# Una teoría de la justicia sobre el derecho a la asistencia sanitaria: Validez, eficacia, fundamento, concepto y justiciabilidad

Autor:
Andrés Felipe Ruiz Rivera

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de Doctor en Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Directora:
María José Fariñas Dulce

Octubre de 2021

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



*A la memoria de Miguel Antonio, Carmen Elisa y Flor Ángela*

# AGRADECIMIENTOS

Quiero efectuar un breve reconocimiento a todas las personas que han contribuido a mi formación como doctor en Derecho y a la presentación de los resultados de mi investigación por medio de esta tesis. En especial quiero nombrar a quienes tuvieron una participación especial y sin los cuales este proyecto no hubiera sido una realidad.

Mi gratitud al ex presidente de la Corte Constitucional, Magistrado Alberto Rojas Ríos, por haber creído en mí, por apoyarme en los momentos de mayor dificultad de mi ejercicio profesional, por ser amigo y consejero en situaciones de extrema adversidad, por haber sido la mano presta que me levantó en los momentos de desdicha. Agradezco su voto de confianza para que ejerciera la defensa de los derechos fundamentales a su lado y desde su Despacho, gracias por fomentar en mí el pensamiento crítico e incentivarme de manera permanente para que culminará mi doctorado, pero, sobre todo, gracias por comprenderme y respetar mi postura divergente frente a muchos de los problemas filosóficos que tratamos.

A Martha Victoria Sáchica Méndez por brindarme su amistad. Su profesionalismo, su vocación de servicio, su ejemplo de vida, su compromiso con la justicia y con la defensa de los derechos fundamentales desde su invaluable función como secretaría general y memoria viviente de la Corte Constitucional, así como en los encargos que ha tenido como magistrada en esa institución a lo largo de dos décadas, han incidido de manera determinante en mí. Agradezco su permanente atención sobre mi bienestar, su sinceridad, su apoyo y su espíritu crítico y objetivo para ayudarme a adoptar decisiones complejas en el ejercicio de mi profesión, así como en mi vida.

Al maestro Andrés Abel Rodríguez Villabona, quien me acogió como estudiante, me formó en el campo de los derechos fundamentales y me abrió las puertas de la docencia en la Universidad Nacional de Colombia. Su genuina, amplia, sincera y desinteresada preocupación por mi situación personal, me permitieron canalizar esfuerzos para formarme

y perseguir un lugar en el mundo académico. Su generosidad con el conocimiento, su respaldo permanente, su preocupación para que pudiera encontrar fuentes de financiación para culminar con mis estudios fueron determinantes para cumplir con este objetivo.

Al maestro Gregorio Mesa Cuadros por sembrar la semilla en mi corazón sobre la inconformidad antes las injusticias. Su defensa activa desde la academia y su trabajo en el campo donde tienen lugar las luchas de la población campesina, indígena, negras, raizales y todos aquellos que han sido excluidos de manera injusta por ser diferentes, es un ejemplo de lucha conjunta y persistente para cambiar los paradigmas fundados en la individualidad y las visiones sectoriales que niegan la diversidad. Su visión crítica sobre las teorías tradicionales y canónicas que protegen el estatus quo no sólo ha generado una gran impresión en mí, sino que ha influido de manera determinante en la elaboración de esta tesis de doctorado.

A Juan Antonio Barrero Berardinelli quien ha sido un soporte constante en mi carrera profesional. Desde su función como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia ha contribuido de manera significativa en mi formación como abogado y docente. Aunado a ello, le agradezco por haber sido comprensivo y prestar sabio consejo en los momentos de duda y oscuridad, en los cuales ha probado ser un gran amigo y confidente.

A Jorge Eliecer Morales Acuña por su gran apoyo para empezar, permanecer y culminar mi doctorado. Su consejo constante, su optimismo y motivación ante las adversidades, pero, sobre todo, su ayuda sincera y desinteresada para resolver las dificultades administrativas y académicas fue decisiva para la realización de esta empresa.

A Joel Alberto Orjuela Donato, a Hermes Humberto Morales Tovar, a William Eduardo Ballesteros, a Neftalí Álvarez Ramírez, a Jaime Andrés Martínez Bustos y a Cesar Giovanny Mora por su amistad incondicional y su constante motivación para cumplir con esta tarea, quienes, a pesar del tiempo, las desavenencias y la distancia han permanecido firmes en los momentos de mayor dificultad.

A Carmen Elisa, Elizabeth y Jorge, por sus enseñanzas de vida, por darme esperanza y un sentido concreto sobre la bondad. Así como a Mauro y a Flor Ángela por su vocación de servicio, su sonrisa espontánea y su constante apoyo para incentivarme a terminar las tareas pendientes.

A Lucybeira Rivera por su protección y comprensión, quien siempre ha creído en mí y me ha instado a perseguir mis sueños y la vida que deseo tener. Gracias por su cuidado, su esfuerzo, su sacrificio y su ejemplo de vida. Por apostar todo lo que tenía para que pudiera formarme, por ser el bálsamo para las heridas y la sonrisa eterna que guía mis más profundos anhelos.

A María José Ruiz Rivera, mi hermana y mi amiga, no sólo por darme tantas alegrías y sueños, sino por su apoyo académico como asistente investigativa en este proyecto. Sus revisiones bibliográficas, sus traducciones de textos complejos, su trabajo diligente, la sistematización de información y, en general, todo su talento, ha contribuido de manera significativa en la culminación de esta tesis.

A mis hijos Daniel y Gabriela Ruiz Pachón, por ser la fuente de inspiración para construir un mejor mañana, por su amor y comprensión ante la imperfección humana. Por darme las respuestas más sencillas ante los problemas más complejos, por enseñarse que existen otras formas de ver la realidad, por reírse de las dificultades y enseñarme lo inútil del enojo. Por realizar un esfuerzo conjunto de ceder el tiempo al que tienen derecho como hijos, para que su padre pudiera invertirlo en la culminación de un sueño.

A Sandra Milena Pachón Romero, mi gran amor. Por ser la luz en la oscuridad, por tomarme de la mano y enfrentar juntos las adversidades cuando el mundo parecía derrumbarse. Por ser mi fuente de fortaleza más grande y mi apoyo constante y permanente, para no desfallecer en el intento de terminar con este proyecto. Por ser mi compañera de vida, la madre de mis hijos y ser la cómplice de mis sueños.

Finalmente, quiero agradecer al mejor amigo que tuve, mi padre, Miguel Antonio Ruiz Pardo, cuyo recuerdo permanente ha sido la motivación y la razón de ser de este trabajo. Su resiliencia ante la exclusión y la falta de oportunidades constituyeron un ejemplo de tenacidad que marcó mi carácter. La inconformidad que a lo largo de su existencia manifestó frente a las injusticias, su inquietud por el Derecho, su vocación de servicio, su batalla para mejorar las condiciones laborales desde el sindicato que presidió por más de veinticinco años, han sido una constante inspiración en mi vida. Por ello, quiero dedicarle este trabajo, el cual, en gran parte, constituye un testimonió de su legado, pues, a pesar de transcurrir casi una década desde su lamentable y prematura partida, sigue dentro de nuestros corazones.

# RESUMEN

Esta tesis tiene por objeto efectuar un análisis crítico de las principales teorías de la justicia en materia de asistencia sanitaria con el propósito de identificar sus elementos estructurales y las consecuencias de su aplicación en materia de política pública y producción normativa. Partiendo de un estudio sobre el surgimiento, desarrollo y expansión del derecho a la salud establece las características que subyacen en su conceptualización y que han orientado la fundamentación del deber contribuir en la financiación de un sistema de asistencia para la mitigación, el tratamiento o la cura de las enfermedades o los problemas de salud, así como para la inclusión de las personas con diversos grados de diversidad funcional en la sociedad.

En sentido similar, tiene el propósito de identificar los razonamientos que proponen algunas escuelas de pensamiento concernientes al deber de restricción de los Estados para ejercer una función redistributiva de recursos o convertirse en un motor de justicia social, de conformidad con algunas doctrinas liberales neoclásicas y libertarias. De esta manera, presenta y evalúa argumentos a favor y en contra del reconocimiento de un derecho a la asistencia sanitaria de cobertura universal, que tenga como propósito brindar las condiciones de atención en salud y de inclusión necesarias para el desarrollo de capacidades humanas básicas.

A partir de ello, formula una teoría de la justicia que establece que la asistencia sanitaria no es un servicio público, sino un derecho con obligaciones específicas por parte del Estado, las cuales pueden ser exigibles ante los tribunales nacionales y supranacionales con fundamento en las normas de derecho internacional público. Aunado a ello, establece la necesidad de establecer enfoques presupuestales diferenciales y la formulación de principios que sirvan de insumos para la producción normativa, para la resolución de controversias, antinomias, lagunas normativas y colisiones de principios, relacionados con el derecho a la asistencia sanitaria.

Finalmente, establece la necesidad de crear acuerdos sustantivos y procedimentales, que sirvan de fundamento para la reestructuración de las jerarquías normativas existentes basadas en la idea del egoísmo, para dar paso a una sociedad incluyente, bajo la égida de una razón práctica orientada al reconocimiento de la diversidad como condición humana y que se adapte a las necesidades de una sociedad global que debe entender que la vida, la muerte, la enfermedad y la diversidad funcional, son intrínsecas a la existencia de toda comunidad y que la empatía, la solidaridad y el respeto, constituyen la base para una sociedad auténticamente libre.

**Palabras clave: Teorías de la justicia, desarrollo, libertad, diversidad funcional, redistribución, utilitarismo, liberalismo, libertarismo, capacidades humanas básicas, derecho a la asistencia sanitaria, razón práctica, metaderecho, condición humana.**

# ABSTRACT

The purpose of this thesis is to carry out a critical analysis of the main theories of justice in health care to identify their structural elements and the consequences of their application in public policy and normative production. Starting from a study on the emergence, development, and expansion of the right to health, it establishes the characteristics behinds its conceptualization and that have guided the rationale for the duty to contribute to the financing of a system of assistance for the mitigation, treatment or cure of diseases or health problems, as well as for the inclusion of people with varying degrees of functional diversity in society.

Similarly, it aims to identify the reasoning proposed by some schools of thought concerning the duty of restriction of States to exercise a redistributive function of resources or to become an engine of social justice, in accordance with some neoclassical liberal and libertarian doctrines. In this way, it pretends and evaluates arguments for and against the recognition of a right to health care with universal coverage, whose purpose is to provide the conditions of health care and inclusion necessary for the development of basic human capabilities.

On this basis, it formulates a theory of justice that establishes that health care is not a public service, but a right with specific obligations on the part of the State, which can be enforceable before national and supranational courts based on the norms of public international law. In addition, it sets the need to lay down differential budgetary approaches and the formulation of principles that serve as inputs for the normative production, for the resolution of controversies, antinomies, normative gaps, and collisions of principles, related to the right to health care.

Finally, it establishes the need to create substantive and procedural agreements, which serve as a basis for the restructuring of existing normative hierarchies based on the idea of selfishness, in order to make way for an inclusive society, under the aegis of a practical reason oriented to the recognition of diversity as a human condition and adapted to the needs of a global society that must understand that life, death, illness and functional diversity are intrinsic to the existence of every community and that empathy, solidarity and respect constitute the basis for an authentically free society.

**Keywords: Theories of justice, development, freedom, functional diversity, redistribution, utilitarianism, liberalism, libertarianism, basic human capabilities, right to health care, practical reason, metaright, human condition.**

# LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| BM: | Banco Mundial |
| CESCR: | Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| FMI: | Fondo Monetario Internacional |
| DADH: | Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre |
| OIT: | Organización Internacional del Trabajo |
| ONU: | Organización de las Naciones Unidas |
| OMS: | Organización Mundial de la Salud |
| OSI: | Oficina de Sanidad Internacional |
| OPS: | Organización Panamerciana de la Salud |
| PIDCP: | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| PIDESC: | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| PIB: | Producto Interno Bruto |
| SARS-CoV2: | Síndrome Agudo Respiratorio Severo, coronavirus 2 |
| UNESCO: | Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura |
| UNICEF: | Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia |

# TABLA DE CONTENIDO


Agradecimientos IV

Resumen VIII

Abstract IX

Lista de abreviaturas X

Introducción XIX

**CAPÍTULO I**

**LOS RASGOS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA**

I. Presentación 1

II. Surgimiento, desarrollo y expansión del derecho a la asistencia sanitaria 5

1. Los orígenes del derecho a la asistencia sanitaria: Período antiguo 5
2. Salud en la edad media 13
3. Salud en la transición a la era moderna 21
4. Salud en los tiempos de la revolución 26
5. El derecho a la salud y la expansión de los derechos sociales 34
6. El siglo XX y la pretensión de internacionalizar un derecho humano a la salud 46

6.1. Antecedentes de la creación de un sistema internacional para la protección de los derechos humanos con énfasis en la salud 48
6.2. El marco normativo establecido por las cartas y declaraciones sobre derechos humanos y la creación de la Organización Mundial de la Salud 52
6.3. Hacia una era de exigibilidad. Los pactos internacionales de derechos humanos 58
6.4. Observaciones Generales realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 73

III. Concepto, fundamento e imputación del derecho a la asistencia sanitaria 79

## CAPÍTULO II

## ANÁLISIS CRÍTICO DE LA INFLUENCIA DE LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA EN EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

**I. UTILITARISMO** 96

Jeremy Bentham, Bernard Williams y la decisión correcta basada en el cálculo de sus consecuencias 98

1. Las premisas del utilitarismo y su incompatibilidad con la idea de derechos 98
2. El utilitarismo como una doctrina no trascendental 105
3. Análisis crítico sobre el respeto a las preferencias personales 109

**II. LIBERALISMO** 119

Friedrich Hayek y el ataque a la justicia redistributiva 122

1. La indeterminación de los conceptos que constituyen el programa de seguridad social 122
2. La falacia y deshonestidad del término "Justicia social" 127
3. El Estado de Derecho, último bastión de la libertad: El establecimiento de la economía planificada como insumo para el totalitarismo 132
4. La actividad monopolística del Estado en la prestación de servicios sociales encubre un propósito redistributivo ilegítimo 138

4.1. Los errores en la fundamentación del servicio médico gratuito 147
4.2. La necesidad del sistema capitalista para garantizar las libertades básicas 150
4.3. La garantía de un mínimo vital a los realmente necesitados no atenta contra la libertad 153

**III. LIBERALISMO IGUALITARIO** 159

1. John Rawls y la justicia como equidad 162

1.1. Una contra teoría del pensamiento utilitario 162
1.2. La propuesta de Rawls para una sociedad justa e imparcial 171
1.3. Enfoques críticos a la teoría de Rawls 177

2. Ronald Dworkin y la igualdad de recursos 185

2.1. Un examen al concepto de la vida buena 185
2.2. Igualdad y capacidades 195
2.3. La justicia y el alto coste de la salud 200

2.3.1. El principio de rescate 201
2.3.2. La alternativa conservadora al principio de rescate 203
2.3.3. El principio de seguro prudente 208

2.4. Las limitaciones para la garantía del derecho a la asistencia sanitaria desde el liberalismo igualitario 212

**IV. LIBERTARISMO** 221

1. Robert Nozick y el Estado mínimo 226

1.1. Un Estado más grande que el necesario para proteger el derecho a la propiedad, garantizar la seguridad y el cumplimiento de contratos es ilegítimo 226
1.2. La insuficiencia del Estado mínimo: La abdicación de Nozick 233

2. Tristram Engelhardt y los límites del poder estatal 236

2.1. El fracaso del proyecto moderno y la consecuente necesidad de establecer una moral secular 236
2.2. La fundamentación de los principios de permiso y beneficencia 250

2.3. La superación del concepto sustantivo del bien o bondad 257
2.4. La inexistencia de un derecho humano a la salud 263
2.5. La imposibilidad de un derecho a la asistencia sanitaria óptima e igualitaria 269
2.6. Consideraciones sobre la limitación de los recursos para la financiación de la asistencia sanitaria 279
2.7. La justificación de un sistema de asistencia sanitaria 287

**V. ENFOQUES ECLÉCTICOS** 298

1. Buchanan y la crítica a la cobertura universal 301

1.1. La inexistencia de un derecho universal a la asistencia sanitaria 301
1.2. La propuesta de un mínimo decente en salud 305
1.3. La beneficencia forzada no selectiva 309

2. Amartya Sen y el desarrollo humano 315

2.1. La oposición desde la teoría del liberalismo igualitario 331
2.2. Los vínculos del derecho a la asistencia sanitaria con el desarrollo humano como proceso de expansión de libertades 334
2.3. La crítica a la categoría de metaderecho propuesta por Amartya Sen en la materialización de derechos con contenido prestacional 340

3. Martha Nussbaum y el enfoque de las capacidades humanas 349

3.1. Las bondades y dificultades del enfoque contractualista para la inclusión 349
3.2. El enfoque de las capacidades como alternativa para la inclusión 357
3.3. Las motivaciones del desarrollo de las capacidades 368
3.4. La asistencia y el papel de las instituciones 372
3.5. Los principios para una estructura global en la expansión de las capacidades 376

## CAPÍTULO III

## UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

I. PRESENTACIÓN 393

II. LA NECESIDAD DE UN DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA 397

1. Justificación 397
2. La ineficacia de un metaderecho a la salud 405
3. Las diferencias entre el derecho a la asistencia sanitaria y un servicio público de salud 409
4. La necesidad de un enfoque presupuestal basado en la diferencia 412
5. Los principios que orientan el derecho a la asistencia sanitaria 415

5.1. Principio de universalidad 416
5.2. Principio de autonomía 416
5.3. Principio de gestión eficiente 417
5.4. Principio de igualdad de trato 418
5.5. Principio de inminencia 419
5.6. Principio de preponderancia 419
5.7. Principio de equidad 420
5.8. Principio de solidaridad 420
5.9. Principio de respeto a la diversidad 421
5.10. Principio de aceptación de condiciones médicas preexistentes 421
5.11. Principio de enfoque presupuestal basado en la diferencia 422

6. Responsables del derecho a la asistencia sanitaria 423
7. La función de control de los tribunales constitucionales 425

III. UN NUEVO PARADIGMA DE LA LIBERTAD: LA INCLUSIÓN 431

1. El abandono de la teoría contractualista y la necesidad de una nueva razón práctica 431
2. Los límites de la democracia en la regulación del derecho a la asistencia sanitaria 438
3. La inclusión como idea regulativa 441

CONCLUSIONES 449

1. La necesidad de formular acuerdos sustantivos y procedimentales 450

2. La reestructuración de las jerarquías normativas 452
3. El reconocimiento de la asistencia sanitaria como un derecho autónomo 454
4. La necesidad de crear principios propios para la exigibilidad del derecho a la asistencia sanitaria que no se fundamente en un esquema de igualdad de recursos 456
5. Un nuevo paradigma del desarrollo y de las libertades 458

BIBLIOGRAFÍA 461

# INTRODUCCIÓN

Este trabajo es producto de una investigación que inicio hace ochos años con la presentación de mi tesis de maestría sobre insumos para la construcción de una teoría de la justicia del derecho a la salud. En aquella oportunidad realicé algunos estudios de caso, sobre enfermedades endémicas, índices de morbilidad y la influencia que algunas teorías de la justicia tenían sobre este tipo de situaciones, sobre todo en países con altos índices de desigualdad.

La preocupación en ese entonces, era lograr articular una serie de argumentos sobre los cuales concluir que el desarrollo basado en mediciones econométricas complejas, el producto interno bruto (aun *per cápita*) y el crecimiento de la riqueza en un determinado Estado, no presentaba una relación directamente proporcional frente al alivio de la pobreza, el reconocimiento de derechos y el ejercicio de vidas dignas desprovistas de miseria.

A partir de ello, se realizaron precisiones sobre la importancia de las libertades básicas para el desarrollo, más que todo sobre las conclusiones a las que llegó Amartya Sen en su investigación presentada en el libro titulado "desarrollo y libertad" y los estudios concernientes a la curva de Lorenz y el coeficiente de Gini que sirven como herramientas para determinar el grado de concentración de la riqueza. En estricto sentido, concluimos que un derecho a la salud constituye un insumo importante para el desarrollo, mucho más efectivo que el crecimiento económico fundado sobre la relativización y denegación de los derechos.

Sin embargo, nuestra preocupación sobre la exigibilidad de los derechos permaneció latente, máxime porque encontramos que las mayores razones para la denegación del derecho a la salud se fundamentaban en un conjunto de autores y teorías que, basadas en la supuesta protección los principios de libertad, igualdad y equidad, terminaban generando serias restricciones al establecimiento de un derecho sanitario con cobertura universal. Así, surgió la idea de esta nueva investigación, pues nuestra inquietud, en un primer momento, se suscitó porque en la academia, así como en los centros de poder en los cuales se diseñan políticas

públicas en salud, realizaban lecturas descontextualizadas, desinformadas y poco rigurosas sobre autores liberales, utilitaristas, libertaristas o de los teóricos del enfoque de capacidades, entre otros.

De esta manera, nuestro interés se concentró, de manera preliminar, en realizar un estudio crítico sobre los principales autores de las teorías de la justicia que han inspirado la adopción de decisiones y la creación de normas en materia de asistencia sanitaria, con el propósito de determinar si las ideas y los razonamientos que se les atribuyen corresponden con lo plasmado en sus escritos. Debido a que el derecho a la salud es una materia extensa y tiene varios componentes, nosotros decidimos delimitar nuestra investigación a su faceta prestacional, concretamente a los estudios que pretenden responder si existe una obligación estatal de proporcionar asistencia sanitaria a las personas.

En nuestro criterio, la respuesta a este interrogante debe partir de un nivel de abstracción amplio para cuestionar si estamos obligados a ser solidarios y cuáles serían los límites y contenidos de tal obligación. Aunado a ello, y teniendo en cuenta que el establecimiento de obligaciones exigibles debía partir de una base coercitiva, efectuamos un estudio sobre la crítica liberal (específicamente la escuela neoclásica) y el libertarismo, cuyas premisas consideran que los Estados intervienen en el mercado de manera ilegítima cuando redistribuyen recursos, pues ello constituye una expropiación de facto que se apropia del esfuerzo humano y atenta contra la libertad de ser dueño de uno mismo.

Estas aseveraciones nos llevaron a prestar especial atención a las doctrinas liberales, pues sus premisas básicas establecen una férrea defensa de las limitaciones estatales en la vida y propiedad de los sujetos, además de constituir, a nuestro modo de ver, el conjunto de razonamientos más depurados, sofisticados y de aplicación concreta que ejercen una mayor influencia sobre la forma en la que se adoptan decisiones sobre derechos de contenido prestacional en los Estados y, por ende, los argumentos más complejos de controvertir por estar fuertemente arraigados en la cultura política contemporánea.

Esto se explica, porque los razonamientos de la doctrina liberal han estado presentes en la construcción del concepto y el fundamento del derecho a la salud generando evidentes y significativos problemas para su eficacia y validez, pues desde una teoría que privilegia el individualismo resulta complejo, en exceso, establecer la vinculatoriedad de la ayuda común y su financiación a partir de un esquema que grava la riqueza y la propiedad privada. En nuestro criterio, el esfuerzo por fundamentar un derecho de corte social sobre una teoría liberal ha tenido como consecuencia que el derecho a la asistencia sanitaria no haya podido consolidarse como una garantía *ius fundamental* universal, sino como un servicio supeditado a la agenda política estatal cuya prestación constituye un lujo reservado a países ricos y desarrollados.

Con el propósito de superar estas visiones sectoriales y restrictivas de la libertad, hemos tenido por objeto formular una teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria que sea respetuosa de la diversidad y las diferencias entre los seres humanos, además de servir de fundamento para la transformación de los estereotipos y discursos de poder sobre los cuales se reproducen lógicas discriminatorias que generan exclusión y discriminación. Sin perjuicio de lo expuesto, también pretendemos que sirva como insumo para crear un conjunto de contenidos mínimos, así como acuerdos procedimentales y sustantivos, que establezcan serías limitaciones a la adopción de decisiones administrativas, judiciales o legislativas que pretendan desconocer estándares de protección reconocidos. Finalmente, nuestra teoría propugna por la idea según la cual el derecho a la asistencia sanitaria no está condicionado a la consecución de un nivel superior de desarrollo, sino que es parte constitutivo de este.

De otra parte, somos conscientes de los problemas que la falta de conceptualización y fundamentación generan en la justiciabilidad y delimitación de las obligaciones y garantías de un derecho, pues dificulta la determinación sobre los responsables de su cumplimiento y los cursos de acción que deben adoptarse ante su eventual desconocimiento. Debido a ello, la primera parte de nuestra investigación tiene por objeto establecer las condiciones de modo,

tiempo y lugar, que informan del surgimiento, desarrollo y expansión del derecho a la asistencia sanitaria.

A partir de un estudio que tiene por objeto establecer cómo las sociedades y los Estados han enfrentado fenómenos como la enfermedad, la exclusión y los problemas de salud pública, pretendemos encontrar elementos que expliquen la emergencia de un derecho a la asistencia sanitaria.

Nuestra investigación abarca diferentes períodos arbitrariamente estructurados, dado que culminan en importantes rupturas como: la época antigua, la edad media, la transición a la modernidad, las revoluciones, la creación la expansión de derechos sociales en el siglo XX y el reconocimiento de la salud, como un derecho contemplado en múltiples instrumentos internacionales y en las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunado a ello, indagamos sobre los conceptos de salud, derecho a la salud y derecho a la asistencia sanitaria; sobre estos dos últimos establecimos las diferencias en relación con sus obligaciones y los problemas que presentan si se abordan como un principio o un valor, así como su incidencia directa en la regulación del comportamiento y conducta humana.

En el capítulo segundo, se efectuamos un estudio crítico de las teorías de la justicia desde la cuales se construyen y legitiman las decisiones relacionadas con la asistencia sanitaria. De esta manera se analizan razonamientos que establecen escalas de valores relativas y móviles que se despliegan ante las necesidades del momento y la maximización del bienestar social, para el mayor número de individuos, como en el caso del utilitarismo. También abordamos aquellas teorías que consideran que puede prestarse un servicio de asistencia sanitaria con cargo a recursos estatales, pero sin que ello signifique que deba constituirse un derecho universalizable, como en el caso de la escuela liberal de Friedrich Hayek.

Partiendo de la idea sostenida por muchas teorías según las cuales los problemas de justicia tienen una fuerte incidencia en las interpretaciones y operatividad del principio de igualdad, estudiamos a autores como Rawls y Dworkin, quienes son conocidos por sus trabajos en el campo de la igualdad y de su importancia para la construcción de sociedades justas. El primero de ellos, asume una metodología basada en la incertidumbre para asignar un conjunto de derechos a sujetos compelidos a escoger principios y normas de acción favorables en situaciones de desigualdad; el segundo, fundamenta su propuesta en la igualdad de recursos como base para el desarrollo de planes de vida y la atribución de funciones redistributivas a un Estado que no pueda invadir escenarios propios de la libertad personal.

Teniendo en cuenta que algunas posiciones teóricas consideran que la solidaridad es un asunto reservado a las motivaciones personales relativas a la caridad, analizamos la escuela libertaria la cual niega la existencia de derechos prestacionales basados en el dogma de la propiedad del individuo sobre sí mismo, estableciendo restricciones a los Estados para prestar servicios diferentes a los necesarios para garantizar su operatividad, el cumplimiento de contratos y la seguridad, dado que una acción mayor desencadenaría una expansión burocrática y legal que negaría la propia libertad.

Teniendo en cuenta las diferencias que establecen los libertarios entre obligaciones morales y legales, analizamos el fundamento filosófico de base kantiana de esta teoría y la aparente contradicción entre la idea de libertad como fin y como medio. A partir del estudio de autores como Nozick y Engelhardt establecemos los límites sobre la cooperación humana, los principios de permiso y beneficencia y su relación directa con el establecimiento de un sistema de atención sanitaria universal financiado con recursos públicos.

Por último, este capítulo finaliza con el estudio de posiciones teóricas eclécticas, que no se enmarcan de manera consistente en una sola escuela de pensamiento, sino que proponen argumentos originales y críticos frente al liberalismo, el utilitarismo y el libertarismo. En autores como Buchanan se estudia su idea sobre un mínimo decente de salud fundado en la

conveniencia, la prevención del daño antijurídico por parte del Estado y su reconocimiento sólo a determinados sujetos.

Con posterioridad, abordamos el estudio de dos autores con mucho en común, Amartya Sen y Martha Nussbaum, quienes desde la economía y la filosofía proponen teorías sobre la satisfacción de las capacidades humanas como manifestación auténtica de la libertad y como el fin último del desarrollo. En el caso de Sen, se aborda la categoría de metaderecho y su premisa sobre el derecho a la satisfacción de políticas públicas que puedan materializarlo en un futuro. En el caso de Nussbaum se estudian las motivaciones de su enfoque, sus puntos de ruptura y cercanía con la tradición liberal y sus principios para una estructura global de derechos.

Una vez estudiadas todas estas teorías, las reacciones que han generado y las críticas que pueden formularse, abordamos un último capítulo en el cual se presenta nuestra propuesta. Para empezar, se expone por qué se justifica un derecho a la asistencia sanitaria más no un servicio de asistencia sanitaria y las implicaciones que se desprenden de ello en relación con su eficacia, su exigibilidad, su validez y determinación de responsables. Luego, demostramos la necesidad de establecer enfoques presupuestales basados en las necesidades particulares de grupos sociales o de personas y las consecuencias negativas de su financiación homogénea, dado pasan por alto las dificultades que tienen las personas para transformar bienes en oportunidades para el desarrollo capacidades humanas básicas.

Con posterioridad formulamos principios que consideramos importantes para el diseño, ejecución y revisión de planes de política pública e instrumentos normativos en materia de salud, así como para resolver anomias, lagunas normativas y colisiones entre principios. Como nuestra teoría tiene por objeto su aplicación para alcanzar estándares de protección efectivos de derechos humanos, profundizamos en el papel de los tribunales constitucionales como mecanismos de control del poder estatal y garantes del cumplimiento estricto de las obligaciones contenidas en el derecho internacional público. De esta manera, establecemos las implicaciones relativas al desconocimiento de los principios de

progresividad y prohibición de regresividad, y las técnicas de control judicial, a partir de casos tipo, que permiten la justiciabilidad de derechos con alto contenido prestacional.

Aunado a ello, afirmamos la urgencia y necesidad de establecer acuerdos sustantivos y procedimentales en materia del derecho a la asistencia sanitaria que establezcan frenos a la legitimación de los discursos producidos desde el Estado, las corporaciones, las instituciones, la sociedad civil, y en general, desde todo escenario en el cual se incida de manera determinante en las dinámicas que producen la enfermedad, la muerte y la exclusión, de los seres humanos. Para ello, proponemos restructurar las jerarquías normativas que establecen la primacía de principios que en nuestro criterio han sido sobrevalorados, pues su ejercicio pleno depende de la efectividad de otros de mayor importancia, sin los cuales las capacidades humanas básicas no tienen la posibilidad de ser desarrolladas.

Así las cosas, exponemos que los nuevos principios deben estar orientados a garantizar la inclusión, respetar la diversidad como condición humana y establecer restricciones a la democracia como forma de legitimar las decisiones que se adoptan en una sociedad. Para ello, proponemos un núcleo duro de derechos no objeto de negociación y unos presupuestos básicos para la construcción conjunta de planes de acción que tengan en cuenta otras formas de percibir la vida, la salud, la enfermedad y la diversidad funcional.

Finalmente, presentamos las conclusiones de nuestra investigación, todas estas orientadas a justificar la necesidad de la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria con cobertura universal, sobre la base de contribuciones forzosas por parte de la sociedad y que se cimiente en principios y normas innegociables, dado que constituyen el sustrato que legitima el ejercicio del poder estatal.

Teniendo en cuenta que una teoría de la justicia de la asistencia sanitaria debe cuestionarse de manera crítica y permanente qué debemos hacer, efectuamos una crítica a la razón práctica que tiene por objeto la validación de actos que son buenos en sí mismos y correspondientes a una esfera valorativa del deber ser, para en su lugar proponer una idea

basada en el reconocimiento de la imposibilidad de la vida humana sin la cooperación, el respeto y dignidad que debemos a nuestros semejantes. Una razón práctica que no apele a la lástima, a un reino de los fines o a la caridad, sino a acciones concretas fundadas en el reconocimiento de las personas como sujetos diversos, quienes puedan tener la posibilidad real de desarrollar de manera plena sus capacidades humanas.

En nuestro criterio, las reflexiones que propone esta investigación resultan pertinentes en este período de la historia dado que la pandemia que ha azotado al mundo entero nos ha demostrado que tan débiles son nuestras instituciones, que frágil es nuestra libertad y cuánto hemos sobrevalorado nuestro individualismo, máxime si se tiene en cuenta que ha quedado al descubierto que las acciones humanas en los lugares más remotos no son un problema de orden local, sino que tarde o temprano tienen implicaciones profundas en nuestros más preciados derechos.

¿Encontraremos sosiego en nuestros corazones al silenciar nuestra voz interior que nos reclama adoptar una postura crítica frente a los padecimientos de los seres humanos que a diario viven con frio, hambre y enfermedad, en medio de una miseria sin precedentes que se agudiza ante un problema de salud pública de escala mundial? ¿La indiferencia a la cual apelamos para protegernos de la empatía, consideración y respeto que nos merecen nuestros semejantes podrá salvarnos frente al juicio al cual el tribunal de la historia nos someterá por las acciones que realizamos o deliberadamente decidimos omitir y que pudieron convertir a este planeta en un escenario de oportunidades donde los hombres y las mujeres tuvieran la oportunidad real de vivir vidas dignas, plenas y llenas de sentido?

De manera estoica la humanidad ha enfrentado un destino marcado por la locura, que nos ha llevado a perder nuestra libertad para no sucumbir ante una muerte prematura. Hemos visto partir a muchos de nuestros amigos, quienes han perdido la batalla ante un enemigo invisible, una pandemia que no da tregua y que nos hace reflexionar profundamente sobre la importancia de las acciones que nos parecían triviales: salir a la calle, llenar de aire nuestros

pulmones, compartir nuestra mesa, tomarnos de la mano y abrazarnos como símbolo de nuestro aprecio.

Es posible, como lo ha demostrado la historia, que una vez más seamos resilientes, pero debemos tomar atenta nota de las dolorosas lecciones que nos ha dejado esta tragedia. Adoptar una postura que incomode a quienes nos han separado y de manera sistemática han desconocido nuestro precioso derecho a ser diferentes y diversos, a partir de la negación de un derecho a la asistencia sanitaria que nos permita desarrollar vidas plenas, sobre la base del desarrollo de las capacidades humanas básicas, constituye una toma de conciencia para el inicio de un viaje sin retorno, que estremezca los cimientos sobre los cuales se han racionalizado las relaciones de poder sobre la vida, la muerte y la enfermedad, que atentan contra la existencia de la vida misma en esta tierra.

