º, pp. 15-27.

AÑÓN, M.J.: *Necesidades y derechos*. Madrid (1994): CEC.

ANSUATEGUI, J.: "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en AA.VV., *Los derechos sociales como una exigencia de justicia* (V. Zapatero y M.I. Garrido, eds.). Madrid (2009): Universidad de Alcalá, pp. 145-159.

BALLESTEROS, J.: *Repensar la paz*. Madrid (2006): Eiuinsa.

BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad. Decadencia o resistencia*. Madrid (2000): Tecnos.

BELLVER, V.: *Por una bioética razonable*. Granada (2006): Comares.

BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Madrid (1991): Sistema.

BORRAJO, E.: "Art. 43: protección de la salud", en *Comentarios a la Constitución española*, (PÉREZ, A. y LÓPEZ, A. eds.). T. IV, Madrid (1996): Edersa, pp. 349-391.

CONTRERAS, F.J.: *Derechos sociales, teoría e ideología* (1994): Madrid, Tecnos.

APARICIO, J.: "Derecho a la protección de la salud", en AA.VV., *Comentario a la constitución socio-económica de España* (coord. APARICIO, J.). Granada (2002): Comares, pp. 1553-1566;

CALLAHAN, D.: *Poner límite. Los fines de la medicina en una sociedad que envejece*. Barcelona (2004): Triacastela.

CORTINA, A.: *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid (2001): Tecnos.

COSTA, M. y LÓPEZ, E.: *Educación para la salud. Una estrategia para cambiar los estilos de vida*. Madrid (2005): Pirámide.

DE LORA, P.: "El derecho a la protección de la salud", en AA.VV., *Constitución y derechos fundamentales* (coord. BETEGÓN, J., et alii). Madrid (2004): Presidencia del gobierno, pp. 879-901.

GAVIDIA, V. y TALAVERA, M.: "La construcción del concepto de salud", *Didáctica de las Ciencias Experimentales y Sociales* (2012), núm. 26º, pp. 161-175.

GÜELL, F.: "El embrión post-humano: manipulación genética, reproducción asistida y el principio de beneficencia procreativa", *Cuadernos de Bioética* (2014) núm. XXV-3ª, pp. 427-443.

HAARSCHER, C.: *Philosophie des droits de l'homme*. Bruselas (1998): Université de Bruxelles.

JIMENA, L.: "La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas", *Estudios de Economía Aplicada* (2009), núm. 27-3º, pp. 743-766.

KASS, L.R.: *Toward a more natural science*. New York (1985): The Free Press.

LEMA, C.: "Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades* (2010), núm. 22º, pp. 179-203.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "El derecho a la salud: un derecho esencial", *Derechos y Libertades* (2006), núm. 14º, pp. 132-149.

MEYER-BISCH, P.: *Le corps des droits de l'homme*. Fribourg (1992): Éditions Université.

PALAZZANI, L.: "Diverse proposte sulla distribuzione delle risorse sanitarie", en AA.VV., *IX Jornadas de Bioética*. Valencia (2008): Facultat de Dret, pp. 41-69.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid (1999): Tecnos.

PRIETO, L., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid (1990): Debate.

PRIETO, L.: "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1995), núm. 22º, pp. 9-57.

REY, S., "El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional", *Derechos y Libertades* (1998) núm. 6º, pp. 161-178.

RUIZ MIGUEL, A.: "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa* (1994), núm. 15º-16º, pp. 656-681.

SALLERAS, L.: *Educación sanitaria. Principios, métodos y aplicaciones*. Madrid (1989): Días de Santos.

SILVER, L.: *Remaking Eden. Cloning and beyond a new brave world*, London (1998), W&N.

TALAVERA, P.: "Células madre embrionarias: enigma terapéutico, dilema ético y negocio de alta rentabilidad"; en AA.VV., *Biotecnología y posthumanismo* (BALLESTEROS, J., ed.), Pamplona (2006): Thomson-Aranzadi, pp. 211-256.

TALAVERA, P.: "Economicism and nihilism in the eclipse of humanism", *Humanities* (2014) núm. 3º, pp. 340-378.

VATTIMO, G.: *El fin de la modernidad*. Barcelona (1994): Planeta.

VICENTE, T.: *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia (2006): PUV-Tirant lo Blanch.