Tal vez lo que hagamos en este período histórico constituya nuestra última oportunidad para generar conciencia en los hombres y las mujeres, ciudadanos de este mundo, que les motive a establecer los cimientos de una sociedad que privilegie la vida digna frente a los privilegios de unos pocos y cuyo propósito obedezca a un verdadero y autentico deseo de libertad.

# CAPÍTULO I

# LOS RASGOS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

*"... los que resisten o se rebelan contra una forma de poder no pueden satisfacerse con denunciar la violencia o criticar una institución. No basta con denunciar la razón en general. Lo que hace falta volver a poner en tela de juicio es la forma de racionalidad existente".*

Michel Foucault, *Omnes et singulatim: hacia una crítica de la «razón política»,* 1990.

## I. PRESENTACIÓN

La certeza de la fragilidad de la especie humana ante los embates de la enfermedad y sus consecuencias hace que hoy más que nunca nos cuestionemos sobre las acciones que estamos llevando a cabo y que repercuten de manera inevitable sobre nuestra salud. Compelidos a sacrificar lo que por mucho tiempo consideramos un dogma sagrado, las libertades individuales ceden ante la urgencia de mantenernos con vida, a través del ejercicio de acciones que imponen una solidaridad obligatoria.

Precisiones sobre conceptos como salud, derecho a la salud y derecho a la asistencia sanitaria adquieren una relevancia que no se agota en lo coyuntural, pues funcionan como hoja de ruta para un futuro lleno de incertidumbres e inseguridades, dado que, incluso, las economías fuertes y los patrimonios más prominentes han quedado a merced de un enemigo silencioso e implacable que genera enfermedad, miedo, angustia y represión.

Desde hace años una gran cantidad de discursos se han articulado en relación con el derecho a la salud. Desde quienes piensan que constituye una prestación onerosa por parte del Estado que no debería existir, hasta quienes consideran que es un presupuesto básico y necesario para la dignidad humana.

Esta disparidad de criterios no constituye un asunto exclusivo de los teóricos del derecho, sino de la sociedad en general. La defensa de la prestación de servicios de salud genera todo tipo de reacciones y sirve de insumo para la adopción de decisiones por parte del electorado sobre quién debe gobernar. De esta manera, las leyes, las políticas públicas y las decisiones judiciales no son ajenas a estos debates de los cuales se nutren y generan respuestas para materializar la justicia.

Aunado a ello, el activismo político, las teorías de la distribución, los estudios demográficos y la filosofía política también han tomado posición sobre este tema, en especial esta última disciplina, la cual ha propuesto diferentes teorías sobre la justicia para justificar de una u otra manera si debe existir la obligación de proporcionar a los demás un derecho a la asistencia sanitaria. Precisamente, ese tema es la razón de ser y el fundamento de esta tesis, máxime porque la incertidumbre de los mercados ocasionada por la crisis sanitaria mundial genera que se cuestione, aún más, la disposición de grandes sumas de dinero para financiar programas sociales.

Ante la innegable problemática sanitaria actual vale la pena preguntarse sobre las razones que nos han llevado a esto. Un asunto tan trágico no es simplemente un accidente, sino la constatación de un modelo mercantilizado de la salud, que entiende tal materia de manera limitada, por oposición a la enfermedad y que no tiene en cuenta otros aspectos como la prevención y la inclusión. Esto nos lleva a preguntarnos ¿Cómo se han racionalizado determinadas concepciones de salud? ¿cómo han surgido y se han expandido? y, sobre todo ¿cómo han reclamado su lugar predominante en nuestra cultura, en nuestros sistemas legales y jurídicos, en nuestra economía y en la formulación de políticas públicas?

En su respuesta, tal vez encontremos los insumos que nos permitan adoptar una visión crítica y rigurosa sobre la legitimidad de la asistencia sanitaria pública y aunque no existe una sola forma de ver los problemas, y por ende no existen respuestas únicas, el análisis de tales asuntos requiere de un estudio previo sobre la evolución del fundamento y de las instituciones que protegen el derecho a la asistencia sanitaria.

No es pacífica la discusión académica sobre los problemas que impiden la justiciabilidad eficaz de este derecho, pues a pesar de que existe un gran consenso sobre los determinantes sociales como limitaciones implícitas a su ejercicio, también puede observarse una amplia gama de explicaciones sobre las causas específicas de la enfermedad, la morbilidad y la ineficacia de las instituciones.

Por ejemplo, Lema Añón (2020) expone que estudios recientes han cuestionado la formulación según la cual la expectativa de vida al nacer se encuentra directamente relacionada con la pobreza y la consecuente inexistencia de sistemas de salud adecuados, dado que los datos demuestran que aun en economías que invierten un nivel significativo del PIB en sus sistemas sanitarios, tal cifra no parece ser un determinante, dado que su investigación concluye que existe una relación causal entre el aumento de la expectativa de vida y la posición social "incluso con independencia del acceso a los cuidados médicos" (p. 293)[1].

A su vez, afirma que la relación directamente proporcional entre la renta y el acceso de los servicios de salud  no es concluyente, pues los aspectos legales y fácticos específicos de una población, entre estos las condiciones laborales, la educación, el entorno, los horarios de trabajo, la seguridad en el empleo, e incluso la raza y las dinámicas sociales, influyen de

[1] Sobre el particular el profesor Lema Añón citando a Benach y Muntaner expone: "Por ejemplo, en el Reino Unido, en el que existe un Sistema Nacional de Salud con cobertura universal, la diferencia de esperanza de vida de profesionales y directivos frente a trabajadores manuales es de casi 10 años" (Benach & Muntaner, 2005, pág. 52).

manera diferenciada y determinante en la salud y en su garantía (Lema Añón, 2020, págs. 294-295). En ese sentido, concordamos con Lema Añón, en que la definición del derecho a la salud establecida en el artículo 12.1 del PIDESC como la garantía al goce y disfrute de los niveles más altos posibles de salud debería incorporar factores de orden social, que no necesariamente tienen origen en consideraciones de tipo económico.

Así las cosas, consideramos que la observación general número 14 sobre "[e]l derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, es más comprensiva, dado define al derecho a la salud como "una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano" (OG. No. 14. ONU, 2000).

Esto nos lleva a concluir que, a pesar de tener varios puntos en común, existen varias definiciones del derecho. Tal polisemia genera confusión e indeterminación del alcance de sus obligaciones, razón por la cual consideramos que toda discusión sobre su justiciabilidad debe partir, en primera medida, de una definición, pues entender que bien o conjunto de bienes se protegen cuando se habla de una garantía es un paso previo para analizar presupuestos teóricos y procesales para su protección o incluso para relevar al Estado de tal carga.

Para ello es nuestro propósito ofrecer una lectura transversal de las implicaciones formales y materiales de dicho concepto, los propósitos de su consagración legal y la revisión de los instrumentos de derecho que establecen tal obligación. A su vez, la concreción de un concepto del derecho a la salud nos permitirá realizar un estudio crítico sobre las razones que se han tenido en cuenta para su fundamentación y de esta manera poder entender los argumentos formulados en las teorías de la justicia utilitaristas, liberales, libertarias y eclécticas para defender o atacar tal garantía.

# II. SURGIMIENTO, DESARROLLO Y EXPANSIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

*"Los hombres encuentran en las mismas crisis la fuerza para su superación. Así lo han mostrado tantos hombres y mujeres que, con el único recurso de la tenacidad y el valor, lucharon y vencieron a las sangrientas tiranías de nuestro continente. El ser humano sabe hacer de los obstáculos nuevos caminos porque a la vida le basta el espacio de una grieta para renacer. En esta tarea lo primordial es negarse a asfixiar cuanto de vida podamos alumbrar. Defender, como lo han hecho heroicamente los pueblos ocupados, la tradición que nos dice cuánto de sagrado tiene el hombre".*

Ernesto Sábato, *La resistencia,* 2000: 75.

*"¿qué y cuánto pueden conocer el entendimiento y la razón, independientemente de toda experiencia?".*

Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura,* 1781: 8.

## 1. LOS ORÍGENES DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA: PERÍODO ANTIGUO

Una historia sobre el derecho a la asistencia sanitaria tiene una relación inescindible con la historia del concepto de salud, el cual presenta un grado significativo de polisemia, dado que ha estado influenciado por el contexto social, económico, cultural, político y ambiental del momento histórico en el cual se pretenda indagar por ello[2]. En la baja edad media el término *salus* se empleaba para significar la superación de dificultades, razón por la cual la salud era aquello que permitía seguir viviendo, pues implicaba "una actividad

[2] La antropología socio cultural ha demostrado, por medio de numerosas investigaciones en diversos pueblos y comunidades del planeta, que las percepciones de buena y mala salud, junto con las amenazas correspondientes, se encuentran culturalmente construidas (Flores Guerrero, 2004).

interna del ser vivo que consigue mantener una cierta independencia y diferenciación de su ámbito exterior: el mantenimiento de la homeostasis[3], característico de los vivientes, es un proceso activo que se realiza contra dificultades que opone el medio" (Rosen, 1958, pág. 26).

La salud ha sido uno de los objetivos más anhelados por los seres humanos desde el inicio de la historia. Estudios arqueológicos señalan que nuestros ancestros prestaban especial atención a la salubridad pública, inferencia que se fundamenta en la planificación urbana de las ciudades pertenecientes a las civilizaciones egipcia, incaica, micénica, minoica y las del Valle Indo.

Al respecto Rosen señala que en las ciudades de *Mohenjo-Daro* y *Harappa*[4] se encontraron desagües, no sólo en las edificaciones, sino en las calles que eran drenadas en caso de inundaciones, por medio de un sistema de alcantarillas. A su vez, los hallazgos de construcciones en la cultura micénica indican que palacios, como el *Knossos* en *Creta*, tenían sanitarios con sistemas para la eliminación de residuos a través del fluido de agua (Rosen, 1958, pág. 26). A su vez, el problema del suministro de agua potable para las grandes ciudades había sido resuelto para el siglo veinte antes de nuestra era. Así, la población de *Prienne*, en Asía menor, contaba con un sistema de provisión de agua por medio de tuberías en algunas casas, pues en la mayoría de los lugares la recolección del preciado líquido se llevaba a cabo por extracción manual en pozos públicos.

Pero las estrategias de antaño para proteger la salud de la población no sólo se resumen a la provisión de agua potable y las tecnologías para el transporte de aguas servidas. Muestra de ello es que a pesar de que la civilización Incaica prestó especial a esos aspectos, sus preocupaciones iban más allá de lo convencional. La experiencia los llevó a concluir que otros elementos del entorno físico, como el cambio intempestivo de clima podían tener

[3] Homeostasis es el conjunto de fenómenos de autorregulación que llevan al mantenimiento de la constancia en las propiedades y la composición del medio interno de un organismo (Cannon, 1926, pág. 91).

[4] Que fueron habitadas durante el tercer milenio antes de nuestra era (entre el 2600 a.e.c. y el 1800 a.e.c.).

efectos negativos sobre el organismo. En consecuencia, establecieron un sistema de rotación de personal, para que las tropas que debían abandonar las tierras altas, en ejercicio de su labor de patrullaje, permanecieran en los valles cálidos y húmedos, sólo unos meses del año (Rosen, 1958, pág. 27).

Como se observa, en la antigüedad las poblaciones emplearon tecnologías y sistemas para mantener la salud y prevenir algunas enfermedades relacionadas con factores ambientales o generadas por condiciones de insalubridad. Sin embargo, los colectivos humanos no limitaron tales acciones al campo de lo físico y material, sino que buscaron la explicación y solución de los problemas de salud en la dimensión metafísica y espiritual. En relación con ello, Pérez Tamayo afirma que muchos grupos primitivos de diferentes épocas y lugares del mundo consideraron que las enfermedades son la respuesta por parte de los dioses, hechiceros o brujos, ante una ofensa o por la violación de un tabú o ley religiosa. También consideraban que podían adquirirse si la persona introducía un objeto extraño en su cuerpo, era poseído por un espíritu, había perdido el alma, fue asustado, le contagiaron de mal de ojo, entre otras causas.

Desde esa perspectiva el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad requería de remedios y ritos mágicos o religiosos practicados por sacerdotes, brujos o chamanes, pues incluso la causa de embarazos, heridas de guerra o mordeduras de animales como el jaguar o la víbora, están llenas de elementos mágicos o sobrenaturales (Pérez Tamayo, 2012, pág. 9).

Así, la magia y el rito tuvieron incidencia en la explicación y tratamiento de la enfermedad respectivamente. En la cultura griega el culto a *Asclepíades* constituyó una muestra de esa comprensión sobrenatural de los fenómenos patológicos. En las ciudades de *Pérgamo*, *Éfeso*, *Epidauro*, *Delfos*, *Atenas*, aún persisten calzadas, recintos y templos, estatuas, lápidas y museos, que son testigos de la gran importancia de la medicina mágico-religiosa entre los griegos antiguos. En los centros religiosos, los enfermos llevaban ofrendas y obsequios para *Asclepíades*, con el propósito de lograr su curación o para dar gracias por

la recibida. Tales presentes eran recibidos por médicos sacerdotes que vestían túnicas blancas y llevaban a las personas a un recinto en el cual podía observarse tallados en piedra que detallaban las proezas y milagros realizados por ese dios, con el propósito de generar un impacto psicológico en los pacientes que aumentaba sus expectativas de recuperar la salud[5].

La práctica de estos rituales en ningún caso puede establecerse como un derecho a la salud, ni siquiera en de manera primigenia, dado que las regulaciones públicas para el tratamiento de los "males" no establecían obligaciones por parte de los gobernantes, ni tampoco se trataba de una política pública por parte de la comunidad, dado que la clasificación de los destinatarios de tales ritos no obedecía a un sistema objetivo, sino que era totalmente contingente. Tales creencias prevalecieron en Grecia desde el siglo XI al VI a.e.c. (y varios milenios en otros lugares del mundo), pero fueron cediendo ante la explicación científica de la enfermedad. De manera concreta entre los siglos V y IV a.e.c el pensamiento griego desarrolló la idea de que las enfermedades tenían una relación directa con factores ambientales, como el clima y la salubridad, entre otros, con lo cual hubo una liberación parcial del pensamiento místico, sin que ello significara que las explicaciones sobrenaturales de la enfermedad hubieran sido abandonadas del todo.

Entre las explicaciones más aceptadas para identificar la ruptura con el pensamiento del origen mágico de la enfermedad se encuentra la exposición de las investigaciones

[5] Sobre el particular, Pérez Tamayo prosigue: "Cuando les llegaba su turno [los enfermos] eran conducidos a la parte más sagrada del templo, el abatón, en donde estaba la estatua del dios, esculpida en mármol y oro. Ahí se hacían las donaciones y los sacrificios, y llegada la noche los enfermos se dormían, sumidos en plegarias a Asclepíades en favor de su salud; en otros santuarios los enfermos llegaban directamente al recinto sagrado y ahí pasaban la noche. En este lapso, conocido como incubatio por los romanos, se aparecían Asclepíades y sus colaboradores (sus hermanas divinas, Higiene y Panacea, así como los animales sagrados, el perro y la serpiente) se acercaban al paciente en su sueño y procedían a examinarlo y a darle el tratamiento adecuado para su enfermedad. En los orígenes del culto prevalecían los encantamientos y las curas milagrosas, pero con el tiempo las medidas terapéuticas se hicieron cada vez más naturales: las úlceras cutáneas cerraban cuando las lamía el perro, las fracturas óseas se consolidaban cuando el dios aplicaba férulas y recomendaba reposo, los reumatismos se aliviaban con baños de aguas termales y sulfurosas, y muchos casos de esterilidad femenina se resolvieron favorablemente gracias a los consejos prácticos de Higiene." (Pérez Tamayo, 2012. Cap. 4).

efectuadas por Hipócrates[6], a quien le ha sido atribuido uno de los descubrimientos más importantes en la historia de la medicina: que la enfermedad es un fenómeno natural. De esa manera, esta deja de ser percibida como un castigo divino y se comprende como la consecuencia generada por la alteración del equilibrio entre el hombre y su entorno, la como puede observarse en el "*Tratado sobre la enfermedad sagrada*" por medio del cual Hipócrates efectuó un estudio sobre la epilepsia[7].

Siguiendo la misma idea —la enfermedad como algo terrenal— Hipócrates escribió "*Aire, Agua y Lugares",* el cual constituye el primer trabajo escrito conocido que establece relaciones de causalidad entre el ambiente y las enfermedades. En su obra, identificó que algunas patologías estaban presentes en determinadas poblaciones, mientras que otras aparecían en determinadas estaciones del año, o acompañadas por fenómenos naturales. Así, señaló que los factores que propician enfermedades endémicas son el clima, el suelo, el agua, el modo de vida y la nutrición[8].

El pueblo griego contribuyó de manera significativa en la práctica y la teoría médica, pero sólo fue hasta el siglo II e.c., en vigencia del imperio romano, que se reguló la práctica

[6] Aunque no se sabe mucho de Hipócrates los antiguos escritos le reivindican como el padre de la medicina moderna, de un libro popular sobre aforismas, así como de los textos que forman el Corpus Hipocraticum. Aunado a ello, se le atribuyen los avances científicos que toman como punto partida a la observación como base del conocimiento clínico (Pérez Tamayo, 2012, pág. Cap. 4.).

[7] Sobre el particular expuso: "A propósito de la llamada enfermedad sagrada he aquí lo que ocurre: me parece que no es en modo alguno más divina ni más sagrada que las demás enfermedades, sino que tiene una causa natural. Pero los hombres creyeron que su causa era divina o por inexperiencia o por el carácter maravilloso de la dolencia, que no se parece en nada a las otras enfermedades. Y si la imposibilidad de conocer lo divino confirma su punto de vista, la banalidad del sistema de curación que adoptan lo contradice, dado que la tratan por medio de purificaciones y encantamientos. Ahora bien, si se ha de considerar divina por sus extraordinarios rasgos, serán muchas las enfermedades sagradas y no una sola, porque yo demostraré que aquellas otras a quienes nadie considera sagradas no son menos extraordinarias ni prodigiosas." (Hipócrates, 1990, pág. 87).

[8] La importancia de tal tratado no puede ser sobrestimada, pues tuvo incidencia en el modo de vida de la cultura griega e incluso tuvo un lugar preponderante en sus planes de expansión. En efecto, las ciudades erigidas en las colonias griegas seguían las especificaciones técnicas relativas a la protección contra el sol y la construcción de viviendas en lugares altos, con corrientes de aire que purificaban el ambiente (Rosen, 1958, pág. 34).

del servicio médico[9]. Hacia el año 160 e.c. los *archiatri* (médicos públicos de la época) fueron enviados a diferentes ciudades, por órdenes de Antonino Pío quien decretó que las grandes ciudades no deberían tener más de diez médicos municipales, mientras que las ciudades medianas y las ciudades pequeñas tendrían solo siete y cinco, respectivamente (Rosen, 1958, pág. 47). El propósito principal de los *archiatri* era la prestación del servicio médico gratuito a los ciudadanos de escasos recursos económicos, aunque se les permitió aceptar dinero de personas que contaban con capacidad de pago y emprender la capacitación de estudiantes de medicina. En algunos casos, encontramos un acuerdo por el cual los médicos estaban vinculados a unas pocas familias que les pagaban una suma anual por la asistencia durante todo el año (Rosen, 1958, pág. 47).

También hubo varios otros grupos de médicos asalariados. Algunos trabajaron en la Corte Imperial, mientras que otros ejercían en las escuelas de gladiadores o en los baños[10]. De conformidad con Rosen algunos establecimientos privados dedicados a la recuperación del estado de salud se transformaron de manera paulatina en hospitales financiados con recursos públicos que atendieron a la población civil. A su vez, con el paso del tiempo, y con el propósito de responder a la demanda de la conquista romana, se fundaron hospitales militares.

A diferencia de los pueblos que precedieron a la organización griega, se puede evidenciar la preocupación de las autoridades por establecer un sistema público para el tratamiento de la enfermedad, el cual no generaba derechos para los pacientes y, por tanto,

[9] Si bien, en el inicio de la República romana, la medicina era practicada principalmente por sacerdotes, con el paso del tiempo los esclavos y luego los hombres libres accedieron a tal conocimiento, el cual sin embargo tenía un fuerte componente místico. El manejo técnico-científico de la enfermedad estuvo en cabeza de médicos griegos quienes empezaron a emigrar a Roma hacia el siglo III a.e.c. ya hacía el final del siglo I e.c. tales profesionales se asentaron de manera definitiva en el imperio, pero sus servicios estaban destinados de manera exclusiva a quienes pudieran costearlos. De esta manera, todo el conocimiento y la técnica médica beneficiaban solo a los adinerados, mientras que las personas de escasos recursos económicos no tenían más elección que confiar en la medicina popular y los dioses (Rosen, 1958, pág. 46).

[10] Agripa, el ministro de Augusto, era edil en 33 a.C. Entre sus funciones estaba la supervisión de los baños públicos, incluida la prueba de los aparatos de calefacción, así como su limpieza y vigilancia (Rosen, 1958, pág. 49)

no se puede hablar de un derecho a la salud. Sin embargo, el establecimiento de una burocracia médica es un referente importante para la consolidación posterior de un sistema público de asistencia, que siglos después confluyó en la obligación del Estado de tratar algunas patologías por medio de financiación tributaria.

Sin embargo, en el período antiguo, luego de la caída de la cultura griega, el proyecto por establecer un esquema público de asistencia terminó. De manera concreta, la consolidación del cristianismo en Roma generó que la asistencia sanitaria dejara de ser oficial y fueron los sacerdotes y algunos feligreses los que se dedicaron piadosamente a los enfermos[11], como el caso de Fabiola, quien "dedicó su fortuna a la caridad y a establecer un hospital en Roma, donde se supone que cuidó personalmente a los pacientes y se incorporó a un círculo de mujeres piadosas alrededor de San Jerónimo" (Serafini & Finkielman, 2004, pág. 266).

De esta manera, hacia el año 325 d.C., la iglesia cristiana fundó hospitales para la atención de la población con escasos recursos. Sobre el particular Roemer y Friedman, exponen que "El derecho a la atención en salud se manifestó inicialmente por medio de la prestación de servicios de atención a los pobres, a cargo de ciertos órganos de gobierno e instituciones religiosas." (Roemer & Friedman, 1971, págs. 29-33). Con posterioridad, la prestación de servicios de salud fue asumida por las autoridades locales, que iniciaron actividades de prevención[12] y clasificación de la enfermedad.

Aunque el Emperador *Augusto* fue pionero en la conformación de una junta para el ameno de la salubridad –específicamente en el suministro de agua−, las normas sobre higiene

[11] En el siglo II San Giacomo redactó una carta pastoral en la que puntualizaba que si un cristiano enfermaba se debía notificar a los presbíteros o a los diáconos y diaconesas para que fuera visitado y se informara al obispo el domingo siguiente. Con el tiempo y por recomendación del Concilio de Nicea (325) se edificaron albergues a lo largo de las rutas de peregrinación a Tierra Santa. El hospital de Cesárea se fundó en el 370 (Castiglione, 1936, pág. 212).

[12] El concepto de prevención al que se hace alusión en aquel período histórico es restrictivo, toda vez que no incorporaba las actividades direccionadas a la inmunización, identificación de factores de riesgo, tratamiento de riesgos potenciales, pedagogía preventiva y de acción respecto a la enfermedad, entre otros, sino al aislamiento del sujeto de la sociedad.

tuvieron lugar en el mandato de Adriano quien emitió un decreto para separar a mujeres y hombres en los baños públicos, en algún momento entre los años 117 y 138 e.c. A su vez, bajo el Imperio posterior, hubo muchos abusos y prácticas antihigiénicas, razón por la cual se establecieron regulaciones sobre la salud y "la higiene personal se colocó en la agenda diaria y se puso a disposición del más humilde romano" (Rosen, 1958, pág. 48) .

A los ediles les fueron encomendadas las funciones de supervisar la limpieza de las calles y de controlar el suministro de alimentos. En consecuencia, supervisaban los mercados y podían restringir la venta de alimentos en mal estado. Al respecto Rosen (1958) expone:

> "Estas funciones se incorporaron a la maquinaria creada por Augusto y sus sucesores para el mantenimiento y la administración de los servicios públicos dentro del Imperio. Esta fue entonces una de las glorias de Roma, el desarrollo de los servicios de salud pública y su organización sobre la base de un sistema administrativo eficaz, un sistema que continuó funcionando incluso cuando el Imperio se descomponía y se desintegró" (p. 49).

En el transcurso de los siglos V y VI e.c. Roma fue saqueada y severamente devastada varias veces. Durante el asedio de los godos en año 537 e.c., los once principales acueductos de la ciudad fueron destruidos, lo que apenas afectó la suerte del asedio; pero tuvo consecuencias de gran alcance para el futuro de Roma. Desde el siglo III e.c. la ciudad había sido abastecida de manera excelente con agua pura, y constantemente se habían construido tuberías para satisfacer las crecientes necesidades de los habitantes, pero después del acto de demolición realizado por los godos, los romanos fueron nuevamente, como en la primera República, obligados a sacar agua del Tíber y los pozos (Bury, 1923, pág. 184). No obstante, los avances en la administración de un sistema de salud público, las invasiones bárbaras y la desintegración del Imperio Romano, conllevaron al declive de la cultura urbana y con ella una decadencia de la organización y la práctica de la salud pública.

# 2. SALUD EN LA EDAD MEDIA

> *"El hombre medieval vivía efectivamente en un mundo poblado de significados, remisiones, sobresentidos, manifestaciones de Dios en las cosas, en una naturaleza que hablaba sin cesar un lenguaje heráldico, en la que un león no era solo un león, una nuez no era solo una nuez, un hipogrifo era tan real como un león porqué, al igual que éste era signo de una verdad superior."*
>
> Umberto Eco*, Arte y belleza en la estética medieval,* 1997: 69-70.

Si la exigibilidad de derechos básicos empieza por el reconocimiento del individuo o de la comunidad por parte del Estado, la edad media representa un período histórico oscuro para la consagración o siquiera la formulación de un derecho a la asistencia sanitaria en su fase primigenia. De conformidad con Benedictow (2011), muchas personas no se incluyeron en los registros estatales por no ser físicamente aptos para portar las armas, y la inscripción de un gran número de hombres no aptos reduciría la utilidad de los registros en momento de necesidad militar (p. 399)[13].

A pesar de no encontrar evidencias sobre la formulación de un derecho a la salud en la edad media, resulta necesario estudiar la evolución del concepto de enfermedad y la reacción estatal frente a tal fenómeno, toda vez que en tal modo de actuar pueden encontrarse insumos para la materialización posterior de tal garantía. Si bien la tradición griega de la

[13] Benedictow señala que la enfermedad no era la única razón para que los hombres no fueran registrados, pues a ello debe añadirse razones de conveniencia económica. "Se suponía que el registro incluía a todos los hombres aptos para el servicio militar, pero las personas concernidas tendrían cierto interés en eludir el registro por razones tanto económicas como militares. Las clases más bajas de los pobres y menesterosos estaban formadas en gran parte por jornaleros o trabajadores industriales que solían ganarse a duras penas el sustento con trabajos eventuales. Constituían una clase social flotante que se movía de un barrio pobre a otro o entre la ciudad y el campo y no podía ser registrada con exactitud, fueran cuales fuesen las ambiciones y capacidades de los dirigentes políticos de la ciudad o de los registradores. Los miembros de estas clases no podían permitirse adquirir el equipo militar ni pagar tributos para la compra de armas, por lo que la rentabilidad de armar e impartir instrucción a los hombres de dichas clases sociales sería dudosa; de la misma manera, carecería de sentido someterlos a registros continuos y meticulosos" (Benedictow, 2011, pág. 399).

escuela Hipocrática generó que la concepción de la enfermedad perdiera gran parte de su contenido místico, no puede desconocerse que el cristianismo en conjunción con las creencias paganas creó condiciones propicias para establecer una relación inescindible entre el pecado y la enfermedad.

En el período que comprende los años 500 a 1000 e.c. la práctica de la brujería fue reconocida como causa de enfermedades, por lo cual la oración, la penitencia y la invocación de los santos eran medios legítimos para tratar problemas de salud "[l]a medicina tuvo que luchar duramente durante muchos siglos contra la creencia común del demonio, de los malos espíritus y contra el uso de ritos y conjuros mágicos" (Tucci, 2007, pág. 22). No obstante, los sacerdotes consideraban adecuado fortalecer el cuerpo, toda vez que ello permitía resistir más fácilmente los ataques del demonio.

Es notorio como en este período histórico puede evidenciar un retroceso, en relación con la cultura griega, para la creación de un sistema de salud. Aun cuando en la antigüedad no existía un derecho a la asistencia sanitaria, hubo un gran avance para el establecimiento de un sistema público para el tratamiento de la enfermedad. De esta manera, el período posterior a la caída de Roma, y en especial la edad media, constituyen un estancamiento en el crecimiento de la burocracia médica necesaria para la consolidación posterior de una demanda sostenida, que desencadenara en el derecho a la asistencia sanitaria.

A la luz de esta situación, no es sorprendente que durante este período las actividades comunitarias en interés de la salud se llevaran a cabo bajo la égida de la Iglesia y particularmente las órdenes monásticas[14]. Las instalaciones higiénicas importantes como el suministro de agua entubada, las letrinas adecuadas, los arreglos de calefacción y la ventilación adecuada de las habitaciones ya existían a principios de la Edad Media, pero

[14] Los grandes monasterios que se encontraban en carreteras importantes también eran hospicios para viajeros cuya recepción fue un acto de caridad cristiana. Todas estas circunstancias llevaron, ya en el siglo IX, a la aparición de monasterios que contenían un número extraordinariamente grande de artilugios higiénicos. Estos indudablemente proporcionaron modelos para las comunidades urbanas que comenzaron a desarrollarse en Europa alrededor del siglo X (Rosen, 1958, pág. 53).

principalmente en los monasterios (Rosen, 1958, pág. 53). Aun así, fue evidente que gran cantidad de problemas relacionados con la salud eran consecuencia directa de la sobrepoblación y la incapacidad de las ciudades amuralladas de garantizar condiciones mínimas de salubridad, pues una cantidad significativa de sus habitantes mantenían su estilo de vida rural, lo que generaba que los excrementos generados por animales de crianza −como cerdos, gansos y patos− se arrojaban al exterior de las viviendas, de manera concreta a las calles sin pavimentar, por lo cual todo tipo de desechos y suciedad se acumularon en ellas. Sólo hasta comienzos del siglo XV varias ciudades alemanas, como Breslau y Frankfurt, prohibieron la construcción de corrales de cerdos frente a la calle (Rosen, 1958, pág. 53).

La preocupación constante de las autoridades municipales en el medioevo era la protección del recurso hídrico para beber y cocinar. Pastoureau informa sobre la producción de leyes para que curtidores y tintoreros se abstuvieran de desarrollar actividades productivas en segmentos de ríos que proveían del líquido vital a las poblaciones (Pastoureau, 2006, pág. 193). Así, en las leyes de Douai en 1271 e.c., Augsburgo, 1453 e.c., y Roma, 1468, se prohibió a los curtidores lavar sus pieles allí y a los tintoreros se les prohibía verter sus residuos de tintes, así como el lavado de ropa en el río (Rosen, 1958, pág. 56).

A su vez, la disposición final de recurso hídrico fue un asunto relevante en las ciudades, toda vez que el represamiento de aguas negras influía de manera negativa en la salud de las personas. Hacia el siglo XIV tal asunto generó que se profirieran ordenanzas municipales en la ciudad de Milán sobre los aspectos técnicos, el diseño y la ubicación que debían tener las alcantarillas y pozos de aguas negras, para controlar que el olor llegara a la superficie. El río Támesis en la ciudad de Londres se utilizó para la eliminación de aguas residuales, pero la corriente del afluente resultó insuficiente para la cantidad de desechos que se vertían en el mismo, razón por la cual en el año 1309 e.c. se profirieron un conjunto de regulaciones para solucionar la contaminación del río, entre estas el traslado de la basura en carruajes hacia las afueras de la ciudad. No obstante, los habitantes continuaron arrojando basura al Támesis (Rosen, 1958, págs. 57-58).

De otra parte, con el propósito de mejorar las condiciones de vida de la población se pavimentaron las calles siendo París la primera de las urbes donde se introdujo tal tecnología en el año 1185 e.c., la cual se extendió a las ciudades de Praga en 1331 e.c., Nurnberg en 1368 e.c., Basilea en 1387 e.c. y Augsburgo en 1416. La edad media también trajo consigo, el desarrollo de medidas de facto para la protección de la población, ante la carencia de tecnologías en salud que pudieran combatir las causas e incluso los efectos de la enfermedad.

De manera concreta, la propagación de la Lepra y la Peste Negra fue un gran desafío a la salud pública en el medioevo. En relación con la primera, Rosen expone que el temor a todas las demás enfermedades en conjunto no puede compararse con el terror que esta causó. Ni siquiera la Peste Negra en el siglo XIV o la aparición de la sífilis a fines del siglo XV, generaron un espanto similar entre la población. La lepra había sido conocida por los hebreos, griegos y romanos en el mundo antiguo, pero había sido relativamente poco común. Durante la alta edad media, se extendió por Europa y se convirtió en un grave problema social y de salud (Rosen, 1958, pág. 62).

En el Concilio de Lyon (583 e.c.) se restringió la asociación libre de leprosos con personas sanas, una política que fue continuada y desarrollada por los concilios eclesiásticos subsecuentes. A su vez, en el año 644 e.c. el rey lombardo Rothari emitió un edicto que ordenó el aislamiento de las personas con lepra (Rosen, 1958, pág. 64). Este tipo de reacciones para la protección de la salubridad pública por medio del aislamiento de personas y objetos sospechosos durante un período específico en condiciones rigurosas devino en la posterior institución de la cuarentena[15], pues en una sociedad que no conocía otro medio de combatir las enfermedades, esta era la mejor forma de salvar las vidas (Tucci, 2007, pág. 23).

Más que un sistema de salud o siquiera una política de asistencia sanitaria, la peste negra constató que los esfuerzos estatales estaban encaminados a la evasión de las causas de la enfermedad, más que a una política para su tratamiento. Esto implica la inexistencia de

[15] Primero fue un período de treinta días, como se expone en la página 18.

obligaciones estatales para la asistencia sanitaria o para tratar la demanda creciente de servicios de salud, que en parte se explica por la organización social feudal, según la cual la salud de las personas corría a cargo de los terratenientes.

De otra parte, la aparición de la Peste Negra generó una transformación en la comprensión y tratamiento de la enfermedad. A pesar del fuerte componente místico para dar explicación a los efectos de la plaga "el perfeccionamiento de la capacidad de observación racional permitió una mejor comprensión de las formas de propagación de la peste y el desarrollo de los primeros rudimentos de una epidemiología moderna" (Benedictow, 2011, pág. 522)[16].

Creyendo que la Peste Negra se introdujo principalmente a través de productos infectados provenientes de altamar, los pobladores de la ciudad de Venecia idearon un sistema para segregar barcos, bienes y personas sospechosas. Rosen expone que en año 1348 e.c., se estableció un consejo compuesto por tres hombres para supervisar la salud de la comunidad y tomar las medidas que parecían necesarias para salvaguardarla. A su vez, expone que en 1374 e.c., Bernabo Visconti, duque de Milán, promulgó un decreto para evitar la introducción y propagación de la peste, el cual ordenaba que las personas infectadas fueran retiradas de la ciudad a un campo donde podrían morir o recuperarse (Rosen, 1958, pág. 68).

De conformidad con Gerlitt la regulación también dispuso que todo el que hubiese atendido a una persona portadora de Peste Negra debía permanecer incomunicado por

[16] Benedictow expone que la Peste Negra aceleró la evolución y transformación de la sociedad y la sociedad europeas hasta su forma histórica moderna. "Al generar un gran déficit de mano de obra impulsó la modernización económica, tecnológica, social y administrativa, que halló su expresión —sobre todo en los centros capitalistas del norte de Italia y, en parte también, en Flandes— en una cultura más secular y urbana asociada al Renacimiento. También aceleró el hundimiento de las estructuras y mentalidades innovadoras que la acompañaron" (Benedictow, 2011, pág. 521)

Así las cosas, la Peste Negra fue un acontecimiento determinante en la historia, pues sus efectos impactaron la escena económica y social, "el nivel de vida de las masas mejoró considerablemente, y las clases altas y las élites sociales vieron como caían sus ingresos y se desbarataba su fascinante modo de vida. También dejó su huella en la mentalidad religiosa de la época y en sus ideas acerca de la vida" (Benedictow, 2011, pág. 521).

espacio de diez días antes de reanudar sus relaciones con la sociedad. Además "el clero tenía obligación de examinar a los enfermos y dar cuenta de ellos a las autoridades bajo la amenaza de la pena de muerte y confiscación de bienes. Todo el que introdujera la peste sería condenado a la confiscación de sus bienes. Con excepción de ciertas personas, nadie estaba autorizado a atender un pestoso, bajo pena de muerte o confiscación de bienes." (Gerlitt, 1942, pág. 174).

Las mismas medidas fueron establecidas para los viajeros o comerciantes que estaban infectados o simplemente bajo sospecha de portar tal enfermedad. En el mismo año, Venecia, otra vez amenazada por la peste, negó la entrada a todos los viajeros, vehículos y barcos sospechosos o infectados. Tres años después, el 27 de julio de 1377, el consejo municipal de Ragusa en la costa dálmata ordenó un período de treinta días de aislamiento aquellos que vienen de áreas afectadas por la peste. Más tarde ese período se amplió a cuarenta días, de ahí el nombre de cuarentena (Rosen, 1958, pág. 69).

Tucci expone que cuando se declaró la Peste Negra, las personas se apartaban instintivamente de los afectados, los abandonaban y dejaban los muertos insepultos, lo cual devino en la rápida propagación de la enfermedad (Tucci, 2007, pág. 22). Por tal razón, las autoridades ordenaron la reclusión domiciliaria de las personas que contraían tal enfermedad y, en caso de fallecimiento, los efectos personales del enfermo eran incinerados, el lugar de residencia era ventilado y su sepultura debía practicarse fuera de la ciudad. De esa manera todas las personas que habían entrado en contacto con el paciente se vieron obligadas a permanecer en aislamiento[17], por lo que la comida y otras necesidades fueron provistas por las autoridades municipales a través de mensajeros especiales.

[17] Gerlitt señala que, al declararse la peste en Praga en 1583, el emperador Rodolfo II trasladó de inmediato su corte a Viena. Así también, durante la epidemia de peste de Constantinopla (junio de 1586) todos los que pudieron, buscaron salvarse escapando de la ciudad. Incluso otros gobernantes también huyeron "El sultán se había hecho preparar un refugio sobre el Mar Negro para poder retirarse allí con su familia. Muchos habitantes alquilaban jardines en las alturas de Escútari para estar lo más lejos posible de la ciudad apestada." (Gerlitt, 1942, pág. 176).

Tucci (2007) afirma que, en la ciudad de Venencia, en el año 1403 e.c., "sus sabios gobernantes se dieron cuenta de que los brotes sucesivos de Peste Negra podían evitarse si no se permitía que los extranjeros entrasen a la ciudad, a menos que aguardasen cierto tiempo. Si durante la espera no desarrollaban la enfermedad, se les consideraba libres de ella y se autorizaba entrada. El tiempo de espera fue de cuarenta días, de allí el nombre de cuarentena" (p. 22). Las medidas adoptadas por las autoridades consistían, en su mayoría, en el aislamiento y en la quema de objetos cuya procedencia estuviera relacionada con las áreas de influencia de la enfermedad. Al respecto señala:

> "El gran peligro de estas emigraciones residía en el hecho de que los prófugos propagaban la epidemia. Por esta razón tomó Suiza rigurosas medidas cuando la peste se declaró en Provenza alrededor de 1720. En Ginebra, miembros del Gran Concejo montaban guardia día y noche a las puertas de la ciudad con el fin de someter los recién llegados a un detenido examen y cuidar de que cumplieran un período de cuarentena apropiado si existía la menor sospecha de una introducción de la epidemia. Así mismo, en tiempo de la peste de Provenza, el duque de Saboya apostó guardias en la frontera para proteger su país de los prófugos enfermos que venían de Aix. Por la misma razón la ciudad de Lyon suspendió todo intercambio con el Sur de Francia.
>
> En esta última región el miedo a la epidemia llevó a quemar indistintamente todos los objetos que ofrecían sospechas de infección. Finalmente se halló solución a esta dificultad estacionando simplemente soldados a lo largo del Ródano, con el fin de imposibilitar la propagación de la epidemia por medio de los viajeros o del tráfico comercial. Si los habitantes de las ciudades afectadas intentaban quebrantar este aislamiento a la larga intolerable, huyendo secretamente, eran rechazados por los escopetazos de los guardias" (p. 77).

De otra parte, muchas personas tratando de evitar la cuarentena se daban a la fuga, especialmente las personas que pertenecían a la clase alta toda vez que contaban con recursos económicos para poder sufragar los gastos por vivir en otra ciudad. Este accionar era perjudicial para el control de la enfermedad, razón por la cual en algunas ciudades se estableció la pena de muerte para todo el que abandonara el municipio (Gerlitt, 1942, pág. 177).

A pesar de la tragedia humana causada por la aparición de la Peste Negra, sus repercusiones generaron lecciones valiosas para el Estado en materia del tratamiento de la enfermedad. En ese sentido, Benedictow (2011) señala que a partir de tal suceso se fomentó el desarrollo de organizaciones eficientes contra la epidemia y unos comités de salud destinados a combatir la peste. Desde el siglo XIV tales iniciativas no se consideraron ya un intento de combatir la voluntad de Dios, sino una expresión de las responsabilidades de los gobiernos de proteger y ayudar a sus habitantes.

El gran aumento de la capacidad administrativa de las estructuras políticas de la edad media permitió instituir organizaciones antiepidémicas suficientes, hospitales de peste y comités de salud. “De ese modo, la lucha contra la peste proporcionó un fuerte impulso hacia la idea de que los gobiernos eran responsables del bienestar de sus pueblos. Los futuros sistemas sanitarios nacionales nacieron como organizaciones dirigidas ante todo a las poblaciones de la invasión de las epidemias de peste, a combatir su difusión en el caso de que fallara la primera línea de defensa, es decir, las instituciones de cuarentena, y a proporcionar asistencia y socorro a los enfermos y a sus familias.” (Benedictow, 2011, pág. 522).

# 3. LA SALUD EN LA TRANSICIÓN A LA ERA MODERNA

> *"Todo aquel tiempo fue como un largo sueño. La ciudad estaba llena de dormidos despiertos que no escapaban realmente a su suerte sino esas pocas veces en que, por la noche, su herida, en apariencia cerrada, se abría bruscamente. Y despertados por ella con un sobresalto, tanteaban con una especie de distracción sus labios irritados, volviendo a encontrar en un relámpago su sufrimiento, súbitamente rejuvenecido, y, con él, el rostro acongojado de su amor. Por la mañana volvían a la plaga, esto es, a la rutina".*
>
> Albert Camus, *La peste,* 1990: 227.

La aparición de la lepra y la peste negra fueron un desafío al Estado medieval sobre su capacidad de reacción frente a problemas de salud generalizados, el cual culminó con la institución de la cuarentena y la expedición de leyes para su implementación, así como sanciones para su inobservancia. El gran problema de esas enfermedades consistía en el desconocimiento de sus causas, razón por la cual las medidas adoptadas se concentraron en los efectos de la enfermedad, más que en su prevención.

Para finales del siglo XV un nuevo enemigo de la salubridad entró en escena, pero a diferencia de las grandes catástrofes de la salud que le precedieron, el conocimiento sobre su origen, causas y tratamiento generó una respuesta institucional para controlar las fuentes de la infección. La sífilis generó un cambio profundo en la sociedad, sobre el modo de vida y sobre la economía y debido a que la transmisión de esa infección se generaba por contacto sexual, las primeras medidas públicas que se adoptaron consistieron en la regulación de la prostitución. La intervención estatal fue un verdadero reto, pues las restricciones a tal actividad estaban dirigidas a un gran segmento de población que en estricto sentido no estaba enferma de sífilis, pero sobre la cual recaía la sospecha de transmitirlo. Alrededor del año 1500 e.c. los burdeles eran instituciones aceptadas y la prostitución era ampliamente practicada. Como lo expone Rosen (1958) Roma tenía más de 6800 prostitutas y el censo

practicado en la ciudad de Venecia en 1509 e.c. determinó que, entre una población de 300.000 habitantes, 11.654 mujeres practicaban ese oficio (p. 97).

Desde esa perspectiva el concepto de salud estaba directamente relacionado con el tratamiento y la prevención de la enfermedad y aunque no había normas que establecieran un seguro de manera general, las personas podían acudir al Estado para ser tratadas para tratar este tipo de asuntos en específicos. Así las cosas, no existía un derecho a la asistencia sanitaria, sino una reacción estatal para prevenir las contingencias generadas por la enfermedad. Asuntos relativos a la salubridad pública siguieron siendo asumidos por el Estado y en estos se encuentran las fuentes que con posterioridad inspiraron la creación de sistemas públicos de salud.

Debido al número elevado de personas que practicaban el oficio de la prostitución, se establecieron requisitos para su ejercicio, como los dispuestos en el estatuto de Faenza en 1507 e.c., que ordenaban el examen físico previo de quienes deseaban desempeñar tal actividad y su prohibición en caso de determinarse el contagio. Quienes no residían en las ciudades, pero habían contraído sífilis o eran sospechosos de tener la enfermedad, fueron expulsados de la comunidad y en el caso de las personas naturales de la población, la medida consistía en recluirlos en hospitales especiales para recibir tratamiento.

Las medidas parecidas a las adoptadas para evitar el contagio de la Lepra y la Peste Negra como el aislamiento, fueron adoptadas en relación con la epidemia de sífilis. Por ejemplo, las comunidades de Besançon (Francia) y Zurich (Suiza) expulsaron a las prostitutas y otros extraños que sufrían la enfermedad hacia el año 1496 e.c. y lo propio fue llevado a cabo en Nürnberg en el año 1497 e.c. Otras medidas de discriminación fueron adoptadas en las ciudades de Roma en el año 1496 e.c. y Bamberg en 1497 e.c. las cuales consistían en la prohibición expresa a los barberos de prestar sus servicios a personas que portaban la enfermedad, así como la restricción de entrar en posadas e iglesias, respectivamente (Rosen, 1958, pág. 98).

Sin embargo, las medidas para combatir la sífilis no sólo consistieron en el aislamiento de las personas que portaban la enfermedad o la regulación de las actividades que se consideraban fuentes frecuentes de contagio, sino que se concentraron en el tratamiento de las consecuencias de la patología, por medio de la creación de hospitales. En 1522 e.c. la asistencia al médico de las personas que padecían sífilis dejó de ser voluntaria y se convirtió en un mandato para los habitantes de la ciudad de Venecia a quienes se les obligó a acudir al Hospital de los Incurables para recibir tratamiento gratuito. Muchas comunidades también proporcionaron tratamiento médico gratuito para los enfermos de sífilis y, en la mayoría de los casos, los médicos que trataron a tales pacientes debían informarlo a las autoridades[18].

Estas medidas dan cuenta de la intervención estatal en el manejo de grandes epidemias o de problemas a la salud pública. Sin embargo, en relación con otras enfermedades (menores o cotidianas por ponerles un nombre) es posible observar una inactividad del Estado en la producción de normas de carácter general que impliquen a toda la población. Foucault (1999), señala que ello se explica porque hasta finales del siglo XVII e.c. la gestión para el tratamiento de las enfermedades que no constituían un problema de salud pública, pero que afectaban a gran parte de la población, se realizaba a través de la asistencia a las personas en condiciones de pobreza (p. 329).

Como expone Foucault (1999), a pesar de que los gobiernos establecieron medidas autoritarias para la protección de salud pública que no estaban vinculadas con la asistencia a personas pobres, como las impuestas en las ciudades declaradas en emergencia por epidemias como la sífilis, "la medicina, entendida y ejercida como «servicio», no era nunca más que uno de los componentes de los *socorros*" (p. 329). Sin embargo, en el período que

[18] Posiblemente como resultado de estas medidas, así como del tratamiento enérgico por la función del mercurio y el desarrollo de cierto grado de inmunidad, la sífilis en los siglos XVII y XVIII tendió a convertirse en una enfermedad más crónica. Sin embargo, siguió siendo generalizado y un problema de salud importante. A medida que la moralidad de la clase media se volvió dominante, la enfermedad comenzó a ser considerada un estigma social. Pasó a la clandestinidad, lo que dificultó enormemente los esfuerzos por controlar la enfermedad (Rosen, 1958, pág. 98).

correspondió al mercantilismo hubo una lenta pero firme transformación en la manera que el Estado entendía la enfermedad y las obligaciones que contrae con las personas enfermas debido a la desacralización de la pobreza "en el lento desdibujamiento de los estatutos tradicionales el «pobre» es uno de los primeros en difuminarse, y dejar sitio a toda una serie de distinciones funcionales (los buenos y los malos pobres, los vagos voluntarios y los parados involuntarios, los aptos para el trabajo y los incapaces)" (p. 332).

Como afirma este autor, ello fomentó los estudios sobre las causas y efectos de la ociosidad para determinar los costos sociales de tal fenómeno y fundamentar la necesidad de incorporar fuerza de trabajo en condiciones de pobreza al aparato de producción, para reducir su impacto negativo sobre la sociedad y asegurar la recuperación del costo que generaba su enfermedad. Tal como lo expone Foucault (1999) "se perfila así toda una analítica utilitaria de la pobreza en la que comienza a aparecer el problema específico de la enfermedad de los pobres en relación con los imperativos del trabajo y las necesidades de la producción" (Foucault, 1999, pág. 332).

El desarrollo de la salud pública durante los siglos XVI al XVIII estuvo fuertemente influenciado por la emergencia del Estado moderno y del mercantilismo, que generó la centralización del gobierno y el desarrollo de políticas públicas para aumentar el poder y la riqueza nacional. Para lograr tal propósito los gobernantes se concentraron en el uso efectivo de la población, lo cual requería prestar atención a los problemas de salud que a la larga pudieran generar una baja de productividad. Por ejemplo, debido al crecimiento de la industria en la Inglaterra del siglo XVII, la producción de bienes y servicios pasó a ocupar un lugar de importancia estratégica para el Estado, razón por la cual el trabajo se transformó en un elemento esencial en la generación de riqueza nacional.

De conformidad con lo expuesto por Rosen (1958), la pérdida de productividad de la población laboral ocasionada por la enfermedad o la muerte fue un problema económico significativo, razón por la cual los gobiernos de turno consideraron pertinente conocer el número y el "valor de las personas", especialmente de aquellos grupos ocupacionales que se

consideraban más productivos. Fue el reconocimiento de esta necesidad en Inglaterra en el siglo XVII e.c. lo que condujo a los primeros intentos significativos de aplicar métodos estadísticos a la salud pública (p.111).

# 4. SALUD EN LOS TIEMPOS DE REVOLUCIÓN

> *"Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil […] La historia del constitucionalismo es la historia de esa progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo, sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo".*
>
> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías,* 1999: 54.

Los ochenta años que comprende este período[19] están marcados por profundos cambios que van a incidir en el establecimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Por una parte, los sucesos revolucionarios en Francia generaron un clima social propicio para aceptar las modificaciones en la forma de gobernar, en la forma de percibir el mundo y en el propósito de las instituciones. Los movimientos en contra de la monarquía, así como los intentos por restaurar el antiguo régimen, son muestras claras de la idea de cambio, pues, aunque las ideas fueran confusas, difusas y variadas en la atmosfera reinaba la necesidad transformar la realidad. En suma, la sociedad estática que durante tantos siglos acompañó a la civilización europea había llegado a su fin. La Ilustración pretendía dar respuestas a los fenómenos naturales, así como a los cuestionamientos sobre la metafísica, sobre la base de la razón.

La existencia de la enfermedad ya no era atribuible al castigo de los dioses o de entidades sobrenaturales y, por tanto, la necesidad de realizar ritos y prácticas mágicas para combatirla había quedado en el pasado. La evidencia de los condicionantes sociales como causas asociadas a las patologías, generaron reflexiones acerca de las razones que informaban su incidencia, morbilidad y cura. Entre los avances más notables se destacan la Enciclopedia

[19] El cual corresponde al período que comprende desde los años 1750 a 1830.

de las Artes y de las Ciencias, cuyos 28 volúmenes dieron fin a siglos de superstición y establecieron un nuevo insumo para las demandas sociales, fundadas en el mejoramiento continuo de la situación del ser humano.

De esta manera, la característica de ese período fue el impulso para "poner a disposición del público los resultados de la ciencia y la medicina, y en línea con esta tendencia se hicieron esfuerzos para informar a las personas en materia de salud e higiene. Los líderes de la Ilustración consideraban que sus ideas coincidían con los verdaderos intereses de la humanidad" (Rosen, 1958, pág. 133). En varios estudios de la enciclopedia Diderot expuso las consecuencias de la morbilidad y mortalidad infantil y expresó el deber de los soberanos de prestar especial atención a este fenómeno que incidía de manera determinante en el aumento o la reducción de la población. A su vez, publicó artículos sobre la necesidad de crear un seguro de vejez y de asistencia médica, a través de los hospitales de París, debido al aumento alarmante de las personas desamparadas que requerían de atención por parte del Estado y presión sobre los problemas de salubridad pública.

Sin embargo, tal y como lo explica Rosen (1958), aunque las estadísticas del período son defectuosas, hacia el año 1750 la población que hasta ese momento estaba en ciclo estacionario empezó a crecer, como se puede observar en el periodo de 1700 a 1797, en el cual Berlín aumentó sus números en un 500% (p. 138). Aunado a estas consideraciones, el pensamiento y acción humanistas se hicieron presentes generando un interés inusitado en las condiciones de vida de los seres humanos, en los problemas de salud de grupos específicos de personas y en la apreciación de los condicionantes sociales de la enfermedad.

De conformidad con Rosen (1958), al final del siglo XVIII, "la atención pública había presionado para que los problemas de salud y enfermedad fueran fenómenos sociales de importancia para el individuo y la comunidad. Los efectos de la enfermedad en el cuerpo político se habían reconocido y los esfuerzos se habían dirigido a su solución" (p. 135), situación que se vio aún más agravada por las consecuencias suscitadas por las revoluciones agrícola e industrial, las cuales generaron profundas perturbaciones en las estructuras

económicas y sociales, y dieron una nueva perspectiva de los problemas sociales y de sus consecuencias.

En la práctica el nuevo pensamiento estaba marcado por un profundo interés por el bienestar y la salud de las personas con menores recursos económicos. Sin embargo, lo más destacable fue, sin duda, que estos asuntos no se trataron como un asunto de buena voluntad librada a la caridad de los demás o las obligaciones impuestas por la religión y la moral, en cambio se asumieron estas causas como un asunto urgente con implicaciones reales a largo plazo y cuya solución requería de medidas racionales.

Sin embargo, a pesar del clima revolucionario francés, el lugar donde se materializó la idea de un sistema de salud que previniera y tratara las contingencias derivadas de la enfermedad, así como su prevención, fue en la actual Alemania. Marcado por el espíritu de la época Peter Frank (1748-1821), quien es conocido en la actualidad como el pionero en la salud pública y de la medicina social, desarrolló planes de regulación sobre la salud que fueron presentados en Prusia, entre los años 1766 a 1817. Entre sus aportes más destacables se identifican no sólo las propuestas normativas para regular la asistencia sanitaria, sino los estudios y discursos que evidenciaron que los problemas de un país sólo constituían "un aspecto de problemas sociales y económicos mucho más amplios" (Sigerist, 2006, pág. 271).

En uno de sus famosos discursos, tras la muerte de José II de Austria, expuso que los problemas de salud no se debían al infortunio, sino a las condiciones sociales y económicas, razón por la cual había que indagar en la pobreza las razones para el origen de la enfermedad, para su prolongación y para la amplitud de sus efectos. De manera concreta, señaló:

> "El hambre y la enfermedad están pintadas sobre la frente de toda la clase trabajadora. Se las reconoce a primera vista. Y quienquiera las haya observado, no llamará a ninguna de esas personas un hombre libre. Esta expresión ha perdido todo significado. Antes del amanecer, y luego de haber comido una escasa porción de pan no fermentado, lo cual constituye su dieta

> de siempre, que apacigua su hambre solamente durante medio día, el agricultor ya se entrega a su duro trabajo. Con el cuerpo enflaquecido, bajo los ardientes rayos del sol, él ara la tierra que no es suya y cultiva una vid de cuyos beneficios sólo él quedará excluido. Sus brazos caen, su lengua reseca se le pega al paladar, el hambre lo consume. El pobre hombre no puede esperar más que unos pocos granos de arroz y algunos frijoles remojados en agua. Y a ello, él sólo puede agregar esos condimentos que la naturaleza generosamente provee sin costo a los hombres" (Frank, 1941, pág. 97).

De manera concreta, Frank luchó por consolidar una política pública de ayuda a las mujeres por parte del Estado, durante las seis semanas posteriores al parto, plazo en el cual la madre debía ser relevada de la realización de cualquier trabajo dentro o fuera de su casa, dado que ello podía incidir en su salud y en la atención necesaria de los recién nacidos. A su vez, propuso que el trabajo de parto fuera realizado por personas capacitadas, que hubiera controles con anterioridad al momento del nacimiento y que se creara un programa de bienestar infantil que cubriera varios frentes de acción como la prevención de accidentes, la higiene, la salud mental y la buena disposición de los escenarios de interacción de los niños.

De otra parte, pretendió reglamentar sobre asuntos relacionados con la ventilación, la alimentación, la vivienda, el alcantarillado, la eliminación de basura y el suministro de agua; así como la capacitación de las autoridades públicas para que establecieran las medidas necesarias para que las calles de las ciudades y de los pueblos permanecieran limpias. Frank también promovió la legislación para la prevención de accidentes, a partir de la detección y manejo de las causas que dan origen a ellos y propuso la creación de un aparato estatal de "*policía médica*" que cumpliera la función de vigilar el cumplimiento de las normas relativas a la salubridad y a la salud, a partir de los cuales se establecerían las primeras obligaciones en cabeza del Estado para la creación de un sistema de atención sanitaria público (Rosen, 1958, págs. 162-165).

Sobre la racionalización de la política médica y su implementación estatal, señaló que resultaba pertinente y necesaria, pues el bienestar ciudadano constituía la razón principal para dotar de legitimidad al Estado, lo cual no tendría lugar si persistían las condiciones insalubres y la falta de regulación sobre problemas evidentes como la pobreza y el hacinamiento. Sobre el particular afirmó:

> "La política médica, en consecuencia, como ciencia de la política en general, es un arte de la prevención, una doctrina mediante la cual los seres humanos y sus animales auxiliares pueden ser protegidos de las dañosas consecuencias del hacinamiento; es, en especial, un arte que alienta el bienestar corporal para que, sin sufrir un exceso de males físicos, los seres humanos puedan demorar lo más posible el momento fatal en que, por fin, deben morir. Es inaudito que esta ciencia, la cual se hace cada día más esencialmente necesaria para nuestra especie, deba ser todavía cultivada un tanto más, pues sólo en mínimo grado, en algunos sitios, se le ha prestado atención y nunca, que yo sepa, ha comenzado a ser cultivada en forma sistemática. Esto puede deberse al hecho de que las gentes han comenzado hace muy poco a comprender el valor del ser humano, y a perseguir el beneficio de la población; como también al hecho de que estas preocupaciones han tenido el efecto inicial de originar la contemplación filantrópica de las causas que, para muchos, provocan la supuesta decadencia de nuestro género" (Baumgartner & Ramsey, 1933, pág. 525).

Esta forma de pensar le hizo ganar algunos críticos, quienes veían en el Estado un agente paternalista que impedía el cambio y restringía la libertad. Sin embargo, al margen de estas observaciones puede concluirse que su obra fue un importante avance para su época, además de constituir un punto de partida sobre futuras investigaciones que devinieron en sistemas de protección social, tal como fue reconocido por Sigerist en los siguientes términos:

> "La obra de Frank es un grandioso monumento de la salud pública y la medicina social del siglo XVIII. Su enfoque es el de un médico social que estudia al hombre desde el nacimiento hasta la sepultura, lo acompaña y lo protege contra los daños con que lo amenaza su entorno físico o social.
>
> (…) Su actitud hacia el pueblo era puramente paternalista. El monarca era a sus súbditos lo que el padre a sus hijos. Era responsable por su bienestar; dictaba medidas para conservar su buena salud y prohibía lo que pudiera dañarla. Frank fue un fiel defensor de esta filosofía y su meta era promover la salud a través de la legislación y hacer cumplir las leyes sanitarias a través de los órganos de Estado" (Sigerist, 2006, págs. 275-276).

La influencia de Frank se puede percibir en otros investigadores. De manera concreta, en la figura del médico y humanista Franz Anton Mai, quien en el año 1800 presento ante el Palatinado un proyecto de Código de Salud, en el cual puso a consideración del gobierno algunas regulaciones para poner en práctica lo que Frank predicó:

> "la creación de un código de derecho integral que rige todos los aspectos de la salud y que tiene la intención no solo de mantener sino también de promover la salud. Los temas cubiertos por el código indican su carácter integral. Estos incluyen higiene de la vivienda y de la atmósfera, higiene de alimentos y bebidas, aspectos médicos de la recreación, higiene de la vestimenta, salud de diversos grupos ocupacionales, salud y bienestar de madres y niños, prevención de accidentes, primeros auxilios, prevención y control de enfermedades transmisibles, tanto humanas como animales, organización del personal médico y provisión de atención médica, y educación para la salud" (Rosen, 1958, pág. 165).

Aunque con en su momento las ideas de Frank y de Mai parecieron reaccionarias, por el asignar al Estado un papel preponderante en tiempos de revolución y cuestionamiento a su

autoridad, no puede dejarse de lado sus contribuciones sobre (i) la idea de una policía médica, como un órgano de veeduría de las actividades que tocaran aspectos transversales de la salud como la prevención, el aseguramiento, el tratamiento de enfermedades, la identificación de factores de riesgo y las apropiaciones presupuestales para crear un órgano que garantizara el cumplimiento de normas relativas a la salud y a la salubridad; y (ii) la recopilación de información, investigaciones y propuestas, para el análisis sistemático de los problemas relacionados con la ausencia de regulaciones expresas en materia de salud y las consecuencias asociadas a la falta de un sistema de salud público.

Aunque tal trabajo tuvo gran influencia en Alemania, no fue en ese lugar donde tal esfuerzo produjo frutos. Como señala Rosen (1958) fue a principios del siglo XIX, en Francia e Inglaterra, donde se estudiaron y desarrollaron "los problemas fundamentales de la organización sanitaria definidos por Johann Peter Frank y los otros trabajadores que crearon el concepto de policía médica". Dado que "[f]ue en estos países que las políticas de salud se desarrollaron y aplicaron por primera vez a escala nacional" (p. 166-167).

Este proceso, si bien tuvo lugar en el siglo XIX tiene sus antecedentes en el transcurso del siglo XVIII, en Francia e Inglaterra, donde la enfermedad fue relacionada con improductividad, inició el desmonte progresivo del esquema de salud paliativa, para combatir *la ociosidad*. A partir de un estudio general de los modos de inversión y de capitalización, economistas y administradores criticaron la práctica de las fundaciones de salud que en sus criterios concentraban capital y recursos humanos impidiendo el flujo de la economía (Foucault, 1991, pág. 92).

Con posterioridad, la noción de bienestar físico fue incorporada al concepto de salud, a partir de propuestas que tenían por objeto el mejoramiento de la calidad de vida. En un primer momento, se establecieron programas de atención a la infancia para la adopción de normas sobre cuidado, limpieza, contacto, higiene y proximidad atenta, que aumentaron la expectativa de vida de los infantes, con el propósito de fomentar el nacimiento de niños sanos,

que llegaran a una edad adulta en óptimas condiciones físicas, para apoyar los procesos productivos (Foucault, 1991, págs. 96-98).

Luego, se adoptaron políticas públicas de higiene para reducir enfermedades epidémicas y las tasas de morbilidad, con el propósito de aumentar la expectativa de vida. Para ello, se crearon hospitales en donde el tratamiento de la enfermedad adquirió un nuevo significado al evitar retirar al sujeto y, en su lugar, curarlo con el propósito de reintegrarlo a la misma con fines productivos. Así, los hospitales se convirtieron en verdaderos centros para el tratamiento de las enfermedades, con lo cual se llevó el concepto de salud a un nuevo nivel: el de recuperar al paciente.

Así las cosas, durante el siglo XVIII la salud sufrió las siguientes transformaciones: Primero, deja de ser un asunto de asistencia pública o caridad y se convierte en una política de Estado con vocación de permanencia. Segundo, incorpora como pretensión que el tratamiento restablezca la salud del individuo, dejando atrás la visión de retirarlo de la sociedad de manera indefinida con el propósito de salvaguardar la salubridad pública. Tercero: se introduce el concepto de salud preventiva, el cual no debe confundirse con las acciones efectuadas con anterioridad para controlar la propagación de enfermedades, sino a evitar las mismas para evitar interrumpir los procesos productivos y aliviar la presión fiscal derivada del mantenimiento de la nueva organización hospitalaria.

Sin embargo, a pesar de los avances identificados, no es posible hablar de un derecho a la salud en este momento histórico, sino de un compromiso político de los Estados para fomentar la misma. Esto resulta evidente si tenemos en cuenta que no hay una demanda de bienes y servicios por parte de la población en general que se convierta en una obligación atribuible al Estado.

# 5. EL DERECHO A LA SALUD Y LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES.

> *"Los proletarios no tienen nada que perder, salvo sus cadenas. Tienen un mundo por ganar."*
>
> Karl Marx y Friedrich Engels, *Manifiesto del partido comunista,* 1848.

> *"Ahora demostraré que la sociedad en Inglaterra comete cada día y a cada hora lo que los periódicos obreros ingleses tienen toda razón en llamar crimen social; que ella ha colocado a los trabajadores en una situación tal que no pueden conservar la salud ni vivir mucho tiempo; que ella mina poco a poco la existencia de esos obreros, y que los conduce así a la tumba antes de tiempo; demostraré, además, que la sociedad sabe hasta qué punto semejante situación daña la salud y la existencia de los trabajadores, y sin embargo no hace nada para mejorarla".*
>
> Friedrich Engels, *La situación de la clase obrera en Inglaterra,* 1845.

El siglo XIX es el momento histórico en el cual las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales crean el ambiente propicio para que la obligación estatal de atender problemas específicos de salud, sobre determinadas personas, ceda su lugar a un derecho a la asistencia sanitaria. Las causas inmediatas que generaron este cambio fueron las condiciones deplorables a las que fueron sometidos miles de trabajadores en Inglaterra y que produjeron la movilización social en contra del poder ejercido sobre los cuerpos que se manifestó en la forma de relaciones laborales.

Así, con el ánimo de expandir la economía y de reproducir el capital a como diera lugar, los dueños de las fábricas establecieron duras jornadas laborales y reducidos salarios, para obligar a la clase obrera a trabajar para garantizar estrictamente su subsistencia, situación que se tradujo en el desmejoramiento de las condiciones de salud los trabajadores

y en la cosificación del ser humano a partir de su instrumentalización en la cadena de producción. Como expuso Turner en su escrito sobre *Los efectos de los oficios, trabajos y profesiones, y de las situaciones civiles y formas de vida, sobre la salud y la longevidad*, el empleo de capital humano para satisfacer la demanda de bienes y servicios demandó toda la fuerza disponible que el capital podía comprar, inclusive la de los niños, dado que estos no sólo recibían salarios tres veces menores en relación con los hombres de edad adulta, sino que debido a su menor tamaño eran enviados a minas con túneles estrechos en donde sólo ellos podían entrar (Turner, 1832).

Esta situación aumentó la mortalidad infantil, lo que a largo plazo generaba una reducción en la oferta de trabajadores y en la consecuente falta de futuros infantes para las mencionadas tareas. Esto, sumado a los movimientos para promover leyes que mejoraran la situación de los menores llevo a que en 1832 Michael Sandler presentara ante el parlamento un proyecto de norma para reducir la cantidad de horas de trabajo infantil, la cual, aunque en la actualidad esto pueda parecer una ley cuestionable, debido a la proscripción del trabajo infantil en las sociedades modernas, para la época fue una norma revolucionaria que allanaría el camino para reformas posteriores. De hecho, era tan avanzado para ese momento histórico no fue aprobada, pero dio lugar a una comisión para investigar las condiciones de los menores en las fábricas y las minas, así como los impactos a largo plazo de tales tareas.

Estas investigaciones posteriormente dieron lugar a que se expidiera *Factory Act de 1833*, por medio de la cual se implementó una comisión por parte del gobierno que inspeccionara los lugares de trabajo, además de establecer la educación obligatoria para los niños y que su jornada laboral tuviera una duración máxima de doce horas, así como la prohibición de que trabajaran en la noche[20]. Las referidas garantías fueron complementadas

[20] La norma citada expone de manera puntual: “Children (ages 14–18) must not work more than 12 hours a day with an hour lunch break. Note that this enabled employers to run two 'shifts' of child labor each working day in order to employ their adult male workers for longer. ||Children (ages 9–13) must not work more than 8 hours with an hour lunch break. ||Children (ages 9–13) must have two hours of education per day. ||Outlawed the employment of children under 9 in the textile industry.||Children under 18 must not work at night.||Provided for routine inspections of factories.” (UK Parliament, The Factory act of 1833: eight pamphlets, 1833-1834, 1833).

por una ley posterior: la *Factory Act de 1878*, según la cual la educación tenía carácter obligatorio hasta los diez años y que prohibió el trabajo para los menores de doce años. A su vez, significó un avance en la protección de los derechos de las mujeres, dado que se limitó su jornada laboral a un máximo de cincuenta y seis horas semanales.

Aunque en un sentido estricto las normas referenciadas no puedan asimilarse a un derecho a la salud constituyen un importante elemento para su creación, dado que tienen la particularidad de regular las situaciones de manera indistinta, impersonal y abstracta, además de constituir garantías sin contraprestación alguna, sin tener en cuenta una coyuntura. Además, estas normas eran progresivas, pues una vez proferidas aumentaba de forma gradual el ámbito sustantivo de protección de los derechos que incorporaban, lo que en la práctica implicó que los derechos alcanzados no fueran derogados por regulaciones posteriores.

Al mismo tiempo surgieron denuncias sobre el empleo de la propiedad de los medios de producción que generaba que la clase obrera fuera obligada a vivir y trabajar en condiciones que causaban enfermedad. De manera concreta Engels expuso que la falta de planeación urbana había generado que las viviendas carecieran de una adecuada ventilación, razón por la cual los problemas respiratorios estaban a la orden del día, pues quienes habitaban tales sitios eran obligados a respirar tales gases debido a su pobreza.

De conformidad con Waitzkin (2013), Engels denunció que los patios de las viviendas de las personas de la clase obrera no tenían comunicación directa con la calle, sino con otras casas, y que los gases de carbono generados por la combustión y por la respiración humana se acumulaban y permanecían inmóviles en los lugares de habitación. Aunado a ello, señaló que se había normalizado la práctica insalubre de acumular los desechos de los seres humanos y de los animales en los patios, en las viviendas y en las calles, lo cual generaba que se contaminara el aire y el agua con terribles consecuencias, como la multiplicación de enfermedades infecciosas como la tuberculosis (p. 41).

En criterio de Engels, la solución de esos problemas requería una reglamentación real y profunda sobre los contratos de trabajo, pues las normas que establecían pequeñas concesiones no ofrecían respuestas de fondo para los problemas estructurales de salud y la denegación de derechos básicos para imposibilitaban la subsistencia. Lo anterior se agravaba por los escuetos sueldos y la falta de un servicio público sanitario, pues la clase obrera se enfrentaba a la dificultad adicional de no poder contratar a personal médico calificado para tratar sus enfermedades, dado a los costos que ello implicaba "el hacinamiento, la vivienda precaria, las instalaciones sanitarias inadecuadas y la polución – características estándar de la vida urbana – que se combinaban con la posición de la clase social para causar enfermedad y mortalidad temprana." (Waitzkin, 2013, págs. 42-43)

Así las cosas, aunque la enfermedad pudiera tener múltiples causas, las cuales eran más frecuentes y normalizadas en la clase obrera, su tratamiento estaba limitado a la posición económica, dado que la atención de patologías estaba reservada para la clase propietaria (Engels, 1845, pág. 135). Sobre el particular, Engels realizó una investigación sobre las tasas de mortalidad, en la cual demostró que estas presentaban un aumento significativo en la población con menores recursos económicos, mientras que las clases sociales favorecidas tenían un rendimiento decreciente al respecto. Esta estadística, que se basó en fuentes oficiales, no sólo comprendía ciudades enteras, sino los distritos en su interior. De manera específica, los datos mostraron que la mortalidad infantil por enfermedades infecciosas como la viruela, el sarampión, la fiebre escarlata y la tos ferina, entre los niños cuyos padres pertenecían a la clase obrera era mayor en Manchester que sus pares de familias adineradas.

Con la revolución industrial surgieron demandas sociales que pretendían garantizar condiciones básicas de salud y salubridad para el ejercicio de las labores. Las regulaciones que precedieron a este proceso se pueden explicar desde dos perspectivas. La primera de ellas, como una voluntad política que tenía como propósito dignificar a las personas, a partir del mejoramiento de las condiciones en las cuales trabajaban. La segunda, que consistía en una visión pesimista de la bondad humana, en la cual la concesión de algunos beneficios

pretendía garantizar que las personas estuvieran sanas y pudieran desarrollar las labores que exigía la expansión económica con mayor eficiencia.

Sin perjuicio de las motivaciones que llevaron a un proceso de creación y expansión de derechos sociales resulta claro que en la segunda mitad del siglo XIX surgieron instrumentos legales para exigir a los empleadores garantías básicas para salvaguardar la salud. Debido a que el aumento de la productividad llevó al empeoramiento de la salud de los trabajadores fue necesario establecer medidas a su favor, pues tal como fue expuesto por Rosen (1958) "del mismo proceso del que surgieron las fábricas, la economía de mercado y las grandes ciudades, surgieron también los problemas de salud que plantearon la necesidad de evitar las enfermedades y proteger la salud" (p. 201).

Estas medidas también fueron producto del fuerte impulso de una corriente de pensadores del siglo XIX, entre los cuales destaca el jurista y filósofo inglés Jeremy Bentham, quien propugnaba por un Estado al servicio de los ciudadanos que se fundamentara en tres ideas. La primera, señala que el gobierno debía adoptar decisiones sobre la base del enfoque utilitarista, según el cual debía brindarse el mayor bienestar para el mayor grupo de individuos, lo cual recibió críticas positivas en su tiempo. La segunda afirma a la dignidad como un atributo individual generando grandes debates, dado que un enfoque utilitarista en la adopción de decisiones sacrifica valores y principios. Finalmente, la tercera dispone que la fuente del poder de ejercer el gobierno deviene del compromiso del Estado con los ciudadanos, razón por la cual las autoridades públicas tenían la función de proteger al individuo, satisfacer sus intereses y promover el bienestar de sus semejantes (Bentham, 1830, págs. 5-8).

Este último punto resulta de vital importancia para la exigencia de un sistema de salud pública, pues frente a la pregunta sobre las razones que fundamentan el poder estatal surgen las respuestas del bienestar. Así, el trabajo de Bentham resultó generar una fuerte influencia entre el circulo intelectual de su época, en especial sobre Edwin Chadwick quien sería

determinante en la consolidación de un derecho a la asistencia sanitaria, pues ha sido considerado un promotor de estándares básicos de protección para la población.

Desde su posición como secretario de la comisión inglesa encargada de las leyes de asistencia a los pobres (Poor Laws[21]) Chadwick realizó investigaciones para determinar las causas que propiciaban el aumento de personas en condiciones de pobreza. Sus investigaciones dieron lugar al reporte general sobre las condiciones sanitarias sobre la población trabajadora de Gran Bretaña[22], documento por medio del cual, en un sentido similar a Engels, expuso la relación de causalidad entre las difíciles condiciones de vida la población obrera y las enfermedades que padecían. A partir de ello, y con el propósito de disminuir los índices de morbilidad, promovió ante el gobierno la *Public Health Act de 1848*[23], la cual, luego de un primer intento fallido, logró ser aprobada. Este instrumento de orden legal creó las juntas locales de salud, encargadas de realizar veeduría sobre asuntos relacionados con las causas que deterioraban la salud y dependían del nivel central de la administración (Stewart & Jenkins, 1969, pág. 10).

Aunado a ello, impulsó la aprobación de la *Nuisances Removal* and *Diseases Prevention*[24], por medio de la cual se adoptaron protocolos para la prevención de la enfermedad. Sin perjuicio de ello, el gran avance en materia de la creación de las normas que devendrían en la organización de un sistema de salud fue su aplicación general, pues, aunque fueron dispuestas de manera original para la ciudad de Londres, se dispuso su aplicación inmediata en el Reino Unido.

La influencia de los intelectuales en la creación de normas que garantizaran prestaciones básicas en el campo de la salud generó efectos prácticos en el campo legal. De manera concreta, la Constitución de la Segunda República Francesa de 1848 incorporó

[21] También denominadas para la pobreza o sistema de ayuda para los pobres (UK Parliament, 1834).
[22] Del original: *Report on the Sanitary Condition of the Laboring Population of Great Britain*.
[23] Ley de Salud Pública de 1848.
[24] Leyes para la eliminación de molestias y prevención de enfermedades de 1848.

previsiones para los problemas generados por la enfermedad y agudizados por el desempleo, producto de la crisis económica. En su artículo 13 estableció obligaciones en materia de salud para el Estado como la asistencia a las personas en mayores condiciones de vulnerabilidad, a los niños huérfanos o abandonados, a la población adulta mayor, a las personas con enfermedades crónicas o permanentes y, en general a las personas que carecían de medios económicos para subsistir o cuyas familias no tenían la posibilidad de ayudarles.

Los grandes logros y las profundas reflexiones realizadas por Chadwick influyeron en el médico y antropólogo Rudolph Virchow, considerado como una de las personas con mayor influencia en la patología moderna, pues sus importantes contribuciones al ámbito de la salud pública y a la medicina social se expandieron por toda todo el mundo.

En su criterio la enfermedad estaba determinada por condiciones sociales, hecho que le hizo abordar el campo político para exigir que el Estado y la sociedad se ocuparan de la salud de las personas. Sobre la base de tales motivaciones realizó un fuerte activismo a favor de la protección de la salud de la ciudadanía, en su papel de miembros de los parlamentos prusiano (1861) y alemán (entre los años 1880-1893).

A partir del estudio que efectuó sobre la epidemia de fiebre tifoidea en la Alta Silesia constató que las condiciones materiales de existencia y los factores asociados a la historia de los pueblos generaban disputas de clase y luchas por el poder político y económico que erigían barreras infranqueables para la creación de instrumentos legales que protegieran la salud de la población. Así las cosas, expuso que la afectación del estado de salud, por la aparición de enfermedades y epidemias, no se solucionaría por la simple disposición de personal médico, pues las causas que les daban origen eran estructurales y requerían de trabajo conjunto por parte de la sociedad.

Pionero en el campo de la medicina social, Virchow señaló que existía una relación entre el ambiente, la sociedad y la enfermedad que explicaba el hecho de que algunas poblaciones presentaran índices elevados de morbilidad a causa del clima, que no se repetían

en otros lugares o sociedades. Teniendo en cuenta que la interacción humana era la causa eficiente de la enfermedad, Virchow adujo que los cambios en la política y en la economía podían generar efectos mucho mayores que la propia ciencia médica, pues está última podía contribuir en la prolongación de la vida humana, pero no tenía la capacidad de combatir de manera pronta y exitosa las causas sociales que generaban el problema, esto es, las derivadas de la estructura de clase (Virchow, 1957, pág. 110).

Sobre este último punto, consideró que la posición social y económica de la población establecían las condiciones previas que repercutían en los patrones de conducta, de estilo de vida y de consumo que generaban mayores probabilidades de enfermedad e incluso patologías exclusivas en función a la labor o al lugar de residencia. Con fundamento en ello consideraba que la falta de un sistema de atención sanitaria estatal dejaba en evidencia la falta de compromiso de la sociedad ante la situación de las personas menos favorecidas, a pesar de que todos se beneficiaban con las laborales que estas desempeñaban. A partir de ello, expuso que resultaba inconcebible que en los hospitales se exigiera a la población con escasos recursos económicos asumir los costos asociados al tratamiento de sus patologías.

Sobre el particular Waitzkin (2013) señala que Virchow abogó por la creación de un servicio público de salud, cuyo acceso estuviera garantizado como un derecho. En palabras del autor: "Virchow vislumbró la creación de un servicio público de salud, un sistema integrado de servicios de atención en salud, propiedad y administración pública, cuyo personal serían trabajadores de la salud empleados por el Estado; semejante sistema definiría la atención en salud como un derecho constitucional de los ciudadanos. Este derecho incluiría las condiciones político-económicas que contribuyeran a la salud y no a la enfermedad." (Waitzkin, 2013, pág. 47).

Para llevar a cabo este proyecto, Virchow expuso que los programas de salud pública debían cumplir con dos principios. El primero de ellos, relativo a la prevención, estaba enfocado en el tratamiento de las causas que generan la enfermedad, pues un enfoque sobre el tratamiento de sus efectos resultaba ser un paliativo y no un remedio estructural.

En relación con el segundo de ellos, denominado responsabilidad estatal, adujo que implicaba una política activa por parte del Estado para generar oportunidades laborales y de esta manera lograr que los ciudadanos no sólo obtuvieran mejores ingresos, sino que contaran con los medios económicos para poder acceder a los tratamientos médicos, además de contribuir al crecimiento económico que devendría en la reinversión de los ingresos al sistema de salud por la vía impositiva (Virchow, 1957, pág. 106), los cuales financiarían no sólo la salud de las personas que podían contribuir a la expansión económica, sino de aquellos que se encontraban en estado de discapacidad (Virchow, 1958, pág. 117).

Las propuestas de Virchow son precedentes importantes para la creación de un derecho a la asistencia sanitaria, no sólo porque vinieron acompañadas de sus esfuerzos en el campo del activismo político, sino por el cambio de enfoque para el tratamiento de la enfermedad. Así, se hizo evidente que el Estado tenía serias obligaciones para prevenir la enfermedad, a partir de la adopción de reformas sociales para mejorar las condiciones de los trabajadores, razón por la cual el tratamiento de las patologías, si bien era importante, demostraba la falta de compromiso estatal y de la sociedad en general.

A partir de ello, las responsabilidades estatales en materia de salud se transformaron, pues se abandonó el enfoque basado en el tratamiento por uno preventivo. Así, las acciones basadas en contingencias y en las consecuencias de la enfermedad dieron paso a una nueva forma de abordar tales problemas: el control de sus causas, el establecimiento de políticas que permitieran apropiar recursos para reaccionar ante la adversidad, desde mucho antes de que pudiera llegar a tener lugar; y, la necesidad de crear sistemas de aseguramiento. Estas ideas se fortalecieron a raíz de la organización de los trabajadores industriales en cooperativas o sociedades, que en un primer momento no se mostraban fuertes, pero con el paso del tiempo se volvieron influyentes, máxime cuando los ciudadanos tomaron conciencia de la importancia del voto y del poder que les daba su ejercicio.

En un sentido similar al expuesto por Virchow, las sociedades de trabajadores empezaron a considerar al Estado como una institución responsable de las garantías básicas, un ente que tenía como razón de ser la protección de los derechos de la ciudadanía. Cuando la clase obrera tomo conciencia de su lugar de clase y de su importancia para la reproducción del capital, dirigió sus esfuerzos para lograr establecer escenarios de negociación con el Estado a partir de la amenaza siempre latente de la huelga laboral. De esta manera surgieron las asociaciones gremiales y se cristalizaron algunas de las más urgentes demandas sociales.

En ese escenario, surge la figura de Otto von Bismarck, el estadista, político y burócrata alemán de tendencia conservadora, quien en su función de canciller realizó profundos cambios en la manera en que el Estado se ocupaba de la enfermedad, pues alarmado por el poder que el movimiento socialista convenció al parlamento de la necesidad de aprobar medidas sociales como la protección parcial de los trabajadores no agrícolas en caso de enfermedad, invalidez y vejez, las cuales no debían prestarse por parte del Estado, sino por "entidades privadas sin ánimo de lucro quienes recaudasen las contribuciones de empleados y trabajadores y quienes, bajo la tutela estatal, administrasen los fondos obtenidos inicialmente. Este modelo de financiación de las provisiones sanitarias fue popularmente aceptado y el ejemplo alemán fue seguido posteriormente por Bélgica en 1894, por Noruega en 1909, por Gran Bretaña en 1911, por Rusia en 1912 y por Francia en 1928. Fuera de Europa, Japón en 1922 y Chile en 1924 también adoptaron medidas de cobertura obligatoria para la asistencia sanitaria de los trabajadores industriales" (Cabo Salvador, Cabo Muiños, & Iglesias, 2010, pág. 34).

El modelo de aseguramiento en salud de Bismarck, el más antiguo del mundo, consistía en establecer prestaciones por medio del seguro obligatorio, el cual aprovisionaba recursos por medio de la imposición obligatoria de cuotas a todas las personas que trabajaban y a sus empleadores, dado que las principales contingencias que afectaban la salud se debían y ocasionaban por los procesos productivos. Desde esa perspectiva se podría afirmar que este seguro establecía una protección al trabajador, pero no al ciudadano, lo cual es cierto, pero debe tenerse en cuenta que el Estado otorgaba recursos para cubrir los eventos de ciertos

grupos no asociados con la actividad laboral y que se encontraban en alto grado de vulnerabilidad como la población indigente[25].

En ese modelo la función del Estado era la de administrar tales recursos y garantizar la transparencia del sistema, además de realizar contribuciones en los casos en los cuales se presentara déficit en el recaudo necesario para cubrir la demanda de servicios. Puede observarse que la influencia de Virchow en el modelo propuesto por Bismarck es innegable, hasta el punto de que este último solicitó su apoyo con el objetivo de implementar un plan para mejorar la salud de la población alemana, el cual tuvo lugar con la aparición del seguro nacional de salud en 1880, el cual se difundió rápidamente por Europa.

A estas previsiones se sumaron el programa de indemnización a los trabajadores que fue implementado en el 1884 y el seguro por enfermedad de 1883, con los cuales la población alemana disfruto de un servicio, parecido al actual, en cuanto a prestaciones, en materia de seguridad social (OIT, 2009, pág. 2). Estas políticas, la creación de instrumentos legales y el progreso científico y tecnológico mejoraron las condiciones de vida de millones de personas. Sobre este último punto es relevante recordar que con la aparición de la vacuna antivariólica por parte de Edward Jenner en 1796 inició a la era de la inmunización, lo cual tuvo importantes repercusiones en la salud pública y en los derechos de las personas a acceder a la misma. En criterio de Sand (1952), la nueva era de la inmunización generó que tanto la salud pública y la legislación aunaran sus esfuerzos para proteger a los individuos y la sociedad (p. 143).

[25] De conformidad con (Cabo Salvador, Cabo Muiños, & Iglesias, 2010) en el modelo Bismarck la red de salud pública es dirigida por el Estado, quien "se constituye a sí mismo en autoridad sanitaria. En principio este modelo garantiza la asistencia sólo a los trabajadores que pagan el seguro obligatorio, teniendo que constituir redes paralelas de beneficencia para los trabajadores que no cotizan. Los países que tienen sistemas que derivan de esta variante del modelo mixto son principalmente España, Francia, Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Holanda. Actualmente, todos los ciudadanos de estos países gozan de una sanidad universal, gratuita y en condiciones de equidad" (p. 35).

Así las cosas, se puede concluir que los avances legislativos, de política pública, médicos y tecnológicos que tuvieron lugar durante gran parte del siglo XIX fueron posibles gracias a la fusión de activistas, académicos, políticos y científicos que identificaron una relación entre el ambiente, la estructura social y la aparición de la enfermedad, y, a partir de ello, adoptaron estrategias para obligar al Estado a tomar decisiones que mejoraran en estos campos, con lo cual la salud de la población y las garantías asociadas a su prevención y tratamiento mejoraron de manera considerable.

No obstante, este progreso en la creación y consolidación de un sistema de salud público y de un derecho a la asistencia sanitaria debería pasar por un arduo camino, en el cual los Estados se comprometieran su reconocimiento en las legislaciones internas, pero también en el plano internacional. Así, durante el siglo XX se inició una era de cooperación y de solidaridad, en la cual los organismos supranacionales y los instrumentos de derecho internacional público, no sólo pondrían a prueba la voluntad de los gobiernos para reconocer un derecho a la asistencia sanitaria, sino que serían la cristalización de las luchas populares y del cuestionamiento de la ciudadanía por la legitimidad estatal, como se observará a continuación.

# 6. EL SIGLO XX Y LA PRETENSIÓN DE INTERNACIONALIZAR UN DERECHO HUMANO A LA SALUD

> *"Cuanto he escrito hasta aquí no puede decirnos si la humanidad puede resolver los problemas a los que se enfrenta al final del milenio; ni tampoco cómo puede hacerlo. Pero quizás nos ayude a comprender en qué consisten estos problemas y qué condiciones deben darse para solucionarlos, aunque no en qué medida estas condiciones se dan ya o están en vías de darse. Puede decirnos también cuan poco sabemos, y que poca ha sido la capacidad de comprensión de los hombres y las mujeres que tomaron las principales decisiones públicas del siglo, y cuan escasa ha sido su capacidad de anticipar – y menos aún de prever – lo que iba a suceder, especialmente en la segunda mitad del siglo."*
>
> Eric Hobsbawm, *Historia del siglo,* 1995: 574.

> *"La universalidad de los derechos humanos se encuentra frente y en dirección hacia la polifonía cultural del mundo, mientras que las diferencias culturales y de civilizaciones tienden siempre hacia la construcción de valores comunes y éticas universales".*
>
> María José Fariñas Dulce, *Universalidad e interculturalidad,* 2005: 197.

Las contribuciones de este período histórico al derecho a la atención sanitaria son significativas. Es durante el siglo XX que se cristalizan los esfuerzos por crear la obligación estatal de tratar los problemas derivados de la enfermedad, así como su prevención. En una época de profundos cambios y del descubrimiento de problemas jamás antes vistos, debido a la revelación que los medios de comunicación expusieron sobre regiones hasta ese momento ignoradas como el África, se creó una conciencia colectiva sobre la necesidad de un cambio radical.

Aunado a ello, los problemas derivados de los frecuentes conflictos, dos de ellos de carácter mundial, sugirieron la idea de establecer cuerpos normativos robustos para

establecer un conjunto de garantías mínimas en materia de salud, así como instituciones que ejercieran vigilancia para su cumplimiento, con fuentes de financiación cooperativas de entidades estatales. Así, este período se caracterizó por la pretensión de universalizar el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria por medio de instrumentos legales de derecho supranacional.

Los grandes desarrollos que tuvieron lugar en el siglo XIX, que tuvieron como punto de partida el reconocimiento de que las condiciones sociales constituían los antecedentes inmediatos para la aparición, desarrollo y permanencia de la enfermedad, fueron el fundamento para la nueva política del cuidado del siglo XX. La reducción de las tasas de mortalidad asociadas a enfermedades que se consideraban epidemias intratables tuvo un aumento significativo. Como expone Mittelbrunn (2008), los estudios realizados por Thomas McKeown demostraron que enfermedades infecciosas como la tuberculosis habían sufrido una importante reducción en las tasas de contagio y fatalidad, debido al mejoramiento de las condiciones sociales de la población donde tales patologías eran endémicas y la adopción de medidas sanitarias de prevención y control (p. 2),

Para presentar las importantes implicaciones de este período en la consolidación de la asistencia sanitaria como un derecho, se realizará una exposición de la situación que antecedió a la creación del sistema supranacional que le daría su estatus legal, esto la conformación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) y de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS). Luego de abordar tal asunto, se analizarán los instrumentos de derecho internacional público emitidos por entidades multilaterales, contenidos en actas, informes de asambleas, declaraciones de derechos, pactos y observaciones generales, que conforman el cuerpo normativo para la exigibilidad del derecho a la asistencia sanitaria.

Este estudio también tendrá como objetivo establecer los conceptos que, a partir de estas normas, incorporan la definición del derecho a la asistencia sanitaria, asunto que tiene una incidencia determinante en este trabajo, pues a partir de ello será posible establecer una

visión crítica sobre la forma en que se abordan los problemas derivados de la enfermedad, del cuidado médico, de la prevención, del tratamiento, de la continuidad y la de integralidad, y en general, de la manera como nuestras sociedades entienden que atienden tal garantía.

## 6.1. Antecedentes de la creación de un sistema internacional para la protección de derechos humanos con énfasis en la salud

El proceso de expansión económica escaló a nivel global durante los primeros años del siglo XX. El auge de las exportaciones y el surgimiento de una economía global, no sólo trajeron un incremento de las utilidades y del proceso de industrialización, sino la aparición de nuevos problemas generados por las bondades y velocidad del transporte. Enfermedades que eran propias de un determinado lugar empezaron a aparecer en lugares jamás antes vistos, dado que la movilización de mercancías y de recursos humanos tenían la facilidad de propagarlas de manera más rápida.

La necesidad de llevar la economía a otro nivel es una de las causas que puede explicar la repentina cooperación internacional para evitar los efectos negativos asociados a la enfermedad, no sólo en la productividad, sino en los problemas de salud pública exportados e importados. Para morigerar las consecuencias de los problemas descritos se fundaron organizaciones con presencia en múltiples países, cuyo objetivo principal era la prevención y control de epidemias, entre estas la Oficina de Sanidad Internacional (en adelante OSI), la primera en su especie, que se fundó en la ciudad de Washington en el año 1902 (Fee & Brown, 2007, pág. 32).

Como lo expone Waitzkin (2013), la OSI, en sus primeros años, concentró sus esfuerzos en combatir las principales causas de enfermedad en zonas estratégicas para la obtención de insumos para la produccion indudstrial, como aquellas en las cuales se extraían minerales (p. 35). Ejemplo de ello, fueron las campañas para la erradicación del mosquito en países como Colombia, México y Brasil, así como la distribución de vacunas para inmunizar

a la población contra la fiebre amarilla, políticas con enfoque preventivo que con posterioridad fueron adoptadas en América.

Sobre el particular Waitzkin (2013) señala que la Oficina de Sanidad Internacional (que luego se transformaría en la Oficina Regional para las Américas de la OMS y con postorioridad en la Organización Panamerciana de la Salud [en adelante OPS]) fue la primera organización con vocación internacional, que promovió políticas suprenacionales en materia de salud y que "dedicó gran parte de sus actividades iniciales a la vigilancia, prevención y control de las enfermedades infecciosas, principalmente para proteger el comercio y las actividades económicas al largo de las Américas." (p. 35).

Sin embargo, la creación de este tipo de instituciones no puede explicarse sólo desde los beneficios que ello reportaba al crecimiento económico y al comercio, dado que, como se adujo, ello fue tan sólo una de las causas que llevaron a su creación. Los procesos sociales y de reivindicación de derechos también tuvieron mucho que ver en el desarrollo del derecho a la asistencia sanitaria. Un ejemplo de esta situación se puede observar en las Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos (1917) y la Constitución Alemana de la República de Weimar (1919), las cuales cristalizaron las luchas de los trabajadores, frente a las débiles reglamentaciones laborales. Estas mejoraron sus condiciones de vida y produjeron derechos frente a los empleadores y al Estado (Jaramillo Pérez, García Villegas, Rodríguez Villabona, & Uprimny Yepes, 2018, pág. 821).

Estos derechos tuvieron un fuerte impulso a partir de la creación de entidades de carácter internacional como la OIT, la cual se fundó el período de la posguerra de la primera guerra mundial, como un intento por dignificar la labor de los trabajadores, mejorar sus condiciones económicas, establecer garantías básicas en salud y fomentar su progreso. La labor de tal organización, que nació con fines altruistas, se volvió necesaria a partir de la crisis económica y social que tuvo lugar en la segunda década del siglo XX, que agravó la pobreza y evidenció la situación de miseria en la que estaba inmersa gran parte de la

población, quien dependía de puestos de trabajo que de la noche a la mañana se tornaron inexistentes.

Las dificultades generadas por el paro masivo ante la falta de demanda de bienes, debido a la saturación de los inventarios que tuvo lugar en tal período, llevaron a reflexionar sobre la necesidad y urgencia de establecer mecanismos de protección frente al desempleo, la enfermedad y, en general, la adversidad.

Estos antecedentes constituyen razones para la proclamación de un derecho a la asistencia sanitaria, pues la presión constante sobre el Estado como institución responsable de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes generó que su gestión empezara a evaluarse a partir de la satisfacción de indicadores sociales, como lo explican los estudios en perspectiva integral que se adoptaron en la década de la segunda posguerra, en los cuales los análisis sobre satisfacción de un derecho a la asistencia sanitaria no se concentraban en índices de morbilidad, sino en el reconocimiento de prestaciones necesarias para una vida en condiciones de dignidad.

Estos enfoques integrales se desarrollaron en varios instrumentos de derecho y tuvieron una fuerte influencia en las investigaciones sobre la medicina social, entre las que se destacan las desarrolladas por Henry Sigerist, un médico francés de formación suiza, quien emigró a los Estados Unidos para formarse una reputación sólida como catedrático en las Universidades de Yale y Johns Hopkins. En sus trabajos demostró que los factores sociales influían de manera determinante en el origen de la enfermedad, por lo cual propuso que se promocionaran y protegieran condiciones para la educación, la recreación, el descanso y el mantenimiento del estado físico. En el campo de los derechos, tal razonamiento fue empleado para aseverar que se disfrutaba de un derecho a la salud cuando el Estado promocionaba la salud, desde esta visión integral, y no solamente cuando combatía la enfermedad. De manera concreta Sigerist consideró que:

> "la salud de un pueblo no podía medirse por la aparición de enfermedades, pues estas son resultado del fracaso derivado de la falta de implementación políticas de promoción de la salud y prevención de las enfermedades. La influencia de Sigerist fue determinante para el futuro próximo del derecho a la salud. Gran parte de sus argumentos fueron adoptados por instrumentos de derecho internacional que en un primer momento se preocuparon por las causas y origen de las enfermedades antes que por el tratamiento de las mismas" (Ruiz Rivera, 2014, pág. 33).

Las implicaciones de los trabajos de Virchow, Chadwick, Engels y Sigerist en la forma en que se entendió la enfermedad y la salud tuvieron una influencia decisiva en la consagración del derecho a la asistencia médica. La necesidad de crear un cuerpo normativo supranacional que protegiera los derechos de las personas sin distinciones basadas en la cultura, el origen, el sexo, la filiación política y la etnia se hicieron latentes y llamaron la atención de la comunidad internacional y de líderes políticos como presidente Franklin D. Roosevelt, quien su discurso titulado *"Las cuatro libertades"* expuso que todas las personas sin distinción alguna debían tener plena libertad para: expresar de manera libre sus opiniones, ejercer su religión, crear condiciones para no caer en situaciones de miseria, miedo y zozobra (World Peace Foundation, 1941, pág. 26).

No obstante, la buena voluntad de algunos mandatarios resultaba poco eficaz en materia del Derecho positivo y su consecuente establecimiento de obligaciones, máxime si el balance sobre la protección de garantías fundamentales al término de la segunda guerra mundial era negativo, pues incluso la parte vencedora tenía serios problemas para reconocer elementos de subsistencia mínima a su población.

Teniendo en cuenta que en muchos lugares del mundo las causas estructurales de la vulneración de derechos humanos habían sobrevivido e incluso adaptado a la guerra, debían establecerse obligaciones estatales dotadas de validez y solemnidad. Tal como lo expone Buergenthal (1989) estas ideas no fueron bien recibidas por regímenes que ejercían un control

totalitario sobre la población o que tenían colonias, pues significaba renunciar a posiciones privilegiadas respecto a su riqueza y señorío (p. 4). Sin embargo, como lo explica el mismo autor, tales ideas incidieron para establecer las bases para la protección posterior de los derechos humanos.

Así, desde esta perspectiva, las declaraciones no vinculantes de derecho incidieron de manera determinante en la posterior consolidación de garantías como la asistencia sanitaria, pues los presupuestos filosóficos que incorporaron sobre la igualdad y sobre la razón práctica fundada en la dignidad ejercieron la presión debida para que las sociedades en cada país obligaran a los Estados a adoptar un estándar de protección básico.

## 6.2. El marco normativo establecido por las Cartas y Declaraciones sobre Derechos Humanos y la creación de la Organización Mundial de la Salud

El primer gran paso para la consolidación de derechos a escala global fue la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) el 24 de octubre de 1945, institución que tuvo por objeto la acción conjunta de las naciones para la resolución de problemas de índole económico, social y sanitario, sobre la base de relaciones pacíficas, amistosas y solidarias. A su vez, dispuso que todas las acciones que se adelantaran con el propósito de resolver las problemáticas descritas tendrían un límite en el derecho a la libre determinación de los pueblos y en todo caso serían respetuosas de los derechos humanos, tanto en su dimensión de ser medio, como fin en sí mismos.

En la Carta de Derechos Humanos, primer documento de la institución, no se contemplaron sanciones para quien inobservara sus principios, sin embargo, las declaraciones que incorporó crearon la atmosfera para dotar de validez a las posteriores declaraciones multilaterales. Resulta de particular interés sus artículos 55 y 56 en los cuales se expone que "[c]on el propósito de crear condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio

de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: (a) Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; (b) la solución de problemas internacionales de carácter económicos, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y (c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades" (art. 55); y que "[t]odos los miembros se comprometen a adoptar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55" (art. 56) (ONU, 1945).

Como se puede observar, no establece obligaciones en sentido con contenido coercitivo, pues la organización hasta ese momento sólo tenía la función de promover la cooperación, por lo cual sus prescripciones no eran vinculantes. Así lo considera Buergenthal (1989), quien asevera que "el 'compromiso' de los Estados miembros en virtud del artículo 56, se limita también a 'promover la realización de los propósitos consignados en el artículo 55'. En consecuencia, los Estados no se comprometen a 'observar' o 'respetar' los derechos humanos mencionados en el párrafo c del artículo 55, ya que asumieron la obligación mucho más vaga y ambigua, de promover 'el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (…) y a la efectividad de tales derechos y libertades" (p. 4).

Sin embargo, la falta de eficacia de las prescripciones no puede restar importancia a este documento. Su función, más que establecer una prevención general o ser coercitivas, fue servir como criterio interpretativo, orientación y guía de la política sobre derechos humanos al interior de cada Estado. Tal como lo exponen Shon (1982: pág. 1) y (Gros, 1985, págs. 18-20), a partir de la creación de la ONU y de la expedición de la Carta de Derechos Humanos, la vulneración de los derechos humanos pasó de ser un asunto de competencia e interés al interior de cada Estado, a uno de relevancia internacional, cuya solución correspondía a la comunidad internacional bajo reglas de cooperación.

Esto, como lo expone (Hannum, 1984), no significó la culminación de un proceso de justiciabilidad de los derechos humanos, sino que, por el contrario, significó el punto de partida para su posterior consolidación ya sea por medio de instrumentos de derecho o por la creación de instituciones para la protección y promoción de estas garantías. Precisamente los propósitos establecidos en la Carta de Derechos Humanos fueron insumos determinantes para que en la primavera de 1948 se creara una entidad con el propósito de específico de proferir políticas para controlar y prevenir las enfermedades infecciosas y las epidemias: la Organización Mundial de la Salud.

Aunado al gran avance que significó la creación de una entidad internacional que atendiera de manera específica los problemas relacionados con la salud, también se puede observar que estableció un nuevo concepto sobre tal materia según el cual "es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (OMS, 1948). Esta definición, resulta de importancia determinante en términos de garantías. En estricto sentido, constituye el reconocimiento por parte de los Estados de los movimientos intelectuales y políticos que tuvieron lugar en el siglo XIX y la mitad del siglo XX que empezaron a distanciarse de las concepciones clásicas de la salud que la definían como lo contrario a la enfermedad.

De esta manera, de manera progresiva se fueron abandonando las perspectivas sectoriales y estrictamente biológicas del concepto de salud, con lo cual su garantía pasó de estar asociada a la identificación, tratamiento y cura de la enfermedad, para incorporar otros aspectos relacionados con el bienestar como la aplicación las políticas sanitarias propuestas por Sigerist relativas a la prevención y promoción de la salud (Ruiz Rivera, 2014, pág. 37).

En un primer momento, los esfuerzos de la OMS se concentraron en brindar atención integral a los países con dificultades económicas y sociales, a partir del fortalecimiento del acceso de los servicios de salud. De manera específica las políticas comprendían la acción en los frentes de prevención, atención y promoción, pero encontraron limitaciones impuestas por la falta de financiación, situación que generó que la atención volviera a tener un enfoque

sectorial y las políticas se concretaran en la atención de la enfermedad, sobre la base del sacrificio de otros frentes de acción para poder cubrir la demanda de atención ante la escasez de recursos.

Sobre el particular Waitzkin (2013) afirma que la grave crisis económica al interior de la OMS, que tuvo lugar entre el final de los años 70s y principios de los años 80s, tuvo como origen la retención de grandes sumas de dinero por posiciones ideológicas y partidistas de las potencias que aportaban grandes participaciones monetarias a la ONU, como el caso de Estados Unidos (p. 36). Estas razones llevaron a reducir las transferencias de dinero que realizaba la ONU a sus entidades adscritas, entre estas a la OMS y tuvo como consecuencia que esta última tuviera que buscar fuentes de financiación exógenas de organismos privados.

De esta manera se explica que organizaciones como el Banco Mundial, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, instituciones y corporaciones llegaran a la OMS y empezaran a inyectar sumas de dinero, aun no determinadas, para evitar su desaparición. Este aspecto ha sido objeto de crítica por investigadores como Waitzkin, quien considera que la institución perdió su autonomía e incluso adoptó decisiones que reflejaban una orientación más parecida a la de los tratados internacionales y las entidades de carácter financiero. Para sustentar tal aseveración expuso que fue notorio el cambio de enfoque de atención integral desarrollado por la OMS en un principio, al de atención primaria, en el cual se inyectaron grandes sumas de dinero con el propósito específico de comprar medicamentos, dejando de lado los enfoques basados en la promoción y la prevención (Waitzkin, 2013, pág. 36).

De otra parte, en el mismo año de la creación de la OMS, también tuvo lugar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADH), la cual reconoció que toda persona tenía derecho a la asistencia sanitaria, a la prestación de servicios médicos, a la vivienda, al vestidos y alimentación, en la medida que los recursos públicos lo permitieran. Sin embargo, la cláusula de disponibilidad de recursos, lejos de significar el establecimiento de una obligación vacía supeditada a la voluntad política, estableció la obligación de los Estados de demostrar que estaba realizando su máximo esfuerzo para garantizar tales prestaciones.

Aunado a ello, para 1948, la ONU asignó a la Comisión de Derechos Humanos la función de redactar una norma de carácter internacional en la cual se pudieran dotar de eficacia los propósitos establecidos en la declaración suscrita en San Francisco en 1945. La Comisión, entendiendo la dificultad que planteaba la enunciación de garantías con sus respectivas obligaciones y consecuencias de su inobservancia, profirió en un primer momento una declaración de carácter general, retardando la tarea de crear instrumentos específicos para la protección de derechos humanos. Esta primera tarea se realizó por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, que puede ser catalogada, como lo expone Schwelb (1964), como la piedra angular y símbolo de la revolución internacional de los derechos humanos (p. 37).

De esta manera puede concluirse que tal instrumento constituyó la primera proclamación completa de derechos del individuo de carácter mundial, cuya importancia jurídica y política ha aumentado con el paso del tiempo, pues "en la actualidad no existe instrumento de derecho internacional que supere las garantías para la protección de los derechos humanos dispuestas en la misma, razón por la cual es única en su especie. En ella se reconoce que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, tienen una relación interdependiente, complementaria y sin jerarquía normativa[26] y que los Estados y la comunidad internacional en general se encuentran obligados a buscar, por medio del esfuerzo nacional y la cooperación internacional, la satisfacción los mismos" (Ruiz Rivera, 2014, pág. 41).

Si bien la tarea de la comisión empezó por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta se prolongó por un espacio de treinta años, período en el cual diseñó instrumentos jurídicos como los pactos internacionales de derechos humanos y su protocolo facultativo, los cuales sólo pudieron nacer a la vida jurídica cuando los Estados se

[26] Al respecto véase la Resolución 421E (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 4 de diciembre de 1950 (ONU, 1950).

comprometieron a seguir las directrices emanadas por un organismo multilateral en detrimento de su poder soberano en la producción normativa. Aunado a ello, no cabe duda de que resultó determinante en el proceso construcción de un marco normativo para la eficacia y exigibilidad de derechos sociales como aquellos relativos a la asistencia sanitaria. De manera concreta los numerales 1° y 2° del artículo 25 de la Declaración dispone que:

> "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, viudez, 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 de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a la igual protección social" (ONU, 1948, pág. Art. 25).

Así las cosas, el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria tiene una relación de interdependencia con otros derechos, pues comprende varias dimensiones o aspectos de su estructura interna para que se entienda satisfecho, como lo son la prestacional, la preventiva y la promocional. Aunado a ello, la incidencia más significativa de este instrumento legal fue la cláusula de aplicación permanente vinculada al principio de progresividad, toda vez que estableció que los derechos contemplados en la Declaración no podían suspenderse salvo para asegurar "el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" (ONU, 1948, pág. Art. 29. Párrafo 2º.)

Al respecto, como lo han señalado Abramovich y Courtis (2004), tales medidas de suspensión deberán ser sometidas a un examen riguroso sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, con el objetivo de analizar si los fines que persiguen no sacrifican principios jurídicos superiores o necesarios para la consecución de otras garantías. Por tanto,

compartimos la conclusión a la que llegó Buergenthal (1989), según la cual la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableció obligaciones tácitas que los Estados no se atreverían a infringir o desconocer, pues su contenido obedece a un programa político que ningún gobierno tendría la legitimidad de cuestionar (p. 3).

## 6.3. Hacia una era de exigibilidad. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos

En el invierno de 1966 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó dos instrumentos legales cuyo propósito fue la transformación de las disposiciones y principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en obligaciones de carácter legal dotadas de fuerza vinculante. Estos contemplan dos grupos grandes de Derechos y de ello se desprenden sus nombres: (i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDPC), y (ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo PIDESC).

No obstante, debe tenerse en cuenta que la eficacia de estos instrumentos no se dio de manera inmediata a la expedición de estos instrumentos legales, pues tuvo que pasar más de diez años para su entrada en vigor, situación que dependía de que un número mínimo de países lo ratificaran. Aunque ambos tratados establecen un conjunto de obligaciones relativas a la garantía de derechos humanos, su incorporación se dio en cuerpos normativos diferentes, dado que persistía la idea de que los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, obedecían a dos especies diferentes de derechos, debido a su grado de eficacia.

En efecto, la mayoría de los estados miembros consideraba que la garantía de los derechos establecidos en el PIDCP era prevalente y más urgente que los derechos establecidos en el PIDESC; por tanto, podían ser exigidos por parte de las personas de manera inmediata. La explicación para esta formulación es que los derechos contenidos en el PIDCP

exigían obligaciones negativas, o también denominadas de abstención, por parte de los Estados, las cuales se concretaban en su abstención para entrometerse o interferir en aspectos privados de las personas como las libertades de pensamiento, de expresión, de opinión, de religión, entre otras. Por supuesto, esto obedecía a que se tenían la creencia generalizada que este tipo de derechos no generaban costos al Estado, pues no estaban vinculados a obligaciones de hacer o de establecer prestaciones periódicas para su satisfacción.

Así las cosas, mientras el PIDCP exigía de la garantía inmediata de los derechos que contemplaba, el PIDESC establecía un cumplimiento escalonado y progresivo, en la medida de las posibilidades de cada Estado. Tal eficacia diferida y contingente dependía de los recursos disponibles para su satisfacción, pues su materialización requería de la inversión de grandes sumas de dinero, razón por la cual para algunos teóricos las previsiones dispuestas en el PIDESC no constituyen derechos humanos, pues en su criterio adolecen de condiciones de universalidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad. Sobre el particular Ferrajoli (2004) expone:

> "Si bien los derechos sociales son solemnemente proclamados en todas las cartas constitucionales e internacionales del siglo XX, una parte relevante de la cultura politológica, y no sólo la conservadora —de Friedrich A. von Hayek a Barbalet, de Giovanni Sartori a Danilo Zolo—, no considera que se trate propiamente de «derechos».
>
> Los argumentos para sostener este singular desconocimiento del derecho positivo vigente , no por casualidad articulados por politólogos más que por juristas, son siempre los mismos: que a estos derechos le corresponden, antes que prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción no consiste en un no hacer sino en un hacer, en cuanto tal no formalizable ni universalizable, y cuya violación, por el contrario, no consiste en actos o comportamientos sancionables o anulables sino en simples

omisiones, que no resultarían coercibles ni justiciables" (Ferrajoli, en Abramovich y Courtis 2004: Prólogo).

Así, en una primera clasificación, se expuso que debido a la diferencia entre los derechos instituidos en el PIDCP y el PIDESC su aplicación se daba de manera diferente (Sohn, 1968), o que la eficacia de los segundos estuviera en entredicho. Esto explica el carácter progresivo de estos derechos, en los cuales está implícita la imposibilidad material de cumplir de manera inmediata con sus obligaciones. Las diferencias entre los derechos establecidos en estos pactos también tuvieron lugar por el período en el cual fueron promulgados. En una época de crisis económica mundial los Estados no podían establecer altos grados de compromiso y por ello escindieron estos instrumentos legales, que en un primer momento estaban pensados para componer un solo cuerpo normativo.

Sin perjuicio de tal explicación sobre el contexto histórico coincidimos con Nussbaum (2012), en el sentido de rechazar la distinción entre derechos de primera generación (civiles y políticos) y derechos de segunda generación (sociales, económicos y culturales), pues esta daría a entender algo erróneo: que los derechos civiles y políticos no tienen precondiciones económicas. Por tanto, resulta claro que: "Todos los derechos requieren de una acción positiva de los gobiernos (gasto público incluido) y, por consiguiente, hasta cierto punto, todos son derechos económicos y sociales" (p. 88).

A pesar del origen de los derechos establecidos en el PIDESC y de las condiciones asociadas a su proclamación y exigibilidad, esto no implicó su incumplimiento de manera indefinida, pues el mandato de garantizar su contenido hasta el máximo posible lejos de constituir una muletilla retórica estableció una obligación clara sobre los Estados para que dispusieran de la mayor cantidad de recursos disponibles para tal propósito. Así las cosas, con el mejoramiento progresivo de las economías de muchos de los Estados miembros, también aumentó el grado responsabilidad y compromiso respecto a la garantía de los derechos establecidos en el PIDESC.

Aunado a ello, la distinción entre derechos establecidos en el PIDCP y el PIDESC fundada en las obligaciones negativas, en los primeros, y positivas, en los últimos, fue perdiendo sustento con el paso del tiempo ante la evidencia de que ambas clases de garantías presentan un contenido prestacional. Frente a este punto Abramovich y Courtis (2004) afirman que la eficacia de los derechos civiles y políticos no sólo se encuentra determinada por la abstención del Estado en el ejercicio de las libertades de los ciudadanos, sino que requiere de un alto grado de compromiso estatal que se traduce en la erogación de recursos para poder materializarlos, de manera concreta señalan que:

> "Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de «obligación negativa», es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares —por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o la prohibición de violar la correspondencia y los papeles— conlleva a una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos, está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizada por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado" (p. 23-24).

En ese sentido, la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales no sólo requiere de la satisfacción de obligaciones positivas, sino de abstención, toda vez que:

> "Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello por lo que a

> veces se los denomina «derechos-prestación»[27]. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente.
>
> (…) En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos." (Abramovich & Courtis, 2004, pág. 25).

A partir de este tipo de formulaciones se ha fortalecido el grado de eficacia y justiciabilidad de los derechos contenidos en el PIDESC. De hecho, la exigibilidad de obligaciones positivas y negativas para su satisfacción, así como la obligación de disponer del máximo de recursos disponibles, han devenido en la creación de un conjunto de directrices por parte del Consejo Económico y Social de la ONU que obligan a los Estados a presentar informes periódicos sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de derechos sociales como la asistencia sanitaria.

Estos informes no sólo deben incorporar manifestaciones de buena voluntad por parte de los Estados para garantizar niveles adecuados de salud para sus habitantes, o demostrar que existen proyectos de ley, e incluso leyes para garantizar cobertura, continuidad e integralidad en la prestación del servicio, sino que debe demostrar sobre la base de hechos, que se han dispuesto y movilizado recursos económicos hasta el máximo posible de la capacidad estatal.

---

[27] Sobre la materia consultar (Contreras, 1994, págs. 17-20); (De Castro, 1981, págs. 15-17).

Lo anterior implica que el Estado debe demostrar por qué ha asignado determinada cantidad de recursos a la protección del derecho, o las razones que le han llevado a atender otro tipo de prestaciones u obligaciones de manera prioritaria. Teniendo en cuenta que la tarea por parte de los Estados no es nada sencilla, la calificación sobre su gestión no es binaria, sino que establece aspectos cualitativos por medio de los cuales se puede determinar el grado de cumplimiento, que puede ser alto, medio o bajo.

Teniendo en cuenta que la asistencia sanitaria es sólo un componente de un derecho a la salud, hay que comprender que existen otras garantías asociadas a este que se encuentran irremediablemente vinculadas en su devenir histórico y en su fundamentación. Por tanto, hablar de derecho a la salud incorpora de manera necesaria un derecho a la asistencia sanitaria, pero no funciona de la misma forma en un sentido inversamente proporcional. Así, el PIDESC estableció mejoras significativas en materia de salud al requerir un esfuerzo "hasta el máximo posible" por parte de los Estados en la prestación de estos servicios. El énfasis sobre lo último es importante, dado que a partir de este instrumento los países han tenido que establecer planes de asistencia sanitaria que contengan prestaciones básicas.

Si bien no todos los Estados se encuentran en la capacidad de establecer planes robustos de beneficios, en los cuales se trate cualquier patología o no haya topes para los tratamientos, si existen obligaciones concretas en relación con la prestación de servicios mínimos. Cada país arma sus planes a su medida, pero siempre debe demostrar que está movilizando la mayor cantidad de recursos posibles para ello. De esta manera, algunos países pueden garantizar los tratamientos contra enfermedades catastróficas, pero pueden establecer restricciones en relación con los tratamientos experimentales.

No obstante, sin importar las diferencias entre los paquetes básicos ofertados, el artículo 12 del PIDESC establece unas garantías que deben satisfacerse para entender que se garantiza el derecho a la salud. Estas tienen un enfoque integral de este derecho, como se desprende del artículo 11 en el cual dispone "el derecho de toda persona a un nivel de vida

adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

De manera concreta señala que los Estados miembros deben garantizar el grado más alto posible de salud física y mental, lo cual implica que deben adoptarse medidas para prevenir la aparición de enfermedades, reducir su índice de morbilidad y mitigar sus efectos. Así las cosas, el enfoque que incorpora el PIDESC no es de atención primaria, a partir de tratamientos contra la enfermedad o la simple distribución de medicamentos, sino que insta a los Estados a luchar contra la aparición de las patologías por medio de políticas de prevención, como se desprende de su contenido:

> "Artículo 12: 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. || 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; (b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; (c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; (d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad" (ONU, 1966).

Este "grado más alto" en la garantía del derecho a la salud implica el cumplimiento del principio de progresividad por parte del Estado según el cual los derechos establecidos en el Pacto suponen un cumplimiento gradual y que deben mejorarse cada vez más las condiciones de sus destinatarios, o lo que puede denominarse una protección progresiva. En relación con la gradualidad, Abramovich y Courtis (2004) consideran que las limitaciones presupuestales no implican el desconocimiento de las garantías del Pacto, pues la complejidad para la provisión de recursos no implica un desconocimiento de los derechos, o su puesta en práctica hasta cuando existan todos los recursos para su garantía (págs. 92-93).

Así, la gradualidad implica que los Estados, a pesar de sus limitaciones, deben adoptar acciones para garantizar en el menor plazo posible los derechos de contenido prestacional que resulten necesarios el ejercicio del derecho a la vida en condiciones dignas. Sobre el particular el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante CESCR[28]) expuso:

> "(…) El concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes (…). Sin embargo, el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo el país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d'être* del Pacto, es decir el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Parte al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta (OG. No. 3. ONU, 1990. Punto 9)".

De otra parte, la protección progresiva implica un sentido de progreso, según el cual deben mejorarse las condiciones en las cuales se goza y ejercen los derechos económicos, sociales y culturales, a partir del establecimiento de acciones deliberadas, concretas y

[28] Del original en inglés: Committee on Economic, Social and Cultural Rights.

eficaces orientadas al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el pacto (Abramovich & Courtis, 2004, pág. 93) (OG. No. 3. ONU, 1990).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que todas las acciones estatales deben encaminarse a la ampliación sustantiva del ámbito de protección de este tipo de derecho, lo cual implica que, en principio, todas las medidas impuestas sobre derechos sociales (entre estos la salud) que no cumplan con los presupuestos de gradualidad y progresividad, desconocen las previsiones contempladas en el pacto. Sin embargo, ello no implica el Estado se encuentre en la imposibilidad absoluta de adoptar medidas regresivas en casos excepcionales y cuando ello redunde en una mejor protección.

La identificación de este tipo de medidas, denominadas regresivas, no es compleja pues obedece a la configuración de los siguientes presupuestos: (i) se disminuye el ámbito de protección sustantiva del derecho; (ii) se establecen requisitos que agravan el acceso a la prestación como el establecimiento de requisitos adicionales, o el aumento de estos; y, (iii) se disminuye el presupuesto destinado para garantizar el derecho.

Así, la disminución de recursos destinados a garantizar la continuidad en la prestación del servicio de asistencia sanitaria es una medida regresiva, lo cual genera un indicio en contra de quien la profirió de esta contrariando las obligaciones contenidas el PIDESC. En algunos ordenamientos jurídicos, como en el colombiano, tal regresividad genera que sobre las medidas de tipo legislativo o administrativo recaiga una presunción de inconstitucionalidad. No obstante, como se expuso, la regresividad por sí sola no genera el desconocimiento del Pacto y con ello el incumplimiento de las normas de carácter supranacional.

Así las cosas, las medidas regresivas se someten a un juicio de proporcionalidad, con el propósito de determinar si las razones en las cuales se fundamentan son válidas, esto es, si el Estado demostró que realmente no tiene otro curso de acción, para garantizar los derechos establecidos en el Pacto, o que en el corto plazo redundará en un beneficio mayor. Por tanto,

es posible adoptar medidas regresivas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, entre estos el derecho a la salud, pero *bajo la más cuidadosa consideración* para garantizar la totalidad de derechos previstos en el PIDESC.

No obstante, han surgido diversas dudas sobre los criterios que deben tenerse en cuenta para justificar la adopción de medidas regresivas. Sobre el particular Abramovich y Courtis exponen que existen tres criterios que deben tenerse en cuenta para ello, como el relativo a la razonabilidad, en el cual se analiza que *"la especie legal"* no sea directamente contraria al *"genero constitucional"*, esto es, que no viole el principio de subsunción[29], haciendo irreconocible o extrayendo los elementos axiológicos del derecho que reglamenta, o reconociéndolo más allá de los límites de su definición de un modo exorbitante e imponiendo restricciones excesivas, con lo cual se afectarían otros derechos constitucionales.

Un segundo punto es que la restricción de los derechos (téngase en cuenta que no hablamos de suspensión, la cual no está permitida), se fundamente en "hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y por los fines lícitos perseguidos por la norma" (Abramovich & Courtis, 2004, pág. 100). Por ende, la restricción estará permitida para la protección de intereses generales superiores a los derechos individuales, sin que ello implique el desconocimiento de estos o se emplee al ser humano como un simple medio para lograr fines mayores o utilitarios a cambio de la pérdida de su propia identidad. Ello también tiene sustento en el artículo 4° del PIDESC, según el cual los derechos consignados en el Pacto podrán limitarse únicamente para promover el bienestar general de una sociedad democrática (teniendo en cuenta que la democracia establece límites para la defensa de garantías subjetivas fundamentales).

Por último, deberá demostrase que la medida regresiva establece una relación de proporcionalidad entre las restricciones, los antecedentes y los fines, lo cual implica que la adopción de disposiciones regresivas sólo se encuentra justificada si se garantiza que: (i) con

[29]Esto es que debe preservar el contenido mínimo del derecho que pretende limitar, con el propósito de preservar el núcleo de garantías que protege el mismo.

ello se protegen los derechos limitados de manera temporal; y (ii) que la sociedad se encuentra en condiciones para soportarla.

Las restricciones para la imposición de medidas regresivas obedecen a los compromisos adoptados por los Estados al momento de suscribir los pactos internacionales, razón por la cual los criterios referenciados han servido para eximir a los contratantes de la responsabilidad que conlleva su desconocimiento. En estricto sentido, los criterios para la adopción de medidas regresivas no son un "cheque en blanco" para que un Estado desconozca las previsiones del PIDESC, sino para que se puedan adoptar decisiones razonables para garantizar los derechos sociales. Un ejemplo de ello tuvo lugar en el Estado colombiano, en el cual la Corte Constitucional, en la sentencia T-469 de 2013, efectuó un estudio sobre estas disposiciones, al analizar si el legislador había incurrido en una falta por el hecho de no prorrogar la vigencia de las pensiones especiales de invalidez para las víctimas del conflicto armado interno.

Para el Alto Tribunal colombiano, la medida regresiva debía ser cometida a un juicio de proporcionalidad, dado que la legislación interna debía ser respetuosa de las previsiones dispuestas por el CESCR que estableció las condiciones y contenido de la posible justificación para la adopción de medidas regresivas, razón por la cual estás debían justificarse plenamente por "referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone" (OG No. 3, punto 9; OG No. 13, punto 45; OG No. 14, punto 329).

Una vez realizado el estudio del caso, la Corte Constitucional de Colombia expuso que el Estado sólo podía justificar la regresividad de una medida demostrando:

> "a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, y b) que ha empleado todos los recursos de los que dispone, y que [,] aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Estas limitaciones resultan sumamente importantes,

> puesto que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente que otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida" (Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-469, 2013).

Con fundamento en ello, expuso que la restricción de un determinado derecho significa una limitación del alcance y contenido de este, pero en ninguna medida su suspensión. En ese sentido, expuso que, a pesar de que las medidas regresivas tienen por objeto la disminución de la órbita de protección de un derecho, ello no puede desconocer su contenido básico, hasta el punto de constituir su denegación. Por tanto, la adopción de medidas normativas que "empeoren la situación de goce de derechos del Pacto hasta el punto de excluir a personas del acceso al contenido mínimo esencial de esos derechos siempre constituye una violación del Pacto, sin que pueda ser justificado por el Estado".

Sobre la base de lo expuesto, encontró que el legislador había desconocido las previsiones del Pacto, pues eliminó una pensión para personas vulnerables sin justificación alguna, con lo cual se instituyó un comportamiento regresivo en materia de derechos sociales que no era tolerable. Las consecuencias de ello fueron significativas, pues la Corte Constitucional, en la práctica, revivió la norma derogada, argumentando que no podía existir derogatoria tácita en materia derechos sociales.

Al momento de la suscripción de esta investigación, la referida prestación se sigue garantizando a las personas que con ocasión al conflicto armado interno que tuvo lugar en Colombia perdieron su capacidad laboral en un porcentaje mayor al 50%. De hecho, con fundamento en el referido pronunciamiento judicial, el Estado ha adoptado regulaciones para garantizar los recursos que se requieren para su sostenimiento. Por tanto, consideramos que este es un ejemplo relevante y pertinente de la defensa jurídica que puede ejercerse para la protección de los derechos contemplados en el PIDESC y, en especial, de las obligaciones

sobre prohibición de regresividad de los derechos sociales, incluso con alto contenido prestacional.

Por tanto, la suscripción del Pacto obliga a que sus suscriptores asuman la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, así como de derogar los que ya se han alcanzado. De esta manera, existe un mandato permanente para la ampliación del grado de protección de los derechos sociales. Desde luego, este mismo tipo de restricciones están presentes en toda pretensión legislativa en materia de derecho a la asistencia sanitaria e implican que las normas que deroguen o reduzcan un nivel de protección alcanzado se presuman contrarias al Derecho.

Aunado a ello, las disposiciones contenidas en las Observaciones Generales proferidas por el CESCR establecen que, para la acreditación del cumplimiento del derecho a la salud, los Estados deben observar los mandatos de respetar, proteger y garantizar.

a. En relación con la obligación de ***respetar*** la Observación General número 14 establece que los Estados deben abstenerse de denegar o limitar que las personas accedan, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, así como imponer prácticas discriminatorias en relación con la salud. A su vez, incluye "la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas." (OG. No. 14. ONU, 2000).

b. Sobre el mandato de ***proteger,*** establece la obligación estatal para la adopción de medidas sobre los prestadores de los servicios de salud que establezcan las condiciones de modo, tiempo y lugar en las cuales realizaran la oferta, lo cual implica que, sin importar que la prestación del servicio se realice por parte de particulares o entidades de carácter

público, no puede amenazarse, en ninguna circunstancia, su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

A su vez, comprende que el Estado se encuentra en la obligación de vigilar la comercialización de medicamentos y equipos médicos, así como del personal que trabaje en el área de la salud y que los gobiernos adopten mecanismos para que las personas tengan acceso a sistemas de información sobre servicios de salud, derechos, obligaciones y procedimientos para acceder a las prestaciones y hacer reclamaciones cuando a ello hubiere lugar.

c. En relación con la obligación de ***cumplir*** se ha expuesto que tiene el propósito de comprometer a los Estados para que adopten los mecanismos legales necesarios para la exigibilidad del derecho a la salud. A su vez, implica que se diseñen e implementen políticas públicas para la promoción y cobertura del servicio de salud. De manera concreta, la Observación General número 14, establece que este mandato se divide en dos premisas: la primera de denominada obligación de facilitar y la segunda relativa a la promoción (OG. No. 14. ONU, 2000).

c1. **La obligación de facilitar** se relaciona con la adopción de medidas positivas que "permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud", esto es que los Estados creen condiciones para que todas las personas sin distinción alguna puedan ejercer sus derechos, incluso cuando presenten circunstancias que les dificulte tal accionar por razones ajenas a su voluntad, como en el caso de graves afecciones físicas o mentales.

c2. En relación con la **obligación de promoción** los Estados se encuentran en el deber de diseñar, ejecutar y evaluar proyectos para mantener, restablecer y promover la salud de la población. Para poder lograr estos objetivos el CESCR expone que "debe evidenciarse y fomentar los factores que contribuyan a lograr resultados positivos en materia de salud, como por ejemplo el otorgamiento de incentivos a los investigadores. También, señala que

toda política de salud debe ser respetuosa de las condiciones de vida de los grupos vulnerables o marginados, esto es, ser vinculante y aceptar a esos grupos como interlocutores válidos. Por último, [hay que] afirmar que el Estado debe promocionar estilos de vida sanos, brindar información sobre los efectos negativos de determinadas prácticas sobre la salud y promover la adopción de decisiones autónomas por parte de los individuos para mejorar su calidad de vida" (Ruiz Rivera, 2014, pág. 40).

A partir de las previsiones dispuestas en instrumentos internacionales, consideramos que el derecho a la salud implica que los Estados deban adoptar medidas de carácter inmediato para su satisfacción, hasta el mayor grado de protección que le permitan sus recursos. Esto significa que, a pesar de su carácter programático, el derecho a la salud exige de todos, la adopción de medidas concretas para que su materialización no se torne indefinida en el tiempo. A su vez, puede aseverarse que la historia contada del derecho a la salud explica la importancia de su concreción y de categorización como derecho fundamental. Ello explica, en parte, su protección en instrumentos de derecho internacional público y su posterior positivización en los ordenamientos internos; también permite un ejercicio judicial activo para su defensa e identificar las principales barreras para su acceso.

Sin perjuicio de ello, se puede concluir que el PIDESC tiene un valor significativo en la materialización de un derecho integral a la salud y su componente específico de asistencia sanitaria, dado que establece que los derechos con carácter programático implican un compromiso real por parte de los Estados de cumplir metas escalonadas y progresivas para la satisfacción del derecho, hasta el máximo de sus recursos. Aunado a ello, sus previsiones constituyen principios que orientan la interpretación que del derecho realizan los jueces al momento de dictar fallos que tengan relación con la exigibilidad de los derechos sociales. Además, debe tenerse en cuenta, que sus previsiones no sólo operan como criterios orientativos, sino como mandatos para diseñar políticas públicas o para la validación de la actividad política llevada a cabo por agentes estatales.

Aunque el PIDESC haya afrontado dificultades en relación con su exigibilidad en sus primeros momentos, resulta claro que no es un instrumento estático, sino que se encuentran en constante evolución y que, en la actualidad, sus previsiones resultan de obligatorio cumplimiento y pueden generar sanciones económicas y diplomáticas a los Estados que las incumplan de manera deliberada, o, incluso, legitimar la intervención de organismos multilaterales en la soberanía estatal.

## 6.4. Observaciones Generales realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Sin desconocer las importantes repercusiones que el PIDESC tuvo en el establecimiento de obligaciones para la garantía de los derechos con contenido prestacional, resulta claro que su consolidación se debe, en gran parte, al trabajo que tuvo lugar en las observaciones realizadas por CESCR que lo desarrollaron. Varias tienen interrelación con el derecho a la salud, como la 1a, 4a, 5a y 6a, mientras que la número 14a trata el tema de manera propia.

Así, en la Observación General Número 1 de 1989 (reemplazada en parte por la Observación General Número 40 de 2002), el CESCR fue enfático al señalar que las garantías contenidas en los pactos no se satisfacían con la presentación de informes periódicos, pues estos no constituían una obligación en sí, sino que eran instrumentos analíticos para determinar el grado de cumplimiento y los principales avances sobre cobertura y protección de los derechos humanos (OG. No 1. ONU, 1989). A su vez, resulta relevante que las precisiones que realiza sobre el cumplimiento del pacto, en el sentido de indicar que las acciones que deben llevarse a cabo no sólo comprenden la atención primaria, el tratamiento de patologías o la prevención, sino que deben enfocarse esfuerzos en lograr que los instrumentos legales de orden interno guarden armonía con las previsiones establecidas en los instrumentos de derecho internacional público sobre la materia, en especial del PIDESC. Aunado a ello, estableció que los informes periódicos deben tener unos datos mínimos para

su validez, entre los cuales destacan indicadores de carácter cualitativo y cuantitativo, que dé cuenta de las políticas públicas que se han adoptado en el período informado y las que se aspiran adoptar en el corto, mediano y largo plazo.

De otra parte, en la Observación General Número 4 proferida en 1991 (principios garantizar el derecho a una vivienda adecuada) se menciona la interrelación de los derechos a la vivienda digna y a la salud, pues expone que los lugares de habitación deben contener condiciones básicas de prestación de servicios públicos para de esta manera garantizar la salud de sus residentes (OG. No. 4. ONU, 1991).

Por su parte, la Observación General Número 5 sobre los derechos de las personas que presentan alguna condición de discapacidad (lenguaje válido para la época, pero que en la actualidad presenta un progresivo desuso, pues se considera que la discapacidad es concepto y un limitador social y que, en su lugar debe hablarse de diversidad funcional) afirma que el derecho a la salud implica que los Estados se encuentran en la obligación de crear herramientas para promover la integración social de esa población. Para fundamentar tal obligación, afirma que este tipo de políticas promueven la autonomía que es el parámetro que debe tenerse en cuenta para identificar el grado de cumplimiento, pues el objeto de las políticas sobre personas con diversos grados de diversidad funcional es que logren su incorporación en la sociedad a partir del reconocimiento de la diferencia y no de su asimilación, sin tener en cuenta criterios de discriminación positiva, lo cual puede llegar a generar aun un mayor grado de marginalidad (OG. No. 5. ONU, 1994).

Este tratamiento con medidas que establecen políticas diferenciadoras como medio y no como fin en sí mismas, para alcanzar la igualdad en el trato, a pesar de las diferencias que se generan por condiciones de salud o por el paso del tiempo, fueron retomadas en la Observación General Número 6, en la cual se realiza un análisis crítico de los mandatos establecidos en el Plan de Acción de Viena sobre el envejecimiento. Su interconexión con el derecho a la salud tiene lugar porque en este instrumento se definieron los criterios que deben tener en cuenta al momento de formular políticas sanitarias enfocadas a la protección del

grupo poblacional de personas adultas mayores, en relación con las situaciones que les genera mayor afectación, la pérdida de autonomía física, mental y financiera, a partir de la aparición de enfermedades de carácter crónico o degenerativo.

Uno de sus campos de acción fue la promoción de estilos de vida saludables, a partir de acciones estatales que incentivaran estilos de vida saludables y, por consiguiente, desestimular acciones perjudiciales para la salud como el consumo de tabaco o de bebidas alcohólicas. Gracias a este tipo de intervenciones, los productos que generan la aparición de patologías o las agravan, se encuentran gravados y tienen que destinar un porcentaje de sus ganancias para mitigar los impactos producidos por su comercialización.

En un sentido contrario, esto conlleva a que los Estados deban apoyar, con acciones concretas, aquellas prácticas que devienen en reducir los riesgos generados por la enfermedad como la práctica de ejercicio y una alimentación saludable (OG. No. 6. ONU, 1995). Este cuerpo de observaciones puede denominarse como interconectas e interdependientes para garantizar el derecho a la salud, pues dan cuenta del basto campo de protección de este derecho, pero también generan que no exista claridad o un concepto univoco sobre este. Como se observará en el siguiente capítulo, esta interconexión e interdependencia genera problemas de determinación, pero, a su vez, constituye una fortaleza, pues cualquier que sea la definición de la salud, del derecho a esta y del derecho a la asistencia sanitaria, debe partir de la incorporación de las prestaciones prescritas, de la planificación de política pública reseñada y de la promoción, prevención y atención.

Ahora bien, resulta pertinente reseñar el instrumento proferido por el CESCR, para la protección específica y autónoma del derecho a la salud, la cual, si bien tiene en cuenta la multiplicidad de campos y de derechos que deben precederla, constituye un elemento que pretende establecer obligaciones concretas y medidas para la satisfacción progresiva de este derecho. La observación general número 14 constituyó un punto de inflexión, pues a partir de este instrumento de orden supra legal, los Estados han tenido que establecer metodologías

para demostrar el su cumplimiento programático, hasta el máximo posible de su capacidad institucional.

Así la Observación General Número 14, titulada "El derecho al disfrute más alto posible de salud", señala que la salud, no sólo es un bien indispensable para toda la humanidad, sino que es el punto de partida de una multiplicidad de derechos, razón por la cual su importancia está determinada porque resulta necesario para el goce de otros derechos. Proferida en el 11 de agosto del año 2000, establece que los derechos a la vida, a las libertades, a la educación, al trabajo, a la vivienda, entre otros, sólo pueden ejercerse a partir del goce de la salud, la cual resulta constitutiva de casi todas las garantías *ius fundamentales* y su materialización no puede estar supeditada a la satisfacción preliminar de otros derechos que en realidad dependen de esta garantía primaria.

A partir de este instrumento se declara un hecho implícito en las convenciones, las declaraciones y las resoluciones internacionales y regionales sobre derechos humanos: la interdependencia de la salud con otros derechos fundamentales y su necesidad para lograr la dignidad. A su vez, también reconoce que la salud comprende las dimensiones física y mental y que sus determinantes económicos, sociales y culturales deben incidir la formulación de normas y políticas públicas. Así las cosas, señala que los indicadores que denotan el cumplimiento de esta garantía deben tener en cuenta aspectos muy específicos asociados a su exigibilidad como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

En relación con la disponibilidad, la Observación General Número 14 establece que los sistemas de salud deben incorporar una red de servicios compuesta por establecimientos para la prestación del servicio médico, centros especializados para el diagnóstico, personal sanitario capacitado y en general los recursos humanos y tecnológicos para el tratamiento de patologías, prevención y promoción de la salud. Sobre la accesibilidad, establece que los Estados tienen la obligación de proveer el servicio a toda la población, para lo cual debe tomar medidas de discriminación positiva sobre los grupos más vulnerables para que puedan acceder al sistema de manera pronta y oportuna.

Esto implica que los Estados deben demostrar que han dispuesto del máximo de su capacidad institucional para eliminar las barreras al acceso que suelen presentarse por condiciones geográficas, económicas, sociales y culturales. Para ello, los gobiernos deben informar a la población sobre su derecho y la forma de reclamarlo ante las autoridades administrativas y judiciales[30]. A su vez, deben establecer canales para la atención de solicitudes y tramitar los casos en los cuales los prestadores de servicios hayan vulnerado sus derechos.

De otra parte, la Observación General número 14 también hace referencia al principio de aceptabilidad, el cual indica que las entidades y las personas responsables de la prestación del servicio de salud tienen que adecuar sus prácticas, sus programas, planes y procedimientos, a los usos, a las costumbres y a la cosmovisión de sus destinatarios. Desde esta perspectiva, la observación deja en claro que no existe un concepto unívoco de salud que obedezca a factores objetivos como la ausencia de enfermedad, sino que incorpora aspectos culturales sobre su prevención, el bienestar, la exposición del cuerpo a factores de riesgo, la alimentación, etc. Así, se previene que se impongan visiones que impliquen superioridad cultural en materia sanitaria.

A pesar de que algunas prácticas auspiciadas por la tradición devengan en serias afectaciones a la salud, las intervenciones al modo de vida de una comunidad deben constituir la *última ratio* y ser absolutamente necesarias. Las visiones particulares del bien o de la conveniencia no pueden desconocer los derechos de las comunidades diversas, sino que debe acudirse a la certeza sobre lo imperioso que resulta un determinado curso de acción para garantizar la vida en condiciones dignas, máxime cuando esta no sólo significa el mantenimiento de las funciones vitales.

---

[30] Teniendo en cuenta que el derecho a la salud es importante para la materialización de otras garantías (principalmente en su faceta a la asistencia sanitaria, que es el tema principal en esta tesis) deben optimizarse los mecanismos de acceso al sistema de salud ya sea por medio de procedimientos administrativos que den respuesta a las peticiones de manera ágil y oportuna, o por medio de la vía judicial, en la cual deben darse respuesta de manera pronta (en Colombia se emplea en estos casos la acción de tutela).

Finalmente, la observación establece que los servicios médicos deben ser de la más alta calidad posible, para que se entiendan prestados. Esto requiere de una atención especial pues las prestaciones encuentran un límite en la finitud de los recursos y la consecuente capacidad presupuestal de los Estados para garantizarlas. Sin embargo, esto no exonera a los Estados de cumplir con unos estándares básicos y de calidad, pues tal como ha sido expuesto en este capítulo CESCR ha dispuesto que las obligaciones en materia de salud, más que establecer un contenido programático indefinido tienen, son exigibles de manera inmediata, pero en la medida de las máximas posibilidades económicas y la más alta movilización de esfuerzos por parte de los Estados.

# III. CONCEPTO, FUNDAMENTO E IMPUTACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

> *"Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto, siempre nuevas y crecientes cuanto más reiterada y persistentemente se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado que está sobre mí y la ley moral que hay en mí".*
>
> Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica,* 1977: 171.

Aunque somos conscientes que el discurso de los derechos humanos[31] presenta muchas dificultades, debido a que en ocasiones ha sido empleado para ejercer la dominación e imponer lógicas de pensamiento sobre aquellos que piensan, sienten y ven el mundo desde otras miradas, no podemos desconocer que el mundo es un lugar mucho mejor con estos que sin ellos. Así las cosas, seguimos a Mesa Cuadros (2007) quien define los derechos humanos como "categorías situadas culturalmente, que a pesar de que en ocasiones haya servido como discurso y acción legitimadora de esquemas de relación dominantes, son sobre todo y a la vez deberían servir (como han servido) como discurso y acción emancipadora y liberadora contra las diversas hegemonías impuestas por el capital, el neoliberalismo y el universalismo abstracto forjador de colonialismos e imperialismos" (p. 42).

Desde una perspectiva de integralidad es incorrecto afirmar que la salud es *aquello* opuesto a la enfermedad, o que el derecho a la salud es el derecho a estar sano, dado que las normas no pueden establecer contenidos prescriptivos para erradicar una enfermedad u ordenar a una autoridad o al personal médico que restablezca la salud de una persona, puesto

[31] Compartimos la definición de Derechos Humanos expuesta por el profesor Gregorio Mesa Cuadros según la cual éstos pueden entenderse de manera genérica "como un conjunto de dinámico de acciones-reacciones sociales y culturales surgidas de contextos concretos y precisos de relaciones que pretenden irrigarse por todo el globo desde hace ya más de cinco siglos, las cuales incorporan pautas, reglas, principios de acción y formas diversas de articulación de las acciones individuales y colectivas" (Mesa Cuadros, 2007, pág. 42)

que el derecho pertenece a un orden social construido y contingente el cual es una realidad distinta a la naturaleza (Kelsen, 1960, pág. 24). Atribuirle al derecho la capacidad de determinar la salud de una persona, sería semejante a establecer que en las ciencias sociales hay relación de causa – efecto. Kelsen expuso que en la causalidad no interviene la regla de derecho, pues mientras en la naturaleza los fenómenos ocurren por circunstancias necesarias, en la *ciencia jurídica* tienen lugar por un acuerdo entre hombres, esto es que se encuentra determinado por la voluntad.

Si se tienen en cuenta las prescripciones normativas, la consecuencia generada por un comportamiento no obedece al principio de causalidad, pues, por ejemplo, la sanción no necesariamente secunda al acto ilícito, así como tampoco el hurto no conlleva de manera irrefutable a la condena de quien lo perpetra. Mientras en las ciencias naturales las relaciones entre hecho y resultado están determinadas por el principio de causalidad, en las ciencias sociales suceden por el principio de imputación. Esto conlleva a que la imposición de una sanción requiera, además de la identificación del sujeto que comete la conducta descrita en una norma como contraria al derecho, un juicio de reproche. Es decir, un individuo será responsable cuando una sanción puede ser dirigida contra él.

En ese sentido, el derecho establece un *deber ser* y unas normas de tipo prescriptivo encausadas a que determinada causa ***deba*** tener un efecto específico. Por ello, una disposición legal no puede establecer que una persona este sana y libre de enfermedad, pero sí puede establecer un conjunto de normas para que facilitar o establecer las condiciones indispensables para que ello pueda ser posible.

En esta tesis consideramos necesario realizar estas precisiones pues explican por qué diferenciamos entre (i) la salud, (ii) el derecho a la salud y (iii) el derecho a la asistencia sanitaria. En relación con el primero de estos conceptos, en una investigación anterior, concluimos que la salud no se define como la antítesis de la enfermedad o como un estado, sino como una relación, hecho que denota un proceso comunicativo entre el sujeto con su cuerpo - mente, con la sociedad y con el ambiente. En ese sentido, la salud tampoco puede

definirse como el conjunto de competencias que hacen que una persona sea apta para desarrollar determinada función o ejecutar cierto tipo de trabajo, pues tal concepto debe entenderse desde una perspectiva amplia e integral que reivindique el concepto de dignidad humana y la posibilidad de desarrollarse como sujeto de derechos (Ruiz Rivera, 2014, pág. 99).

Si bien es cierto que la conceptualización es un paso importante para garantizar un derecho, resulta insuficiente en aquellos casos en los cuales no contenga un contenido prescriptivo, ni un sujeto a quien se le pueda imputar el cumplimiento de obligaciones que permitan dotar de validez tal proposición. Teniendo en cuenta que las premisas identificadas en la definición del término salud no implican su materialización, sino unas obligaciones que deberían cumplirse (toda vez que media el criterio de causalidad), corresponde a quienes estudian las normas establecer los presupuestos necesarios para que el ***deber*** **ser** se transforme en una realidad. Así las cosas, corresponde, a quienes estudiamos las normas, y en especial a quienes tenemos por objeto general investigar sobre el derecho a la salud, identificar el conjunto de acciones que ***deben*** tener lugar para que los seres humanos puedan ejercer tal garantía.

Teniendo en cuenta que los contenidos en el Derecho no obedecen a leyes de causa y efecto, sino a nociones más complejas enmarcadas en el campo subjetivo de la voluntad, la tarea de quienes estudiamos las normas, específicamente su fundamentación y concepto, es presentar buenos argumentos, eficientes y legítimos, para direccionar la voluntad de quienes crean las normas. Visto así, el Derecho se convierte en un instrumento de materialización de la voluntad política, pero también en un vehículo efectivo para establecer los sujetos obligados en la relación jurídica, sus obligaciones y las consecuencias de la inobservancia de las disposiciones pactadas.

Si concluimos en líneas anteriores que el término salud incorpora una perspectiva relacional, entonces, todo aquello que interrumpa tal relación la afecta de manera objetiva. Este supuesto resulta necesario para aseverar que una definición del derecho a la salud, por

lo menos, debe establecer las previsiones necesarias para evitar, sancionar y corregir aquellas acciones que generen impactos negativos en tal relación. Dicho esto, se puede aseverar que el concepto del derecho a la salud: debe incorporar una obligación negativa o de abstención, según la cual el Estado y los particulares tienen prohibido afectar la salud de un individuo y en caso de hacerlo deben responder por ello. Así, en el campo de la responsabilidad individual, resulta fácil atribuir una infracción a la persona que afecta la salud de otra o incluso al mismo Estado cuando incurre en ello.

Sin embargo, el problema se vuelve complejo si no existe un sujeto determinado susceptible de ser imputado por una afectación a la salud de una persona, lo cual tiene lugar cuando la causa que repercute de manera negativa en la salud de una persona corresponde al azar, a un infortunio o es congénita (entre otras causas no imputables a alguien en específico), pues habrá de responderse si existe el deber específico de actuar o la obligación de restaurar la salud. Frente al particular hay que mencionar que, en esta última hipótesis, sólo tres sujetos podrían ser llamados a actuar o en términos jurídicos tendrían la obligación positiva de *hacer*.

El primero de ellos sería el propio sujeto, quien presenta una situación que afecta su salud, pues resulta claro que a este puede exigirse la debida diligencia en la agencia para solucionar este asunto. Sin embargo, en muchas ocasiones, las circunstancias generadas por una enfermedad desbordan la capacidad económica o de reacción del individuo y si se habla de un derecho a la salud debería poder exigirse de otro la ejecución de una acción para mitigar las consecuencias de una patología o restablecer la relación deteriorada o interrumpida la afectación de la salud.

En segunda medida, y en concordancia con lo expuesto, si se trata de establecer obligaciones en cabeza de otro, podría atribuirse la responsabilidad en la sociedad. Sin embargo, debido al grado de indeterminación, y más allá de la caridad, las buenas intenciones y las acciones morales de los semejantes, no habría un sujeto en el cual recayera un deber específico. Si se asevera que la sociedad debe responder, entonces deberá encarnar un ser

con la capacidad de ser obligado cumplir con las decisiones que emanan de la autoridad judicial, como un ente estatal.

Sobre la base de ello, finalmente, el Estado podría ser convocado subsidiariamente, ante la imposibilidad de que los sujetos anteriormente mencionados respondan o ante la ineficacia de su actuación, para cumplir con el deber de restablecer la salud, dado que tiene una capacidad mayor para ello, pues no sólo cuenta con una cantidad mayor de recursos humanos y económicos, sino con el poder de hacer cumplir las leyes por medio de la fuerza. No obstante, uno de los problemas más complejos en este campo del Derecho es establecer si la responsabilidad indeterminada puede imputarse al Estado.

Para resolver esta inquietud debe darse respuesta a la siguiente pregunta: ¿toda disminución en la salud de una persona es atribuible al Estado? Sobre el particular, consideramos que no puede imputarse la responsabilidad estatal por el hecho objetivo de la existencia enfermedad, pero si puede llegar a serlo por su falta de reacción frente a la misma. Teniendo en cuenta que la razón de ser del Estado es establecer las condiciones necesarias para garantizar el goce de derechos en condiciones dignas, este, en principio, estaría obligado a responder ante la enfermedad, estableciendo procedimientos y recursos para que pueda restablecerse la salud de una persona. A esta conclusión se arriba porque el restablecimiento de la salud es una condición necesaria para el ejercicio de todos los derechos fundamentales y, por tanto, para la materialización de la dignidad humana. No obstante, tal mandamiento, como tendrá oportunidad de estudiarse, no es absoluto ya que encuentra límites en: (i) la razonabilidad y (ii) la solidaridad.

Frente al primero de ellos, debe determinarse que la afectación de la salud de una persona sea de tal entidad que interrumpa la relación armónica del ser humano con su cuerpo y su entorno, además de no permitirle vivir en libertad e igualdad de condiciones frente a otros sujetos. En relación con la solidaridad, será pertinente indagar si la sociedad (representada en el Estado) tiene la obligación de soportar la carga fiscal que implica el restablecimiento de la salud de una persona.

Desde la perspectiva de autores como Singer y Harris todos somos responsables y debemos actuar de manera solidaria, pues cualquier persona que este en la posición y tenga la oportunidad de colaborar debe hacerlo. Sobre el particular Singer (1972) expone que, si tenemos el poder de evitar que algo malo le suceda a alguien, tenemos el deber moral de hacerlo, toda vez que con ello no infrinjamos una norma moral superior, con lo que básicamente expone que el fin no justificaría adoptar un medio moralmente reprochable, pero que tenemos una obligación específica de ser solidarios (p. 231)[32]. Por su parte Harris (1974) establece que somos responsables no sólo por lo que hacemos sino por aquello que dejamos de hacer, teniendo la posibilidad a hacerlo. Así, nuestros deberes y nuestra responsabilidad recaerían en el campo de la omisión, de la impasividad ante el pedido de ayuda de nuestros semejantes (p. 207).

Por lo menos estos autores afirman que debemos tomar posición frente a la indolencia y estrechar los lazos de la solidaridad, siempre y cuando estemos en la posición de hacerlo, claro está sin que se vulneren los derechos de quienes pretendemos ayudar. Por ende, desde esa óptica, la sociedad debe estar dispuesta a contribuir en el restablecimiento de la salud de sus integrantes, pero ¿tal entendimiento de la solidaridad es limitado? ¿son los recursos económicos un obstáculo para pensar poner barreras estrictas a la ayuda colectiva?

Teniendo en cuenta que la colaboración de los demás tiene lugar por la imposibilidad de las personas de poder costear la asistencia médica y con ello tratar de resolver sus problemas de salud, resulta necesario indagar en las circunstancias especiales de cada caso en concreto con el propósito de determinar si la sociedad representada por el Estado debe concurrir para ayudar a quien tiene tal dificultad.

---

32 Al respecto expone: “My next point is this: if it is in our power to prevent something bad from happening, without there by sacrificing anything of comparable moral importance, we ought, morally, to do it. By "without sacrificing anything of comparable moral importance" I mean without causing anything else comparably bad to happen, or doing something that is wrong in itself, or failing to promote some moral good, comparable in significance to the bad thing that we can prevent.” (Singer, Famine, Affluence, and Morality, 1972, pág. 231).

Ya hace mucho tiempo la filosofía kantiana sostuvo que no es posible conocer un objeto en sí mismo y que incluso el conocimiento restringido depende de las categorías de análisis y específicamente de los contextos y la experiencia (Kant, 2012). Así, no puede darse un sentido completo del derecho, o determinar su fundamentabilidad sin acudir a la experiencia y a las situaciones concretas. El derecho a la salud adquiere su rango fundamental a partir de contextos específicos y como todo derecho dentro del paradigma liberal del Estado Social de Derecho, sobre la base de la garantía irreductible y categórica de la dignidad humana. Tal como expone Fariñas (2005) "es preciso reconocer que los derechos humanos no son previos a la acción social y política, ni son ideales abstractos dados de antemano al margen de los conflictos sociales y culturales y de los antagonismos reales, porque esta postura filosófica nos llevaría a una actitud política y económica muy conservadora, a la vez que dominadora e imperialista" (p. 207).

Si la libertad como lo expone Sen (Sen, 2000, pág. 55) es la superación de las condiciones que impiden el desarrollo, debe tenerse en cuenta que las restricciones generadas por la afectación de la salud repercuten en las alternativas de las cuales disponen algunas personas para escoger un plan de vida, para realizar tareas con autonomía, para trabajar, para poder relacionarse con otros individuos sin ser sujetos de discriminación. Sobre el particular, es importante mencionar que los efectos que generan algunas enfermedades, por ejemplo, aquellas asociadas con la incontinencia urinaria no desparecen con utilización de pañales desechables u otros productos, pero no hay duda de que estos insumos mitigan las consecuencias que producen tales patologías y procuran garantizar una existencia en condiciones dignas.

En el mismo sentido, puede aseverarse que la prestación de servicios asistenciales, como aquellos de enfermería, no curan una enfermedad, pero si pueden generar importantes aportes al restablecimiento de la salud de una persona debido a que este tipo de tratamientos especializados pueden ayudar al desarrollo de facultades deterioradas por una patología e incluso a la eliminación de las barreras sociales que se constituyen alrededor de esta.

Estos argumentos pretenden demostrar que, aunque la presencia de una enfermedad o una condición física o psíquica adversa sea un asunto objetivo que en muchos casos no tiene un sujeto como causante (y por tanto la responsabilidad es indeterminada) existe un deber de acción para que estas circunstancias no repercutan de manera excesiva y desproporcionada en la salud de las personas. Ello constituye un asunto de la mayor relevancia, pues independientemente del hecho que genera la ruptura de la relación armónica del ser humano con su cuerpo generando enfermedad, limitaciones al estilo de vida y en algunos casos situaciones indignantes, no todas las alteraciones a la salud requieren de la intervención del Estado para ser superadas.

Enfermedades menores pueden enfrentarse sin la concurrencia estatal, pero si tal patología se vuelve crónica e incapacita a una persona resulta pertinente e incluso necesaria tal participación, la cual debería depender del grado de afectación al ejercicio de las libertades y dignidad de una persona. En ese sentido, la intervención del Estado será razonable, cuando la afectación a la salud sea de tal entidad que limite de manera desproporcionada las alternativas de las que una persona dispone para superar una situación en la cual la relación que mantiene con su cuerpo ha sido modificada de manera negativa.

Este tipo de intervención en la prestación del servicio de salud ha sido asumido por el Estado a partir de la creación de sistemas de aseguramiento que contienen planes de beneficios que garantizan determinadas coberturas y servicios. En algunos sistemas ha dispuesto todo un esquema de aseguramiento que establece un catálogo de servicios y productos que se encuentran cubiertos y que se financian con cargo a recursos públicos sobre la base de un sistema impositivo de redistribución de ingresos.

La construcción de las bases de datos que contienen la información sobre las contingencias que deben ser sufragadas por el erario siguen metodologías basadas en índices de morbilidad y limitaciones económicas, fundadas en reglas fiscales y las recomendaciones de asociaciones de usuarios sobre los servicios que deben prestarse de manera obligatoria.

Así se constituyen paquetes de servicios que permiten el aseguramiento general de las personas y que garantizan un número limitado de prestaciones. Sin embargo, a partir de ello una pregunta nueva toma forma: ¿qué sucede con los servicios necesarios para restablecer la salud de una persona, pero que se encuentran excluidos o incluso que no se incorporan en los referidos planes de beneficios? Este cuestionamiento ha sido objeto de candentes debates entre quienes consideran que: (i) no puede existir un límite para la satisfacción de una garantía fundamental y (ii) quienes aseveran que debido a la limitación de los recursos asignados para tratar los problemas de salud deben establecerse topes sobre los rubros destinados a la financiación del sistema.

El argumento, en el primero de los casos, parte de la base de la universalidad, atemporalidad e inalienabilidad de los derechos humanos, los cuales deben garantizarse por constituir las garantías más básicas de los seres humanos y sin las cuales no puede predicarse la existencia de una vida en condiciones dignas. Partiendo de que la salud corresponde a un derecho humano, consideran que los recursos públicos deben destinarse a su garantía, incluso si ello implica que se reduzcan las asignaciones otorgadas a otro tipo de proyectos o la satisfacción de otros derechos, pues se parte que la salud es primordial y necesaria para el disfrute de otros derechos. Incluso, consideran que, de ser necesario, la base impositiva y el recaudo deben aumentar, toda vez que la razón de ser del poder estatal y de la facultad de ejercer coerción sobre los ciudadanos es garantizar la dignidad humana y consideran a la salud como un presupuesto básico para ello. Así, este tipo de razonamiento genera que, a su vez, se genere otro cuestionamiento: ¿puede concluirse que todas las restricciones desproporcionadas del ejercicio de la libertad relacionadas con la salud se encuentran en los planes de beneficios? La respuesta desde la disciplina del derecho, para este primer grupo de individuos, es que aquellas situaciones que producen tal limitación ***deberían*** estar incluidas.

De otra parte, quienes consideran que el sistema de aseguramiento público en salud debe tener límites, afirman que la facticidad implica que el ejercicio de un derecho requiera de la capacidad para poder exigirlo. Esta aseveración parte del principio del Derecho según el cual la eficacia es condición de validez de las normas, por lo cual, si las prestaciones del

servicio de salud no tienen un límite y debido a las limitaciones presupuestales se agotan los recursos económicos para sufragarla, no habría forma de garantizar tal derecho, lo cual afecta su propia existencia. Sobre el particular (Kelsen, 1960) considera que "(…) una norma que —como se suele decir— no alcanza un cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada «efectividad» es una condición de su validez" (p. 24).

A partir de ello, algunas teorías afirman que la protección efectiva del derecho a la salud requiere del establecimiento de límites a su ejercicio, pues de lo contrario se convertiría en un buen propósito que no tiene la posibilidad de ser exigible. En síntesis, la manera en la que se suelen excluir algunas prestaciones de los planes de salud puede variar, pero por lo general obedecen al establecimiento de criterios para denominar que no pertenecen al ámbito clínico o de la salud. Por tanto, su exclusión de los planes de beneficios puede adoptar las siguientes explicaciones: (i) los procedimientos, las intervenciones quirúrgicas, los tratamientos, los medicamentos y los insumos, necesarios para restablecer la salud de algunas personas, no se consideran parte del ámbito de la salud; y (ii) debido a la limitación de recursos del sistema –técnicos, económicos y de capital humano− no es posible acceder a las demandas de los usuarios.

Los debates sobre el primero de estos puntos son extensos, pues parte de concepciones específicas sobre lo que significa salud y derecho a la salud, sin embargo, para nuestros efectos y de conformidad con la tesis que sostenemos en este trabajo, las prestaciones que deben entenderse incorporadas en el ámbito de la salud son todas aquellas que resultan necesarias para restablecer la relación del ser humano con la sociedad y el desarrollo de las capacidades básicas humanas, independientemente si ello implica o no que se cure una enfermedad.

Así las cosas, consideramos que algunas de las prestaciones del sistema de salud, pueden ser limitadas porque no constituyen una restricción excesiva del ejercicio de la libertad y porque no instrumentalizan a la persona, sino que evidencian que el Estado no

puede resolver todos los problemas humanos y que su actuación solo puede tener lugar cuando es estrictamente necesario. Por ello, no todas las intervenciones médicas deben ser cubiertas por el sistema de salud. No obstante, ¿qué sucede si una restricción a la libertad es tan excesiva que restringe de manera desproporcionada las opciones que una persona tiene para ejercer su derecho a la salud? Es claro que pasa de ser una afectación morigerada de la libertad a un desconocimiento del principio de la dignidad humana.

La libertad puede tener restricciones bajo determinados supuestos como aquí se ha expuesto, pero la dignidad humana no puede ser ponderada bajo ninguna hipótesis. Así las cosas, se concluye que esta última es el imperativo categórico que regula todas actuaciones en el Estado Social de Derecho y porque no en todo el derecho moderno. La previsión expuesta ayuda a resolver el problema sobre la participación de la sociedad para el restablecimiento de la salud de una persona, de una manera sencilla. La afectación de la dignidad humana generada por la restricción excesiva y desproporcionada de libertades genera la *necesidad* de la aplicación del principio de solidaridad.

La protección de la dignidad del ser humano es una de las finalidades del Estado, el cual no puede ser calificado como justo cuando desconoce tal principio. Si todos los derechos deben analizarse bajo el prisma de la dignidad humana a efecto que a éstos se les pueda asignar un peso específico al momento de ponderarlos cuando colisionen garantías *ius fundamentales*, no puede existir, por lo menos desde la disciplina del Derecho, argumento alguno que restringa tal principio. De esa manera, la dignidad humana es el principio en el cual debe fundamentarse toda actuación jurídica, administrativa e incluso política; es la regla en la cual se *reconoce el derecho*; es el fin último de toda asociación de hombres que se considere justa y en ese sentido, el Estado como manifestación de la voluntad política del pacto civil para la conformación del poder y el establecimiento de reglas para vivir en sociedad debe proteger a *ultranza* ese principio.

Así las cosas, la inobservancia del principio de la dignidad humana siempre será imputable al Estado. Dicho de otra manera y aplicándolo al caso concreto del derecho a la

salud, la sociedad está en la obligación de soportar la carga fiscal que implica el restablecimiento de la salud de una persona, cuando la restricción a la libertad genere situaciones de indignidad, las cuales tienen lugar cuando no se garantizan las acciones necesarias para el desarrollo de capacidades humanas básicas, como estudiaremos más adelante.

De esta manera surge la obligación estatal de brindar asistencia sanitaria teniendo en cuenta que, a pesar de su carácter universal, no es ilimitada, sino que corresponde a criterios a los criterios de razonabilidad, la cual está determinada por la posibilidad de brindar a la persona la oportunidad de restablecer su participación en la construcción de la sociedad en la que habita. Por tanto, sólo a partir del entendimiento del derecho a la salud como un proceso relacional es posible conciliar el deber de cuidado a los demás como un imperativo de la razón práctica, con los límites al ejercicio de una garantía fundados en la finitud de los recursos humanos y económicos.

# CAPÍTULO II

# ANÁLISIS CRÍTICO DE LA INFLUENCIA DE LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA EN EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

*"La agenda de la filosofía política cambia a medida que cambia la sociedad y el gobierno, pero algunos elementos han permanecido en ella desde la época más antigua de la que tenemos noticia. Entre estos problemas perennes se cuentan algunas cuestiones fundamentales sobre la política y el poder político (...) ¿por qué necesitamos la política?, ¿qué derecho tiene una persona a obligar a otra persona a hacer algo contra de su voluntad?, ¿por qué razón debería yo obedecer una ley cuando no me viene bien? En otros casos, sin embargo, o bien las preguntas, o bien las respuestas, o bien ambas cosas, han cambiado con el paso del tiempo, y tenemos que estudiar por qué esto es así. Una razón es que los cambios sociales abren posibilidades que no existían anteriormente, y también, a la inversa, cierran ciertos caminos".*

David Miller, *Filosofía política: una breve introducción,* 2011: 31.

Como seres humanos pretendemos encontrar explicaciones sobre la manera en que está construido nuestro mundo, significados de la realidad, sobre lo que es y lo que debería ser. A pesar de pertenecer a una misma especie nuestro pensamiento único y auténtico nos hace diferentes y en sumo grado diversos y por tal razón entendemos, afrontamos y pretendemos dar solución a nuestros problemas de maneras particulares.

Varios temas llaman nuestra atención, pero uno de los que más nos llevan a reflexionar es el tema de la justicia. Muchos significados tiene tal término, los cuales varían en función a la época, a la sociedad, a las condiciones materiales de existencia o, incluso, al lugar desde donde se profiera el discurso. Este tema es aún más controversial si se tiene en cuenta que se emplea para justificar una idea sobre lo correcto, sobre la legitimidad para gobernar sobre las pasiones humanas, sobre el instinto y sobre la razón.

La justicia tiene múltiples aplicaciones, entre estas la legitimidad y validez de discursos sobre el poder, la manera en la que se ejerce, sus límites y responsabilidad. También sobre la forma en que los seres humanos gobiernan sobre sí mismos o sobre otros e incluso sobre aquello no humano. Los derechos son también un escenario en el cual se proyectan las aplicaciones de la justicia. Las obligaciones y garantías obedecen a discursos sobre la legitimidad de someter a los hombres y a las mujeres a una autoridad central, pero también al hecho de renunciar a ejercer la violencia frente a las ofensas, las promesas rotas o los actos contrarios a la paz.

En fin, la justicia como herramienta argumentativa que permite explicar porque debemos someternos a una idea particular de lo correcto encuentra muchas expresiones. En toda relación entre seres humanos hay un concepto de justicia al cual se hace referencia y nuestro campo de estudio no es ajeno a ello. La salud con su gran cantidad de significados e interpretaciones es una materia sobre discurren muchos argumentos que apelan a la justicia: ¿es correcto que las personas sufran? ¿hay justicia en que enfermedad terrible que no tiene cura afecte a una persona? ¿la enfermedad es producto de nuestro mal comportamiento? Si bien estos cuestionamientos apelan a una idea de la justicia para ser resueltos, el derecho puede hacer muy poco frente a ello, pues están en plano estrictamente valorativo sobre asuntos en los cuales el consenso de los hombres y mujeres puede no tienen mucho que hacer.

Sin embargo, el Derecho como disciplina regulativa si tiene mucho que decir a la manera como nos enfrentamos a las consecuencias de la enfermedad, al sufrimiento humano, a la exclusión de las personas que son diferentes y la forma en la cual actuamos frente a los

demás y les ponemos en riesgo. También nos hace cuestionarnos si, como sociedad tenemos la obligación de asumir las consecuencias de las acciones humanas o naturales que generan muerte, enfermedad, dolor y sufrimiento a nuestros semejantes. La respuesta a esta pregunta es compleja si se tiene en cuenta su generalidad, su falta de presupuestos fácticos y sobre todo la indeterminación sobre las implicaciones de tal ayuda y los sujetos objeto de ella.

Tal vez, con el ánimo de ser más rigurosos, podríamos indagar si tenemos el deber de prestar un tipo específico de ayuda denominado *asistencia sanitaria* la cual implica satisfacer las necesidades humanas que tienen lugar cuando se afecta la salud, a partir de un conjunto de prestaciones que tienen por objeto restablecer la salud, aunque no siempre lo logren, pero que en suma permiten a la persona su integración a la sociedad y brindar condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida en condiciones de dignidad.

Teniendo en cuenta que cuestionar en relación con un supuesto deber implica establecer una obligación concreta sobre el obligado, es pertinente exponer que, debido a la generalidad, nuestro actor es el Estado, a través de la sociedad en general (de la cual no podemos abstraernos). Sobre este punto, también resulta pertinente indagar si tal *ayuda* brindada por la sociedad constituye un derecho o si se trata de un servicio público a cargo del Estado.

Con el objeto de precisar los márgenes de la discusión, resulta pertinente exponer que nuestra inquietud se concentra en la determinar la respuesta desde el escenario de los derechos. De esta manera, una pregunta comprensiva de nuestro objeto de estudio se refiere a cuestionar si el Estado se encuentra en la obligación de garantizar un derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas que lo necesiten. Esta pregunta no es un asunto novedoso para el derecho, la filosofía, la política y la economía. Reposa en las bibliotecas abundante literatura sobre el tema: libros, artículos, programas de política pública, planes de gobierno, actas de conferencia, instrumentos de derecho, entre otros, son testimonio del debate.

Nuestro propósito en el siguiente capítulo es realizar un examen crítico a las respuestas que desde la academia se han formulado sobre tal pregunta. A partir de la selección de un conjunto de autores de las escuelas de pensamiento más representativas pretendemos ilustrar los elementos estructurales de las teorías utilitarias, liberales, igualitarias, libertaristas y eclécticas, así como las críticas que han suscitado.

Autores como J. Bentham, S. Mill y Williams nos permitirán acercarnos a los problemas relacionados con el sacrificio de los derechos de algunos para lograr el mayor bienestar social, a partir del empleo de una función como la felicidad, el placer o el incremento de la riqueza. Luego de tal estudio, analizaremos el pensamiento de F. Hayek a partir del cual confiamos en poder ilustrar las principales oposiciones desde la teoría económica neoclásica y del liberalismo político hacia el concepto de justicia social, derechos universales y participación estatal en la redistribución de la riqueza.

A partir de los estudios previos realizaremos un estudio sobre la paradigmática propuesta del liberalismo igualitario de J. Rawls, quien ataca las doctrinas del liberalismo, además de presentar una contrapropuesta al utilitarismo y al consecuencialismo basada en la justicia entendida como equidad, los bienes primarios, el velo de la ignorancia y las normas de priorización. En la misma vertiente de pensamiento, evaluaremos la propuesta formulada por R. Dworkin sobre la igualdad de recursos y su crítica a las concepciones que pretenden estandarizar los elementos para una buena vida en contraposición al buen vivir.

Con posterioridad se estudiarán los postulados de la escuela libertaria, concretamente las propuestas de R. Nozick, que pretenden reducir la intervención estatal para el reconocimiento de derechos, y las de H. T. Engelhardt concernientes a la separación de las obligaciones morales de las legales a partir de una relectura kantiana de los imperativos categóricos de autonomía y de libertad. En ese sentido, también se abordará la propuesta de establecer un sistema de salud a partir de la beneficencia y el imperativo hipotético de beneficencia.

Por último, se examinarán un conjunto de teorías que hemos denominado eclécticas, dada la dificultad de encasillarlas en una determinada escuela, pues presentan elementos holísticos y presentan diferencias de principio frente a las teorías clásicas que no les permite adherirse por completo a estas. Este es el caso de autores como A. Buchanan y su propuesta sobre el mínimo decente en salud focalizado y no universal, A. Sen y su teoría de desarrollo como proceso de expansión de libertades y M. Nussbaum y su enfoque de las capacidades humanas. También es pertinente exponer que otros autores hacen parte de la discusión por sus críticas, aportes y claridad conceptual para poder entender estas temáticas, como el caso de W. Kymlicka, G. Cohen, N. Daniels, R. Gargarella, A. Fajuri, A. Lema Añón, entre otros.

Finalmente, como es de esperar, presentaremos nuestras propias críticas fundadas en los aciertos y conflictos que evidenciamos en el análisis de las principales escuelas de pensamiento, a partir de lo cual esperamos encontrar los insumos necesarios para formular nuestra propia teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria y realizar un pequeño, pero riguroso aporte a la discusión.

# I. UTILITARISMO

*"El utilitarismo simplemente exige que la búsqueda en la sociedad de la utilidad o el bienestar humano (usaré estos términos de manera indistinta) se lleve a cabo de manera imparcial. Seamos o no hijos de Dios, tengamos un alma, o una voluntad libre, todos podemos sufrir o sentirnos felices, todos podemos estar peor o mejor. Con independencia de los laicos que seamos, no podemos negar que la felicidad es valiosa, dado que es algo que valoramos en nuestras vidas".*

Will Kymlicka, *Filosofía política contemporánea,* 1995: 22.

*"Es un error asumir que la ley debiera siempre imponer la moralidad".*

Peter Singer, *Ética práctica,* 2009: 149.

Durante más de cien años el utilitarismo ocupó el lugar central en las teorías éticas. Su dominio se puede apreciar en las profundas repercusiones que ha tenido en las teorías de la justicia, las decisiones políticas sobre el bienestar y la adopción de políticas públicas. Autores como J. Bentham, J.S. Mill, W. Stanley, H. Sidgwick, F. Edgeworth, A. Marshall y A.C. Pigou, entre otros, han reflexionado detenidamente sobre sus premisas, las cuales han dado origen a fuertes debates sobre su pertinencia, no sólo en su época, sino en la actualidad (Sen, Desarrollo y Libertad, 2000, pág. 81). Su premisa principal instituye que el incremento de la utilidad constituye el parámetro principal para la corrección de un acto o para su selección de presentarse varias alternativas. Así, para los teóricos de esta escuela de pensamiento pueden presentarse variaciones en relación con el significado de utilidad, pero todos concuerdan en la necesidad de su incremento.

Como lo expone Sen (2000) el utilitarismo presenta, por lo menos, tres rasgos característicos que permiten cumplir con su cometido de permitir establecer el grado de

utilidad, a partir de la identificación de los elementos y las variables que permiten hacer un cálculo con connotaciones de carácter social (p. 81). El primero de estos componentes es el que señala que las acciones deben valorarse en relación con sus consecuencias, esto es, los resultados que generan, con lo cual entra en confrontación con algunas teorías normativas que establecen que existen acciones correctas independientemente de los efectos que produzcan. De esta manera se diferencia profundamente del intuicionismo e incluso de las teorías que parten de la razón práctica y de las acciones buenas en sí mismas, por estar conformes con la naturaleza humana.

El segundo componente, es del criterio de bienestar de conformidad con el cual la evaluación de las acciones debe tener en cuenta las sumas el incremento del bienestar sin tener en consideración que puedan afectarse algún tipo de garantías, sobre todo cuando estas son particulares, razón por la cual, en concordancia con el criterio consecuencialista, se puede afirmar que las acciones correctas son aquellas que produzcan el bienestar común sin tener en cuenta situaciones de índole trascendental (p. 81).

El tercer componente, es el relativo la ordenación basada en la suma agregada de diferentes valores de utilidad de cada individuo, sin tener en cuenta el grado posterior de desigualdad en el reparto de utilidades. Así las cosas, sólo importa que la suma de utilidades sea mayor, dejando de lado si la posterior asignación del total tiene consecuencias significativamente más beneficiosas para unos frente a otros (p. 82).

Como lo expone Rawls, tal vez la formulación más clara y comprensiva sobre el propósito del utilitarismo puede encontrarse en la obra de Sidgwick "*The methods of Ethics*" cuya idea principal es que "cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por tanto, justa" (Rawls, Teoría de la justicia, 1971, p. 34). Así las cosas, la idea del individuo y de la satisfacción de sus intereses sólo tiene importancia en tanto ilustra el procedimiento de adopción racional de decisiones para un colectivo humano, como pasaremos a analizar.

# JEREMY BENTHAM, BERNARD WILLIAMS Y LA DECISIÓN CORRECTA BASADA EN EL CÁLCULO DE SUS CONSECUENCIAS

> *"Cualquiera que sea la utilidad general de contar con una cierta regla, si uno ha alcanzado de hecho un punto desde el que ve la utilidad de infringir la regla en una determinada ocasión es mayor que la de respetarla, entonces no cabe duda de que sería totalmente irracional no infringirla".*
>
> Bernard Williams, *The idea of equality*, 1962: 106.

## 1. Las premisas del utilitarismo y su incompatibilidad con la idea de derechos

Jeremy Bentham fue el precursor de la doctrina utilitaria y sus contribuciones en el campo de la filosofía moral y política tienen relevancia actual. Nacido en Inglaterra en 1748, fue un estudiante privilegiado de una familia en ascenso, con sólo 19 años completo sus estudios en la Universidad de Oxford y se graduó como abogado, aunque nunca llegó a ejercer como tal. Sus preocupaciones se centraron en la adopción de decisiones sobre bases racionales y las implicaciones que estas generaban cuando se contrastaba los derechos derivados de intereses individuales frente a sus impactos económicos para el conjunto social.

El jurista y filósofo inglés Jeremy Bentham, propuso una teoría que propugnaba por el establecimiento de tres principios fundamentales de gobierno. El primero de ellos, hacía referencia a que el legislador estaba en la obligación de brindar la mayor cantidad de bienestar para el mayor número de personas. El segundo, disponía que la dignidad debía entenderse como un atributo individual. Finalmente, expuso que la ley y las autoridades tenían la función de proteger al individuo, satisfacer sus intereses y promover el bienestar de sus semejantes (Bentham, 1830, págs. 5-8). A partir de este modelo, muchas de las políticas y leyes adoptaron un componente de bienestar como forma de legitimación de la existencia del Estado bajo la denominación de salud pública.

De conformidad con Sandel (2009), el trabajo de Bentham se puede sintetizar en la premisa según la cual "el principio más alto de moralidad, ya sea personal o política, consiste en maximizar el bienestar general o la felicidad colectiva, esto es, inclinar la balanza del placer frente al, lo que implica, en una sola frase: maximizar la utilidad. Esta conclusión se deduce del siguiente planteamiento: todos somos gobernados por el dolor y el placer, son nuestros amos soberanos, así que cualquier sistema moral tiene que tomarlos en cuenta ¿cuál es la mejor forma de hacerlo? Pues maximizando. Y esto lleva al principio de mayor bien para el mayor número de individuos, pero ¿qué es exactamente lo que deberíamos maximizar? Bentham nos dice que la felicidad o precisamente la utilidad. Maximizar la utilidad es un principio no sólo para los individuos, sino también para comunidades y legisladores, ¿qué es una comunidad? pregunta Bentham, es la suma de los individuos que la componen y por eso es que al decidir la política correcta, al decidir la ley correcta, al decidir lo que es justo, los ciudadanos y legisladores se deben preguntar si, cuando sumamos todos los beneficios de esta política y restamos todos los costos, la decisión correcta es la que maximice el balance entre felicidad y sufrimiento. Eso es lo que significa maximizar utilidad" (Sandel, Justice, 2008, pág. Lecture 3).

Para el utilitarismo resulta razonable que las determinaciones que se adopten para una comunidad partan del supuesto que esta es y se comporta como una sola persona, pues aquello que resulta racional para un hombre también lo es para una asociación de estos (Rawls, 1971, p. 35). En criterio de Van Parijs (1993), el utilitarismo puede concretarse en el siguiente principio:

> "cuando actuamos es necesario que hagamos abstracción de nuestros intereses y de nuestras inclinaciones, de nuestros prejuicios y de los tabúes heredados de la tradición, así como de cualquier pretendido derecho natural y que nos preocupemos exclusivamente por perseguir, según la fórmula de Hutchenson, "la mayor felicidad para el mayor número". Más precisamente se trata de

maximizar el bienestar colectivo, definido como la suma de bienestar (o de la utilidad) de los individuos que componen la colectividad considerada" (p. 30).

Esta manera de analizar la forma en que se adoptan determinaciones lleva a los utilitaristas a proponer dos argumentos. El primero de ellos establece que, así como una persona puede imponerse un sacrificio momentáneo para que en futuro logre un bien o utilidad, resulta adecuado que la sociedad haga lo propio para lograr el mayor beneficio posible sobre la base de la promoción de sus fines racionales. El segundo se refiere a que si partimos de la premisa según la cual un individuo trata de promover tanto como es posible su propio bienestar, esto es, sus deseos particulares, entonces: "el principio para la sociedad es promover tanto como sea posible el bienestar del grupo, esto es, realizar en la mayor medida posible el sistema general de deseos al que se llega a partir de los deseos de sus miembros" (Rawls, Teoría de la justicia, 1971, p. 35).

De esta manera, los intereses individuales poco pueden pretender frente a las acciones que promuevan el interés colectivo, el bien mayor o en general el mejoramiento de la sociedad, basado en la suma agregada de las utilidades de todos los miembros. De conformidad con Bentham "Se dice que una cosa promueve el interés, o que es para el interés de un individuo, cuando tiende a agregar a la suma total de sus placeres: o, lo que es lo mismo, cuando disminuye la suma total de sus dolores". De otra parte, El interés de la comunidad es "una de las expresiones más generales que pueden ocurrir en la fraseología de la moral: no sorprende que su significado muchas veces se pierda. Cuando tiene significado, es el siguiente. La comunidad es un cuerpo ficticio, compuesto de personas individuales que son consideradas como sus miembros. ¿Qué es entonces el interés de la comunidad? La suma de los intereses de los diversos miembros que la componen" (Bentham, Introducción a los principios de la moral y de la legislación, 1780, pág. Cap. 1. Pág. 2.).

En concepto de Kymlicka (1995) los utilitaristas consideran que "(…) la acción correcta es aquella que incrementa al máximo la utilidad, esto es, aquella que satisface tantas preferencias informadas como sea posible. Las preferencias de algunas personas quedaran

insatisfechas, si entran en conflicto con lo que desarrolla al máximo la utilidad general. Esta es una situación desafortunada. Pero como el número de los ganadores es necesariamente superior al de los perdedores, no hay razón para dar prioridad a las preferencias de los perdedores sobre las más numerosas (o más intensas) preferencias de los ganadores" (p. 32).

Así las cosas, si las razones para realizar la acción son suficientemente fuertes, desde un punto de vista utilitario, los utilitaristas dirían que el hecho de que la acción sea moralmente desagradable ciertamente no es una razón adecuada para no realizarla en este caso. Al respecto Williams (1993) afirma que:

> "Cualquiera que sea la utilidad general de contar con una cierta regla, si uno ha alcanzado de hecho un punto desde el que ve la utilidad de infringir la regla en una determinada ocasión es mayor que la de respetarla, entonces no cabe duda de que sería totalmente irracional no infringirla.
>
> Ha habido, desde luego, utilitaristas duras que han sacado esa conclusión, como es el caso de J.J.C. Smart. Si al utilitarismo se le puede hacer funcionar en absoluto, entonces para mi está fuera de duda de que la actitud correcta ha de ser la de estos autores: el utilitarismo es una doctrina especial, que no tiene necesariamente que coincidir con las ideas morales de Occidente en todos los aspectos, y, siendo así, uno ha de esperar que tenga lo que muy bien podrían parecer conclusiones poco gratas" (p. 106-107).

A partir de ello se concluye que la utilidad se obtiene de la suma agregada de valores entre los cuales el individuo constituye uno y las decisiones se adoptan a partir de las combinaciones de valor que aporten mayor beneficio a la comunidad en general. Esta concepción parece buena e intuitivamente solidaria, pues todas las personas ponen de su parte para aumentar la medida de bienestar de toda la comunidad, aun a costa del sacrificio personal, dado que en el utilitarismo la persona es sólo un valor agregado al máximo bien que es el bienestar común.

Sin embargo, esta idea entra en conflicto con la idea de unos derechos propios del individuo que desde una teoría respetuosa de los derechos humanos son innegociables. La premisa de que pueden desconocerse tales garantías para lograr un bienestar social mayor implica el sacrificio de los derechos de las personas para incrementar una utilidad que no se encuentra debidamente caracterizada, sino que corresponde a cualquier meta trazada por la sociedad.

Principios como la libertad, la igualdad y la equidad, así como derechos a la vida, a la salud, a la integridad, a la libertad de expresión no pueden oponerse frente al incremento de la utilidad general, dado que los derechos individuales deben ceder a un beneficio común. En un ejemplo extraído de la realidad, la política del único hijo tendría adeptos en la doctrina utilitaria, pues el objetivo político del gobierno es la maximización de una variable de utilidad que se expresa en la menor presión demográfica y fiscal sobre un territorio, razón por la cual los niños nacidos en un familia que ya tuvieran un hijo no tendrían derecho a existir, o la libertad reproductiva de los seres humanos que habitan dicho territorio podría ser limitada o restringida para procurar un bienestar mayor.

En un ejemplo de comparación indirecta, una teoría utilitaria validaría que se negara la atención en salud a los adultos mayores dado que los aportes que generan en términos de productividad a la sociedad son menores que los gastos en los que se incurre en su cuidado. La dignidad de estas personas y sus garantías individuales inescindibles desde una lógica de derechos humanos no podrían oponerse a los beneficios que en una variable de ahorro del gasto público podrían suscitarse de tomar tal curso de acción. A su vez, en un caso de reducción a lo absurdo, los genocidios constituyen medidas que pueden fundamentarse en criterios utilitaristas, dado que pueden llegar a maximizar variantes que correspondan a programas políticos definidos por la voluntad popular, como una mayor cantidad de territorio para una población específica, la eliminación de razas inferiores que perpetuaban la enfermedad, la redistribución de la riqueza de los vencidos por parte de y para los vencedores, etc.

Estos ejemplos también evidencian uno de los principales problemas de la doctrina utilitaria y es que parte de la maximización de determinada variante, lo cual resulta un asunto arbitrario de la política que deja serias dudas sobre su fundamentación, pues desde una teoría de los derechos humanos el aumento de la utilidad social no estaría mediado necesariamente por el incremento de los bienes y servicios en una sociedad, o la mayor consecución de recursos para establecer desarrollo de infraestructura (ejemplos arbitrarios pero probables), sino por la maximización de las libertades básicas humanas y la expansión de valores democráticos. Sin embargo, este último asunto resulta una petición de principio, contradictoria en sí misma, pues la doctrina utilitaria demanda que los derechos de las personas pasen a un segundo plano para aumentar la utilidad general, pero una lógica de derechos humanos condena tal procedimiento. Desde esa perspectiva no puede existir una lógica de derechos humanos utilitarista.

Un derecho a la asistencia sanitaria que establezca prestaciones mínimas para su protección no podría instituirse desde el utilitarismo más que como una política pública, esto sí y sólo sí reporta un incremento de la utilidad, pero jamás como un derecho pues estos establecen un contenido mínimo no renunciable dado que se vaciara de contenido su contenido prescriptivo y precisamente el utilitarismo nos enseña que debemos estar dispuestos a renunciar a todo, para maximizar los beneficios sociales. Tal como expone Kymlicka (1995):

> "El razonamiento utilitarista no concede importancia a los derechos adquiridos en el pasado, ya que sólo presta atención a las consecuencias futuras. Para el agente-u [agente utilitarista], el valor moral de un acto reside en tan sólo en sus propiedades causales para provocar estados de cosas deseables" (p. 35).

Visto desde esta perspectiva, la teoría utilitarista es incompatible con cualquier tipo de derecho, independientemente de su categoría, como por ejemplo los derechos humanos

son por esencia irrenunciables e inescindibles, e incluso los derechos que se desprenden de un proceso judicial, pues las sentencias no serían normas para las partes dado que su obligatoriedad puede cambiar si la sociedad requiere de ello para aumentar una específica utilidad.

## 2. El utilitarismo como una doctrina no trascendental

> *"La inmensa mayoría de las acciones buenas no se realizan en provecho del mundo, sino de los individuos, de cuyo bien depende el mundo. En estas ocasiones, los pensamientos de los hombres más virtuosos no necesitan ir más allá de las personas particulares a que se dirigen, excepto para asegurarse de que al beneficiarlas no están violando el derecho, esto es las esperanzas legítimas y autorizadas de cualquiera".*
>
> Stuart Mill, *El utilitarismo,* 1863: 13.

> *"El egoísmo, desde luego, influye de modo señalado sobre el actuar de los hombres; ahora bien, es la opinión pública la que determina las manifestaciones de tal egoísmo y, en general, de todos los negocios humanos".*
>
> David Hume, *Essays,* 1758: I, 125.

Entre las razones que Williams (1993) considera que dotan al utilitarismo de ventajas frente a otras teorías morales o de la elección se pueden observar que, en primera medida, el utilitarismo no es trascendental pues no apela a consideraciones que sobre lo mítico o aquello externo a la experiencia humana, sino que pretende establecer hacer hincapié en una moral desprovista liberada de elementos de rastros religiosos (p. 96). Desde esta perspectiva, el utilitarismo también es una herramienta que permite la resolución de controversias a partir del cálculo empírico de sus consecuencias, razón por la cual se deja de apelar a consideraciones externas a las circunstancias fácticas. Sin embargo, debe decirse que este también es uno de los grandes argumentos en su contra, pero, por lo menos, afirma Williams (1993) "el encanto radica más bien en que la naturaleza de la dificultad pierde, por lo menos, todo su misterio" (p. 97-98).

En nuestro criterio este punto es cuestionable, pues si bien las doctrinas trascendentales, tal como lo expone Williams, establecen la corrección de un acto basado en aspectos religiosos, míticos o en una concepción del bien en sí misma, no es del todo claro

como el pensamiento utilitario se aparta de esto. La doctrina trascendental afirma que algunos valores son buenos *per se*, como si se tratase de un valor absoluto que no admite discusión al respecto. Este apunta a la construcción de axiomas y verdades que construyen sistemas de pensamiento en nombre de una idea, lo cual no se aleja mucho de la idea denominada *maximización de la utilidad*.

Así es: el utilitarismo apela a la maximización de la utilidad como un elemento dogmático e incluso trascendente de su teoría. No hay más explicaciones que el supuesto bienestar común, pero tal concepto es vacío de contenido y sólo puede ser alimentado a partir de la concepción política que se tiene en un momento específico sobre este. Aunque no se apele a una doctrina transcendental que establezca la corrección de un acto por ser acorde a la ley moral determinada por un imperativo categórico, como la expuesta por Kant, sí establece un parámetro objetivo intocable que sirve de sustento a sus premisas.

Para el pensamiento utilitario el bienestar común o la maximización de la utilidad social es un asunto trascendente que no admite discusión alguna y que se torna como un propósito y una verdad absoluta, aun cuando no son claros los contornos de tal idea. Sea cual fuere la idea implícita en el concepto de utilidad, su carácter trascendental es evidente y no tiene más soporte argumentativo que apelar a un fin último, a la idea de fin en sí mismo, para su defensa.

Si bien la idea de utilidad puede encarnar un propósito específico esto no le quita su carácter trascendental. En un intento de demostrar lo contrario Williams afirma que el utilitarismo busca un objetivo común a todas las personas: la felicidad. Esta, a su modo de ver, no parte de una idea trascendente, sino del hecho de que todas las personas quieren ser felices sin perjuicio de concepciones religiosas o metafísicas.

De esta manera, para Williams (1993) tal búsqueda de la felicidad no presenta problemas de subjetividad, en el entendido de que otras personas consideren que su finalidad

no es compartida o que puedan generarse conflictos por los diferentes intereses humanos. Desde esta perspectiva el utilitarismo persigue un fin absolutamente razonable (p. 97).

Pero ese entendimiento del problema también es cuestionable dado que el utilitarismo no es una teoría de la búsqueda de la felicidad, sino de la maximización del bienestar común del cual la felicidad (la cual también es subjetiva y depende de la percepción humana) es sólo una de tantas variables posibles. Así las cosas, aunque Williams, y en general todos los utilitaristas, apelan a las bondades del pensamiento utilitario debido a la flexibilidad de establecer las premisas sobre las cuales se practica el cálculo de intereses (porque no existe una escala de fija de valores, sino que esto depende del análisis concreto derivado de las circunstancias y elementos de cada caso en concreto), puede efectuarse una crítica en el sentido en que la maximización no sólo constituye una metodología o un medio para cumplir con el ideal utilitario, sino que, a su vez, es la finalidad del mismo. Por tanto, la maximización de la utilidad no es un medio para alcanzar la felicidad o el bienestar común, sino que este incremento de la utilidad es en sí mismo una meta.

Sin embargo, a pesar las críticas que puedan surgir de la dificultad de la doctrina utilitaria para establecer diferencias entre medio y fin del incremento de la utilidad, así como de los problemas que surgen cuando se pretende defender que tal doctrina no tiene elementos dogmáticos o transcendentales, el pensamiento de Williams, y en general de los utilitarios, aporta algo valioso para nuestro objeto de estudio, esto es: que no toda teoría que pretenda maximizar el bienestar humano debe estar permeada por una concepción específica del bien, una doctrina religiosa o por elementos míticos.

Resulta claro que el utilitarismo al final no resulta ser el mejor ejemplo de inclusión o de respeto por los pensamientos divergentes, propios o autónomos de las comunidades o de las personas, pero la doctrina utilitaria aporta elementos importantes sobre la necesidad de tener en cuenta que piensan las personas y analizar sus intereses, a pesar de ser contrarios a las ideas hegemónicas o contra mayoritarias. De esta manera, esta forma de percibir la justicia nos genera dudas razonables e inquietudes sobre los elementos que deben tenerse en

cuenta para fundamentar la obligación de prestar ayuda a los demás, específicamente para cuestionarnos si tenemos la obligación como sociedad de garantizar un derecho a la asistencia sanitaria.

## 3. Análisis crítico sobre el respeto a las preferencias personales

> *"El único propósito con vistas al cual se puede ejercer de derecho el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es impedir que se dañe a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es justificación suficiente".*
>
> Stuart Mill, *Sobre la libertad,* 2013: 9.

> *"Parece que los utilitaristas no se oponen al derecho fundamental de igual consideración y respeto, sino que, por el contrario, lo encarnan, porque tratan los deseos de cada miembro de la comunidad de forma pareja con los deseos de cualquier otro, sin bonificación ni descuento que refleje la opinión de que ese miembro es más o menos digno de consideración que cualquier otro, ni sus opiniones más o menos dignas de respeto".*
>
> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio,* 2007: 391.

En el pensamiento utilitario todas las personas son dignas de consideración y respeto, razón por la cual sus deseos y preferencias valen lo mismo. Sobre el particular Williams (1993) afirma que el utilitarismo estandariza el cálculo de intereses pues independientemente de las barreras sociales y económicas que separan a la humanidad todos valen lo mismo, dado que "los distintos intereses de las distintas partes, y las distintas clases de demandas que actúan sobre una de las partes, pueden todos (en principio) ser convertidos a la misma moneda, en términos de felicidad" (p. 98).

Como lo precisa Kymlicka (1995), haciendo referencia a Bentham, el utilitarismo propugna por una ética de la igualdad en el tratamiento de las preferencias personales pues exige que a cada individuo se les cuente como a uno porque nadie es más que uno. Por tanto, desde esa escuela de pensamiento "la razón por la cual deberíamos conceder igual importancia a las preferencias de cada persona sería que de ese modo tratamos a las personas como iguales, con igual consideración y respeto" (p. 45).

Para esta teoría, todos los seres humanos valen por igual, ricos o pobres, grandes o pequeños, todos conforman al conjunto de la sociedad y las preferencias de cada uno sólo resultan significativas en la medida que aportan en la suma agregada de deseos de la comunidad. De hecho, desde una perspectiva utilitaria la sociedad no permitiría valorar como superior el pedido para la atención en salud que realizara el dueño de una compañía, frente al que efectuare alguien que no tenga más ingresos que aquellos que le reporta la caridad ajena (Ruiz Rivera, 2014, pág. 97).

Sin embargo, surge la duda en relación con la legitimidad de los intereses de las personas. Este constituiría un paso previo al análisis de los intereses que válidamente pueden entrar a formar parte del cálculo, pero que resultó importante a medida que utilitarismo fue creciendo como teoría política. Así, de la poca importancia atribuida a los intereses perseguidos por las personas se pasó a un utilitarismo que incorporaba elementos morales tanto en las preferencias legítimas de cada individuo, como en la utilidad. En consecuencia, en su evolución, el pensamiento utilitario estableció como premisa que las preferencias individuales debían ser moralmente correctas, pues de otra forma la suma de estas no incrementaría el bien común.

En criterio de Sandel, la debilidad más evidente del utilitarismo, es que se preocupa demasiado por la suma de satisfacciones, sin tener en cuenta que ello puede pisotear derechos y personas individuales. Así las cosas, en el cálculo utilitario las personas importan, pero solo porque sus preferencias individualmente consideradas deben contarse junto con los de todos los demás. Por tanto, según esa doctrina se podría sancionar formas de tratar personas que violan lo que consideramos normas fundamentales de la decencia y respeto, pero no por su valor intrínseco, sino porque en el cálculo utilitario ello podría tener un mayor peso, incluso que los propios derechos (Sandel, 2009, pág. 37). Para ilustrar este argumento Sandel expone que lo sucedido en la antigua Roma brindaba un ejemplo concreto del cálculo utilitario, sobre un bien común entendido como la preservación del orden, de las buenas costumbres o de la disuasión del comportamiento violento, como puede observarse a continuación:

> “En la antigua Roma, arrojaron cristianos a los leones en el Coliseo por la diversión de la multitud. Imagínese cómo el cálculo utilitario diría: Sí, el cristiano sufre un dolor insoportable mientras el león lo machaca y lo devora. Pero piensa en el éxtasis colectivo y los vítores de los espectadores que llenaban el Coliseo. Si suficientes romanos sentían suficiente placer del espectáculo violento ¿hay alguna base sobre la cual un utilitarista puede condenarlo? El utilitarista podría preocuparse de que tales juegos debiliten los hábitos y engendrar más violencia en las calles de Roma; o provocar miedo entre las posibles víctimas de que ellos también podrían ser desechados algún día a los leones. Si estos efectos erna lo suficientemente malos, posiblemente podrían superar el placer que brindaban los juegos y con ello dar a los utilitarios una razón para prohibirlos. Pero si estos cálculos son las únicas razones para desistir de someter a los cristianos a una muerte violenta por el bien del entretenimiento ¿no falta algo de importancia moral?” (Sandel, 2009, págs. 37-38).

Rawls (1980) profundiza sobre ese asunto y presenta una crítica en el sentido de indicar que la persecución o la materialización de algunas preferencias pueden parecer irrazonables desde el punto de vista de la justicia, aunque no lo sean desde el punto de vista de la utilidad individual (p. 528-530). Este problema no es asunto nuevo pues fue objeto de estudio por parte Mill (1863) quien propuso como solución que se desarrollaran instrumentos para que los miembros de la sociedad tuvieran información precisa sobre las acciones que pueden realizar de manera libre, algo así como un catálogo de comportamientos morales cuya ejecución devendría en su beneficio. Aunado a ello, consideró que la información sobre las acciones permisibles era una condición necesaria para igualar a las personas darles el mismo trato.

En criterio de varios autores (entre estos Sandel), el argumento de Mill sugiere una concesión a favor de una doctrina de los derechos, una premisa que desdibuja la idea básica

del utilitarismo trazada por Bentham, según la cual no puede anteponerse los intereses de una persona frente a los intereses de la comunidad. Sobre el particular Sandel (2009) afirma que Mill afirma la idea de la existencia de derechos individuales, aunque fundada sobre razones utilitarias y no trascendentales. Así las cosas, la justicia tendría lugar no por un sentido último de lo correcto, sino porque maximiza la utilidad social.

A partir de ello, Sandel considera que en Mill la justicia es un nombre para algunos requisitos morales que colectivamente consideramos que tienen una posición más elevada en la escala de utilidad social y que resultan mandatorios frente a otros. En consecuencia, la justicia es sagrada y tiene un lugar preponderante y privilegiado que no se puede intercambiar fácilmente por otro tipo de bien o de valor. Sin embargo, tal argumento obedece a una razón utilitaria porque el respeto de algunos derechos individuales deviene en la maximización de beneficios en el largo plazo. De esto se desprende la apreciación que efectúa Sandel (2009) sobre la discordancia de la teoría de Mill. Sobre el particular afirma: "¿Es esto convincente? ¿O está Mill en realidad, sin admitirlo, saliendo de consideraciones utilitaristas en argumentar por cualitativamente más elevados placeres y por una sagrada o especialmente importante concepción de derechos individuales? (Lecture 4).

Es por ello que con Mill estamos *ad portas* de una visión diferente del utilitarismo, la cual establece límites concretos a la facultad de adoptar decisiones en los derechos individuales y en un núcleo básico de garantías que no están sujetas a transacción alguna, dado que la disposición sobre estas devendría en una reducción drástica del bienestar común, en términos de reducción de la utilidad.

Desde esta perspectiva se puede concluir que en esta versión del utilitarismo (i) las personas importan de modo igual; (ii) con el propósito de garantizar la imparcialidad y adoptar las decisiones que reflejen un mayor resultado en la suma agregada de preferencias, resulta indispensable que se otorgue la misma importancia y peso a los intereses de cada persona, y; (iii) las acciones moralmente correctas desarrollan al máximo la utilidad, toda

vez que los individuos sólo pueden perseguir las preferencias morales (Ruiz Rivera, 2014, pág. 97).

Sin embargo, aunque las reglas expuestas permiten comprender la forma en la que se adoptan decisiones desde la teoría utilitarista quedan aspectos sin resolver en su propia formulación. Si se tiene en cuenta que las preferencias que se deben perseguir son aquellas que resultan moralmente correctas, resulta evidente que no existe un consenso social sobre la pertinencia de nuestras acciones e incluso sobre el concepto de moralidad. Esto termina atentando contra los postulados básicos del utilitarismo, dado que en realidad no se da igual valor a las preferencias de los demás, sino que un grupo de individuos establece qué preferencias tienen mayor peso en un análisis comparativo necesario para elegir una u otra alternativa. Tal vez, en un intento por resolver esta crítica, Kymlicka (1995) expone que las preferencias a las que se refiere la teoría utilitaria

> "no definen aquello que es bueno para nosotros. [Sino que] es más adecuado decir que nuestras preferencias representan predicciones sobre lo que es bueno para nosotros. Queremos tener aquello que vale la pena tener, y nuestras preferencias reflejan nuestras creencias respecto de que cosas vale la pena tener. Pero no siempre es fácil decir qué es ello, podría ser que nuestras creencias fuesen erróneas" (p. 27).

A partir de ello, consideramos acertada la crítica formulada por Kymlicka, en el entendido de que el utilitarismo en realidad no tiene en cuenta los intereses de cada individuo y por ello no les presta igual consideración. Incluso el utilitarismo no considera problemático si en determinados momentos se desconocen los acuerdos democráticos (incluso si tienen por objeto la protección de garantías fundamentales), pues sólo tiene en cuenta si tal curso de acción tuvo un resultado positivo en la utilidad o bienestar general, sin prestar atención a consideraciones sobre procesos históricos que han establecido derechos y límites al ejercicio del poder.

Nussbaum tiene una aproximación parecida al problema del utilitarismo pues considera que a pesar de tener como bandera la importancia de las personas, en el fondo estas no les importan tanto como su pretensión de obtener un único indicador que ignora y desecha lo que las personas hacen, para poder tener una vida que valga la pena (Nussbaum, 2012, pág. 74). Tal como lo expone tal forma de pensar de Bentham se debía a que no tenía simpatía por muchos sentimientos naturales y, de manera más peyorativa, que era un hombre sin imaginación para comprender que quieren los seres humanos en sus vidas (p. 74). Al respecto trae a la discusión un párrafo que le dedicó Stuart Mill a su maestro, en su obra *Bentham*:

> "no tenía simpatía por muchos de los sentimientos más naturales y más fuertes de la naturaleza humana; era totalmente ajeno a muchas de sus experiencias más importantes; y la facultad por la cual una mente entiende a otra diferente […] le fue negada por su falta de imaginación" (Mill, 1993, pág. 38).

En sentido estricto, el utilitarismo parte de una igualdad en el valor que tienen las personas en la suma agregada necesaria para legitimar las acciones, esto es, en un sentido formal para un proceso democrático de elección. Las personas son igual, según el utilitarismo, porque aportan en la misma medida al conteo de votos para elegir que curso de decisión debe adoptar el gobierno. Así, la lógica utilitaria no percibe al ser humano como un fin en sí mismo, sino como un medio necesario para legitimar las decisiones mayoritarias. Por tanto, no resulta desacertado clasificar a esta escuela de pensamiento como el movimiento político de la mayoría, lo cual puede llegar a desconocer derechos de las minorías o establecer un programa de discriminación basado en el bienestar general.

Los cálculos basados en el interés general afectan de manera significativa la legitimidad de un derecho a la atención sanitaria. Los planes de beneficios, invocando el interés común, excluyen a sujetos cuya diversidad funcional requiere de atención especial o más costosa que el promedio. En este punto resulta importante la crítica presentada por Sandel (2008) a la doctrina utilitaria, y más concretamente a la idea de las compañías y los

gobiernos de asignar valor monetario a determinadas decisiones e incluso a la vida humana, bajo lo que se conoce como análisis de costo beneficio. Para desarrollar esta premisa expuso:

> "recientemente en la República Checa hubo una propuesta para aumentarle los impuestos a los cigarrillos Philip Morris. La compañía encargó un estudio y análisis de los costos y beneficios de fumar en la República Checa y lo que su análisis de costos y beneficios encontró fue que el gobierno ganaba cuando los ciudadanos checos fumaban. Ahora, ¿cómo gana? Es cierto que hay efectos negativos en las finanzas públicas del gobierno Checo porque los costos de salud aumentan por la gente que desarrolla enfermedades asociadas con los cigarrillos, pero, por otro lado, hubo efectos positivos, en su mayor parte, ingresos por los impuestos que el gobierno impone a la venta de cigarrillos, y también por ahorros en el cuidado de salud público cuando la gente se muere en temprana edad, ahorros en los pagos de retiro y pensiones, ya que no tienen que pagar pensiones por tanto tiempo, y también ahorros en costos de vivienda para los envejecientes. Cuando todos los costos y beneficios se sumaron el estudio de Phillip Morris encontró que había un ingreso neto en las finanzas públicas de la República Checa de 147 millones de dólares y tomando en cuenta los ahorros en vivienda y salud y pensiones el gobierno disfruta un ahorro de sobre 12,000 dólares por cada persona que muere prematuramente por fumar" (Sandel, Justice, 2008, pág. Lecture 3).

En nuestro criterio el argumento que expresa que en el utilitarismo todos valen lo mismo en realidad no es conflictivo, pues la opinión de cada persona cuenta como una unidad en el cómputo que se realiza sobre la actuación que la comunidad considera que le reporta mayor beneficio. El problema real constituye en que el utilitarismo (como se expuso con anterioridad) es incompatible con la idea de los derechos de las personas, los cuales no son incorporados como restricciones para la formulación de preferencias y a partir de ello se adoptan decisiones que inevitablemente son reflejo de un pensamiento mayoritario que no tiene en cuenta garantías básicas.

Como reacción a esto, la versión del utilitarismo denominada utilitarismo de las reglas considera que pueden establecerse restricciones morales en la suma de intereses, pues ello redunda en un aumento del bienestar social. Sobre el particular Harsanyi (1985) considera que la sociedad en general pierde si adopta una regla que permita romper las promesas o discriminar a los grupos impopulares, incluso si al momento de decidir ello consideramos que se incrementa algún tipo de utilidad, pues inevitablemente generará la pérdida de confianza en las instituciones, en los derechos y en las personas, aspectos que también deberían formar parte del cálculo utilitario (p. 115-127).

Desde esta perspectiva no se podría negar a las personas asistencia sanitaria en casos de tratamientos vitales, con fundamento en su alto costo, en una decisión democrática, o en cualquier tipo de argumentos que pretendan desconocer el derecho fundamental a la vida, por considerarse un límite moral al incremento de la utilidad social. Sin embargo, en nuestro criterio, ello desconoce la idea misma del utilitarismo su apelación por los intereses de cada persona y termina transformándolo en algo que es diametralmente opuesto de su idea inicial, incluso termina adoptando ideas trascendentales sobre el bien y sobre lo correcto. Aunado a ello, Sen (2000) considera que el enfoque utilitarista presenta los siguientes problemas:

1. *Indiferencia hacia la distribución*, dado que en los cálculos utilitaristas sólo piensan en la suma total de felicidad, pero no en la concentración de esta en pocos sujetos, incumpliendo de esta manera su promesa inicial de igual consideración por todas las personas.

2. *Desinterés por los derechos y libertades*. En criterio de Sen esto resulta problemático, pues la suma agregada de beneficios, que no tiene en cuenta la distribución puede llegar a generar que algunas personas perciban algún grado de utilidad e incluso se desconozcan garantías básicas por no generar utilidad en la suma total de beneficios. Sobre el particular afirma: “Es bastante razonable tener en cuenta la felicidad, pero no tenemos por qué querer ser esclavos felices o vasallos locos de alegría” (p. 85).

3. *Adaptación y condicionamiento mental*. Sobre el particular considera que este es uno de los principales problemas de la teoría utilitarista dado que la suma agregada de utilidades no tiene en cuenta que las personas pueden llegar a aceptar privaciones desproporcionadas para recibir una utilidad que consideren factible, lo cual genera más precariedad en su posición pues no pueden transformar las utilidades percibidas como lo hacen otros.

Así las cosas, bienes como la educación pueden llegar a ser sacrificados por otros como el vestuario y la alimentación, e incluso algunos que sean de carácter suntuoso si ello suma en mayor proporción a la felicidad en general, sin tener en cuenta que la formación académica proporciona criterio a las personas para que decidan la vida que quieren vivir e incluso establecer mejores evaluaciones para mejorar la utilidad o para preferir otros bienes (p. 86).

De esta manera, los razonamientos utilitarios pueden ser calificados como totalizantes, pues parten de una supuesta legitimidad en la adopción de decisiones por el hecho de haber sido adoptadas por la mayoría, sin tener en cuenta la autonomía y la particularidad del ser humano, su cosmovisión, proyecto de vida, creencias e ideología.

Las implicaciones del utilitarismo no se resumen a discrepancias académicas en el terreno de la filosofía política, sino que tienen serias repercusiones en la práctica y formulación de políticas públicas y en el reconocimiento de derechos. La amenaza a concepciones particulares sobre la salud como proceso relacional, a las diferentes formas en las que las sociedades enfrentan fenómenos como la enfermedad, la vida o la muerte, son claros insumos para realizar una fuerte crítica al utilitarismo como criterio para asignar derechos. La marginalización de sociedades indígenas, o comunidades históricamente excluidas, se acentúa con la exclusión de las prácticas y saberes ancestrales en procura de garantizar el bienestar general o maximizar los recursos del sistema de salud.

Si bien la defensa de los recursos públicos es una preocupación latente en un sistema con recursos finitos, es pertinente preguntarse cuál es el concepto de salud que se pretende defender desde los entes gubernamentales o desde los prestadores de tal servicio. Incluso es necesario cuestionarse cuál es la vida que vale la pena vivir. Nosotros defendemos en esta tesis que la salud es un medio para lograr la libertad, pero ello no implica que deban soslayarse las libertades básicas de las personas, aquellas relacionadas con su posibilidad de autodeterminarse y adoptar decisiones propias, basados en información suficiente para adoptar el plan de vida de su escogencia.

Si bien los retos actuales del derecho a la salud, requiere la adopción de conciencia todas las mujeres y hombres en este preciso momento histórico, no pueden adoptarse posiciones que fomenten el sacrificio de las libertades conseguidas a través complejos procesos sociales resultado de luchas entre dominados y dominadores, propietarios y excluidos. A pesar de ello, reconocemos importantes aportes del utilitarismo en la construcción de una teoría de la justicia, como (i) la búsqueda de la maximización del beneficio de la sociedad y; (ii) la imparcialidad en la búsqueda de satisfacción de intereses individuales sin hacer distinción alguna por razones de clase, ingresos, estatus social, etc. Sin embargo, reiteramos que disentimos en la manera en que se propone lograr estos propósitos y como se instrumentaliza al hombre para el beneficio común.

# II. LIBERALISMO

> *"Nada es más fértil en prodigios que el arte de ser libre, pero nada es más arduo que el aprendizaje de la libertad… La libertad, generalmente, se establece con dificultades, en medio de tormentas; viene precedida por discordias civiles y sus beneficios no pueden conocerse hasta que se hacen viejos".*
>
> Alexis de Tocqueville, *La democracia*, libro II, parte segunda, capítulo 14: 55.

Las revoluciones liberales culminaron con el reconocimiento de garantías civiles y políticas a los ciudadanos oponiéndose al ejercicio del poder absoluto por parte del Estado. De esta manera, los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad, al debido proceso, a la propiedad, al voto y a la asociación, fueron incorporados en las constituciones de tendencia liberal y su materialización se convirtió en el origen de la legitimidad del Estado moderno.

Con el desarrollo del capitalismo, los derechos civiles y políticos resultaron insuficientes para responder a las demandas de la población relacionadas con la explotación de la mano de obra, la acumulación y la subsecuente escasez de recursos. En términos prácticos, la desigualdad generada por el modelo económico generó inconformidad en la población, la cual exigió del Estado un papel activo en el mercado para redistribuir los recursos en la población más vulnerable.

Las garantías que surgieron de este proceso fueron denominadas derechos sociales. La lucha por estos derechos se dio en el transcurso del siglo XX. Este período se caracterizó, según (Marshall, 1950, pág. 26) por un crecimiento de la ciudadanía cuyos efectos carecieron de reflejo en la disminución de la desigualdad social. "De ahí que el propósito importante de estos derechos, de acuerdo con el autor, era producir 'un enriquecimiento general del contenido concreto de la vida civilizada, una reducción generalizada del riesgo y la inseguridad, una igualación a todos los niveles entre los menos y más afortunados'. En otros

términos, la igualdad del estatus (más allá de la igualdad de rentas) asumiría un lugar fundamental en su análisis" (Morales, 2015, pág. 62).

Como consecuencia de las demandas sociales, se desarrolló una burocracia sin precedentes que cumplía con la función de administrar recursos públicos y coordinar las instituciones para la redistribución del ingreso que permitiera su funcionamiento y el desarrollo de programas de política pública para la materialización de los derechos sociales de la población menos favorecida. Tal proceso inflacionario del Estado generó una carga impositiva que debía asumir la población, con lo cual emergieron críticas sobre los límites del poder político y la legitimidad del recaudo de recursos públicos para favorecer a los sujetos que no participaban en las transacciones que generaron la riqueza grabada.

Desde una visión utilitaria, este tipo de contribuciones estaban soportadas en el mayor bienestar para el mayor grupo de individuos. La imposición de tributos no era más que una contribución forzosa para garantizar el mantenimiento de las instituciones, sin que ello supusiese un derecho a prestaciones básicas, sino la adopción de decisiones que fomentaran la riqueza y el interés común. En tal escenario surge la propuesta liberal, como una reacción a la escuela utilitaria, teniendo en cuenta que este último desconoce la existencia de unos derechos mínimos que no pueden ser desconocidos aun en beneficio de la mayoría, además de considerar que el beneficio conseguido con la ejecución de una acción o política determinada debe medirse en términos de utilidad y no de libertades alcanzadas, podemos concluir que muchas de las ideas propuestas por los autores liberales constituyen un ataque frontal a la doctrina utilitaria.

El pensamiento liberal no puede ser clasificado como una posición uniforme pues tiene varias vertientes y diferentes formas de concebir el proceso de expansión de libertades en los seres humanos. Sin embargo, destacan dos posiciones sobre el particular cuya relevancia para ser abordadas en este estudio se fundamenta en la importancia que han tenido para la producción de políticas públicas para la afrontar la demanda de servicios de salud, ya

sea como derecho fundamental o como uno relacionado con especificadas condiciones de la persona, como su capacidad económica.

Por lo menos dos corrientes de pensamiento reflejan lo expuesto. De una parte, el profesor F.A. Hayek, es considerado un liberal que minimiza la actividad estatal en los procesos de adjudicación de bienes primarios o en la redistribución de la riqueza por vía impositiva. En la otra orilla, se encuentra la posición del académico J. Rawls quien ve al Estado como una agente de intervención para garantizar que las personas entren al proceso de negociación de bienes con el sistema de libertades más extenso posible, sobre la base de la imparcialidad.

El propósito de este subcapítulo es analizar la primera de estas dos vertientes del liberalismo y mirar las implicaciones que han tenido para la academia y para la creación de un derecho a la salud en su prestación específica de asistencia sanitaria. Con posterioridad se abordará la escuela del liberalismo igualitario desarrollada principalmente por los profesores J. Rawls y R. Dworkin.

# FRIEDRICH HAYEK Y EL ATAQUE A LA JUSTICIA REDISTRIBUTIVA

> *"Sólo el Estado consigue sus ingresos mediante coacción, amenazando con graves castigos a quienes se nieguen a entregarle su parte. A esta coacción se la llama «impuestos», aunque en épocas de lenguaje menos refinado se la conocía con el expresivo nombre de «tributos». La contribución es, pura y simplemente, un robo, un robo a grande y colosal escala, que ni los más grandes y conocidos delincuentes pueden soñar en igualar. Es una apropiación coactiva de las propiedades de los moradores (o súbditos) del Estado".*
>
> Murray N. Rothbard, *La ética de la verdad,* 1995: 227

## 1. La indeterminación de los conceptos que constituyen el programa de seguridad social

Para Friedrich August von Hayek la asistencia pública presenta un problema inevitable: su falta de focalización. En su criterio, es probable que la ayuda destinada a las personas incapaces de atender sus propias necesidades termine en las manos de individuos que en realidad no la requieren. A su vez, considera que genera un incentivo negativo, dado que puede "inducir a determinados individuos a despreocuparse de adoptar ciertas previsiones para hacer frente a estados de emergencia que, sin duda, hubieran podido cohonestar personalmente" (Hayek, 1960 B, pág. 60).

En estricto sentido, asevera que la previsión social (generada para proteger las contingencias de vejez, paro laboral y enfermedad, entre otras) difumina la responsabilidad personal, la cual debería ser imputada a quienes, teniendo la posibilidad de mitigar los efectos de tales problemas, o incluso evitarlos, no adoptaron medidas para tal propósito. Estas reflexiones le llevan a preguntarse si existe injusticia en los sucesos que acaecen a las personas y que comprometen su estabilidad social y económica, incluso en el evento en que no podían ser previstos.

Para el filósofo austríaco, sólo la conducta humana puede calificarse como justa o injusta, por tanto, para valorar si a un hecho se le pueden atribuir tales calificativos deberá analizarse si puede atribuirse a alguien la responsabilidad por la comisión u omisión de una conducta que devino en la consecuencia objeto de valoración. En sus palabras:

> "Aplicar el término «justo» a realidades distintas de acciones humanas o de las normas por las que éstas se rigen implica un error de categoría. Sólo si pretendemos culpar a un Supremo Hacedor tiene sentido calificar de injusto que alguien haya nacido con un defecto físico, contraído una enfermedad o sufrido la pérdida de un ser querido. La naturaleza no puede ser justa ni injusta. Nuestro inveterado hábito de interpretar el mundo físico en una perspectiva animista o antropomórfica a menudo nos conduce a tal abuso lingüístico y nos lleva a buscar un agente responsable de cuanto nos afecta, pero, salvo que creamos que alguien pudo y debió organizar las cosas de otra forma, carece de sentido describir una situación fáctica como justa o injusta" (Hayek, 1973, pág. 220).

Con fundamento en ello, Lessnoff (2001) considera que, incluso en los casos de una economía de mercado que sea producto de las interacciones libres de los sujetos, Hayek considera que no puede afirmarse que tal tipo de economía materializa la justicia o que carece de ella, de manera puntual afirma que:

> "En una sociedad libre, y también en una economía de mercado, no puede surgir ninguna cuestión acerca de la injusticia *social*, ya que la injusticia social significa una distribución injusta de la riqueza, mientras que en una sociedad libre y en una economía de mercado la distribución de la riqueza no puede tener la culpa de un acto injusto, porque no puede tener la culpa de ningún acto. Es, más bien, el resultado no intencionado e imprevisto de innumerables y separados actos de intercambio. Es un rasgo completamente característico

> del mercado, ocasionar resultados en conjunto no previstos ni planeados de antemano, sólo por el hecho de ser un orden social libre y espontáneo. Pero esto no quiere decir que la distribución de la riqueza que produce sea justa o injusta —pues la justicia como la injusticia, es un atributo únicamente de las acciones individuales (de aquellas que se atienen a las normas de conducta justa)—. El uso de palabras como justicia e injusticia referidas a un tipo de distribución que nadie ha creado ni permitido es, se podría decir, un error categorial" (p. 184-185).

En ese sentido, Hayek (1961) considera que el Estado, a pesar de coaccionar el financiamiento de los gastos sociales desde el discurso según el cual las personas deben realizar tales aportaciones en procura de su interés, tiene por objeto real encontrar una fuente de recursos, dado que "los imprevisores pueden convertirse en una carga pública", así, como de manera análoga, "se exige que los conductores de vehículos cubran el riesgo de ocasionar daños a terceros, no en su interés, sino en el de quienes pueden padecerlos por el actuar de los primeros" (p. 61).

En su criterio, tales mandatos se han refinado hasta crear el concepto de "bienestar general" o "el bien público", lo cual tiene por objeto, en principio, que el poder político se ponga en función de intereses particulares, pero que en realidad sirve de sustento a justificar cualquier cantidad de acciones estatales, sobre las que no hay un propósito claro, pero que no pueden ser cuestionadas so pena de hacer uso de los aparatos coercitivos para cumplir con tan nobles y comunes propósitos. Así lo expone Hayek (1973), en su obra Derecho, Legislación y Libertad, al tratar de demostrar que: En una sociedad libre "el bien general consiste principalmente en facilitar la persecución de fines individuales que no se conocen". De manera textual afirma:

> "Uno de los axiomas de la tradición de la libertad es que la coacción sólo es admisible cuando es imprescindible para fomentar el bienestar general o el bien público. Sin embargo, aunque está claro que el énfasis en el carácter

> general común o público de los asuntos que son objeto legítimo del ejercicio que el poder político intenta evitar que se pongan al servicio de intereses particulares, la vaguedad de los distintos términos empleados ha permitido declarar interés general casi cualquier interés y obligar a muchos a perseguir fines por los que no están en absoluto interesados. El bienestar colectivo o bien público se ha mantenido hasta hoy como un concepto bien recalcitrante, resistiéndose a toda definición precisa y, por tanto, susceptible de que se le dé casi cualquier contenido que sugieran los intereses de la clase gobernante". (Hayek, 1973, págs. 187-188)

Aunado a este argumento, Hayek considera un equívoco establecer que determinados intereses son un objetivo que debe perseguir toda la sociedad, pues tal particularismo desconoce los ejemplos históricos en los cuales las sociedades se han opuesto a que algunos grupos promuevan sus propios intereses colectivos. También afirma que puede darse el caso, en que se adopte el extremo opuesto y es definir como interés general todo aquello que decidan las mayorías, pues esto puede desencadenar prácticas confiscatorias y recaudos desproporcionados, que pueden ir en detrimento del bienestar. Así las cosas:

> "El gobierno, al administrar un fondo de recursos materiales que se le ha confiado con objeto de proporcionar bienes colectivos, está por supuesto también él obligado a obrar de forma justa al hacerlo y no puede limitarse a asegurar que los particulares no actúan de forma injusta. En el caso de servicios dirigidos a grupos particulares, la justificación para financiarlos vía impuestos es que sólo así cabe hacer que quienes se beneficien paguen por lo que reciben; de forma similar, la justicia claramente requiere que lo que cada grupo recibe del fondo común sea más o menos proporcional a lo que se le obliga a contribuir a él. Evidentemente hay aquí una mayoría obligada a ser justa y si confiamos decisiones de esta naturaleza a gobiernos democráticos o de mayoría, es porque pensamos que dichos gobiernos tienen más probabilidades de servir al interés público en este contexto. Pero obviamente

sería pervertir ese ideal definir el interés general como aquello que pudiese desear la mayoría" (Hayek, 1973, págs. 192-193).

De esta manera Hayek concluye que la indeterminación de conceptos que articulan el programa de seguridad social facilita la implantación de un discurso que, en nombre del interés común, promueve los objetivos de grupos con intereses que sólo a ellos les competen y benefician. En nuestro criterio, la desconfianza de Hayek hacia los programas de justicia social se encuentra justificada por la situación en la cual escribe sus textos. Sin embargo, tal justificación no implica una aceptación de sus postulados.

El problema con los argumentos de Hayek es que desconoce la existencia de los derechos humanos básicos para poder realizar un ejercicio democrático e incluso para que los ciudadanos puedan entran en el libre cambio de bienes y servicio en situaciones que no sean absolutamente desventajosas. Si bien, la critica que realiza sobre la justicia social tiene la fortaleza de describir de manera contundente la falta de concreción de tal tipo de terminología y las oportunidades que de ello de derivan para que la sociedad asuma como propios los intereses de algunas élites políticas, no debería detenerse en tal aspecto general, sino abordar discusiones específicas sobre derechos concretos. Tal asunto se expondrá a continuación.

## 2. La falacia y deshonestidad del término "justicia social".

> *"la expresión «justicia social» no es, al revés de lo que muchos piensan, una expresión inocente de buena voluntad hacia los menos favorecidos, sino que se ha convertido en una insinuación deshonesta según la cual habría que estar de acuerdo sobre unas exigencias que obedecen a intereses especiales que no pueden justificarse seriamente… Acaso me haya hecho excesivamente alérgico a esta expresión después de haberme esforzado durante mucho tiempo en trazar los efectos ruinosos que la apelación a la justicia social ha tenido sobre nuestra sensibilidad moral, y después de haber encontrado a menudo pensadores eminentes que la emplean sin prestar atención; pero he llegado a la conclusión de que el mayor servicio que aún puedo prestar a mis semejantes es hacer que escritores y oradores se avergüencen y dejen de emplear la expresión «justicia social»"*
>
> Friedrich Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 1973: 298.

Mayor preocupación que la indeterminación de los conceptos referidos genera en el nobel el empleo del término justicia social. En su criterio, este se ha convertido en el argumento de casi toda petición que solicite la acción del gobierno a favor de determinadas colectividades y es tan poderosa la carga valorativa de tal término que su empleo debilita cualquier intento de oposición, sin que haya necesidad de realizar arduos esfuerzos. Hayek ejerce un fuerte ataque al concepto de justicia social no sólo por su indeterminación, sino por su propósito. De manera concreta señala que tal expresión no es una expresión inocente para socorrer a los desfavorecidos, sino que es un concepto indeterminado que obedece a intereses populistas.

De esta manera Hayek (1973) aduce que "la gente puede discutir sobre el hecho de que una medida particular sea o no exigida por la «justicia social» Pero raramente se pone en duda que tal sea el patrón que debería guiar cualquier acción política, y que la expresión tenga un significado preciso. Por consiguiente, en la actualidad acaso no haya movimientos

o personalidades públicas que no se apresuren a apelar a la «justicia social» para apoyar las particulares medidas que patrocinan" (p. 267).

Para Hayek (1973) la palabra social, para referirse la sociedad en general, ha generado que se vincule con los intereses de todos sus miembros, razón por la cual se explica su aprobación moral. En el último cuarto del siglo XIX el término se empleó para referirse a los programas para incrementar el bienestar de las clases menos favorecidas. De manera concreta "la «cuestión social» se planteó como una llamada a la conciencia de las clases adineradas para que reconocieran su responsabilidad por el bienestar de aquellas partes olvidadas de la sociedad que hasta entonces habían tenido poca voz en las decisiones de los gobiernos. La «política social» (o Sozialpolitik, en la lengua del país que entonces lideró este movimiento) se convirtió en la orden del día, el interés principal de la gente de buen corazón y de los progresistas, y de este modo «social» empezó a sustituir cada término como «ético» o sencillamente «bueno»" (p. 282).

Hayek expone que, de manera paulatina, se hizo un llamado a la sociedad para que se ocupara de la situación de los menos favorecidos y para que se hiciera responsable de "la particular situación material de todos sus miembros". De alguna manera se personificó a la sociedad como un sujeto consciente, con características humanas, como aquella de ser capaz de adoptar decisiones con fundamento en principios morales. Aunado a ello, el término social, fue adoptando el carácter de sinónimo de virtud, bondad y guía de acción comunitaria (Hayek, 1973, pág. 282).

De conformidad con Lessnoff (2001), Hayek se opone al término de justicia social, no porque esté a favor de la injusticia social u otra de cualquier tipo, sino debido a la carga valorativa que encierra tal palabra para significar que las personas merecen ayuda y que se debe recompensar a las personas por el hecho de existir, sin tener en cuenta que aportan a la construcción de la sociedad. De manera concreta, Lessnoff afirma que para el nobel:

> "los beneficios del mercado son incompatibles con cualquier modo de proporcionar recompensas en función de los méritos o renuncias, sea lo que sea que se defina por ellos. El mercado no recompensa a los hombres por su virtud ni tampoco por su duro trabajo, sino por el valor económico de sus esfuerzos y contribuciones. Las recompensas del mercado son, o deberían ser, *señales* que indican a los agentes como pueden usar sus habilidades y conocimiento para el mayor provecho general; pero no pueden ser, al mismo tiempo, un reconocimiento del mérito, sea virtud o renuncia" (Lessnoff, 2001, pág. 184).

En criterio de Hayek el peligro que genera el término de justicia social es aún mayor si se tiene en cuenta que un orden económico basado en el mercado no es posible, dado que tal término no tiene significado alguno pues las transacciones libres que se dan entre sujetos libres en tal modelo no admiten un tipo de justicia especial relacionada con la redistribución de rentas a algunos grupos que no participan del proceso de producción de los bienes e incluso de los excedentes. A su vez, porque tratar de implantar el concepto de justicia social implica establecer las proporciones sobre las cuales se realizaría el proceso de redistribución lo que cual demandaría la creación de un órgano que centralice la información y adopte decisiones basado en esta, lo cual no sólo atenta contra las libertades individuales, sino que tiene por objeto el establecimiento de un sistema que pretenda controlar la actividad humana, como aquellos que derivaron en el totalitarismo[33]. Puntualmente expone:

> "Cuanto más los que gobiernan tratan de realizar modelos predeterminados de distribución auspiciable, tanto más tienen que someter a su propio control

[33] Frente a las propuestas que señalan que las libertades individuales pueden convivir con la justicia social Hayek (1973) ejerce una férrea crítica, en los siguientes términos: "no se puede obtener ningún modelo de distribución haciendo que los individuos respeten unas normas de conducta; la consecución de los resultados preestablecidos exige una coordinación intencionada de todas las diversas actividades en consonancia con las circunstancias concretas de espacio y tiempo. En otras palabras, esto impide que algunos individuos actúen basándose en sus conocimientos y en función de sus propios fines, que es lo que constituye la esencia de la libertad, y exige en cambio que tales individuos se vean obligados a actuar del modo que quiere la autoridad planificadora para realizar los fines que ella elige" (p. 288).

> la posición de los individuos y los grupos. Mientras el mito de la «justicia social» gobierne la acción política, este proceso deberá conducir progresivamente a un sistema totalitario" (Hayek, 1973, pág. 269).

De hecho, Hayek considera que la expresión "justicia social" sólo adquiere significado si se está en presencia de una economía administrada en la que no hay lugar a libre elección, por medio de normas de conducta individual, sino que se ordena a las personas todo lo que deben realizar (Hayek, 1973, págs. 269-270). Este tipo de discusión es pertinente, pues la indeterminación de los conceptos genera vacíos normativos que pueden y son llenados por intereses de clase o políticos que redefinen los límites de los derechos. Por su puesto su importancia es relevante, máxime cuando el Estado ejerce la coerción para garantizar la materialización de un programa político con connotaciones económicas.

Sin embargo, la indeterminación de la expresión justicia social puede suplirse en la práctica con la formulación concreta de políticas que correspondan a la materialización de derechos específicos con connotaciones sociales como el derecho a la salud o la prestación de asistencia sanitaria. Es en ese preciso punto, en el cual consideramos que la teoría del profesor Hayek, aunque coherente con la idea que defiende sobre los problemas que implica el establecimiento de una visión ética sobre lo correcto y los deberes de todos los Estados, se queda corta al momento de garantizar prestaciones necesarias para el disfrute de la libertad e incluso para el sostenimiento de un proyecto que permita el libre cambio en el mercado.

Teniendo en cuenta que una de las principales críticas de Hayek hacia el Estado de Bienestar se concretan en la intervención estatal, como un agente externo al mercado que genera la distorsión del mecanismo de precios y con ello de la manera en la que se puede valorar la actividad humana, asume que la planificación para la obtención de recursos necesarios para garantizar programas de asistencia social, fundamentados en derechos de los individuos, entre estos el seguro contra el paro y el servicio de salud, se catalogan en un ejercicio totalitario del Estado.

Mas que un ejercicio de poder totalitario, consideramos que el Estado es un agente que ordena medidas para evitar las distorsiones que se presentan en un mercado que no es de competencia perfecta y en el cual todos los agentes no tienen las mismas oportunidades ni poder de negociación. Hayek reconocerá este tipo de situaciones como se verá más adelante, razón por la cual luce incongruente que se exponga que todo proyecto redistributivo nos acerque al totalitarismo o sea una manifestación de este. En su criterio, el Estado tiene funciones específicas a su cargo, pero estas no pueden trastocar el producto de las interacciones que se dan en el mercado, tal como observaremos en el siguiente apartado.

## 3. El Estado de Derecho, último bastión de la libertad: El establecimiento de la economía planificada como insumo para el totalitarismo.

> *"Es ineludible estudiar los movimientos intelectuales que tan eficazmente han contribuido, durante las últimas dos o tres generaciones, al desprestigio del imperio de la ley, debilitando seriamente —con el descrédito de tal ideal— las fuerzas que se oponen a la reinstauración de los gobiernos tiránicos".*
>
> Friedrich Hayek*, Los fundamentos de la libertad,* 1960
> Tomo I: 401.

*Laissez faire, laissez passer*[34]*,* conjunto de palabras que encierran toda una doctrina. En los inicios del liberalismo clásico se invocaba para evitar la intromisión del Estado en asuntos que se consideraban propios de la esfera individual humana. En materia económica significó la confianza en que el mercado podía regularse a sí mismo, a partir de los intercambios voluntarios y libres regidos por las leyes de la oferta y la demanda, sin intervención estatal.

Contrario a lo que se pueda pensar de una posición libertaria, el pensamiento de Hayek no aboga por el *laissez faire, laissez passer*[35]*,* de hecho, considera que el Estado tiene

[34] Expresión del idioma francés que significa: Dejen hacer. Dejen pasar.

[35] Hayek muestra su desacuerdo con el desentendimiento absoluto del Estado de la actividad económica, pues considera que los individuos deben poder acudir a algún tipo de institucionalidad para hacer efectivos los contratos bajo la amenaza de la coerción legitima. De esta Manera Hayek (1944) expone: "el principio fundamental, según el cual en la ordenación de nuestros asuntos debemos hacer todo uso posible de las fuerzas espontáneas de la sociedad y recurrir lo menos que se pueda a la coerción, permite una infinita variedad de aplicaciones. En particular, hay una diferencia completa entre crear deliberadamente un sistema dentro del cual la competencia opere de la manera más beneficiosa posible y aceptar pasivamente las instituciones tal como son. Probablemente, nada ha hecho tanto daño a la causa liberal como la rígida insistencia de algunos liberales en ciertas toscas reglas rutinarias, sobre todo en el principio del laissez-faire" (Hayek F. A., 1944, págs. 60-61).

una importante función reguladora en la construcción de las condiciones necesarias para el libre mercado que jamás podrán ser suplidas por la iniciativa privada:

> "El funcionamiento de la competencia no sólo exige una adecuada organización de ciertas instituciones como el dinero, los mercados y los canales de información —algunas de las cuales nunca pueden ser provistas adecuadamente por la empresa privada—, sino que dependen sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado, de un sistema legal dirigido, a la vez, a preservar la competencia y a lograr que esta opere de la manera más benéfica posible" (Hayek, 1944, pág. 87).

Si bien las fuerzas espontáneas de la sociedad pueden crear infinidad de posibilidades de oferta y demanda, es necesario un marco de confianza en el que se puedan dar los intercambios. Sin embargo, el papel del Estado como detentador del monopolio de la fuerza debe ser mínimo y condicionado a lograr las condiciones propicias para que los individuos den vida a la actividad económica. Debido a ello, considera que un Estado que vaya más allá del establecimiento de las condiciones básicas para el ejercicio de la competencia, adoptando medidas para intervenir el mercado con el propósito de promover la igualdad material, resulta contrario al Derecho.

Tal como lo expone Lessnoff (2001) tan sólo una forma de igualdad merece un trato favorable para Hayek: aquella que se da ante la ley y que propugna por el establecimiento de normas que se aplican de manera imparcial a todas las personas. Así, en relación con la igualdad económica Lessnoff expone que "es claramente incompatible con la economía de mercado defendida por Hayek, que funciona recompensando a unos más que a otros, y a otros, en absoluto" (p. 182).

En criterio de Hayek, la creación de privilegios para determinados sectores de la sociedad encierra el peligro del gobierno arbitrario, pues la actividad legislativa deja de tener como propósito el establecimiento de normas de carácter impersonal, básicas para garantizar

la libertad y, en su lugar, se establecen normas privadas que tienen por objeto regular cada aspecto del comportamiento humano (Hayek, 1944, pág. 114). Así las cosas, las normas de planificación de la economía, que por su naturaleza van más allá de los poderes que debe tener un Estado, fomentan un trato desigual y arbitrario sobre los ciudadanos, además de tener contenidos que se fundamentan en las particulares concepciones de justicia inmersas en el aparato estatal[36].

Abandonar las libertades que se fundamentan en las leyes impersonales, en las cuales no se establecen las consecuencias de antemano, sino que se producen por el comportamiento de los sujetos, los incentivos, los indicadores como los precios, e incluso la fortuna, deviene en el incremento de los poderes del Estado y en el abarcamiento por parte de este, de todas las actividades e interacciones de los administrados. Estas condiciones, asevera, dieron lugar a los regímenes totalitarios. De esta manera, el establecimiento de reglas de juego que permitan la aplicación de la ley de forma general, sin que su aplicación se suspenda de manera arbitraria debido a consideraciones particulares del bienestar, es una condición necesaria para la libertad. En ese sentido considera que: "el hombre es libre si sólo tiene que obedecer a las leyes y no a las personas" (Hayek, 1944, pág. 145).

Sobre la base de esos argumentos, Hayek considera que el establecimiento de normas que permitan la libre competencia, que respeten la esfera privada del individuo y que garanticen el trato igual de las personas ante la ley, se dan en un lugar: el Estado de Derecho. En su criterio, este modelo de estado garantiza la libertad, pues lejos de pretender que todo sea regulado por la ley implica que "el poder coercitivo del Estado sólo puede usarse en casos definidos de antemano por la ley, y de tal manera que pueda preverse como será usado". De

[36] Hayek (1944) establece una excepción para el establecimiento de normas de planificación económica: aquellas que permiten la competencia. Al respecto señala: "(…) la planificación y la competencia sólo pueden combinarse para planificar la competencia, pero no para planificar contra la competencia. || Es de la mayor importancia para la comprensión de este libro que el lector no olvide que toda nuestra crítica ataca solamente a la planificación contra la competencia; a la planificación encaminada a sustituir a la competencia. Ello es de la mayor importancia, dado que no podemos, dentro del alcance de este libro, entrar a discutir la indispensable planificación que la competencia requiere para hacerse todo lo efectiva y beneficiosa que puede llegar a ser" (p. 92-93).

esta manera, "[e]l Estado de Derecho implica, pues, un límite al alcance de la legislación. Restringe ésta a aquella especie de normas generales que se conoce por ley formal, y excluye la legislación dirigida directamente a personas en particular o a facultar a alguien en el uso del poder coercitivo del Estado con miras a esa discriminación" (Hayek, 1944, pág. 147).

Sin embargo, a pesar de la confianza que Hayek deposita en la ley, no tiene igual sentimiento por el Legislador y por tanto deben establecerse límites al ejercicio de sus amplias facultades. En ese sentido, considera que el contenido sustantivo de las normas debe obedecer a un propósito práctico: la defensa de la libertad. Sobre el particular Lessnoff (2001) afirma que Hayek considera que el proceso de creación de leyes ha convertido a los individuos en objetos de la administración, razón por la cual:

> "la libertad individual en la sociedad moderna, para Hayek, ha sufrido seria y, en ocasiones, gravemente por esta tendencia que, en su peor momento, tuvo su culminación en los totalitarismos nazi y soviético. No ha sido un accidente, dice Hayek, que los ideólogos soviéticos hayan expresado a menudo su preferencia más por la administración que por la ley. Pero Hayek cree incluso que filosofías bienintencionadas y aparentemente inofensivas, como el 'socialismo democrático' también albergan la misma lógica totalitaria" (Lessnoff, 2001, págs. 181-182).

Desde ese punto de vista, toda norma debe cumplir con los propósitos del Estado de Derecho, pues de otra forma se estaría ante un cumplimiento ciego de las leyes sin importar si las mismas atentan contra su razón de ser. Así las cosas, no todos los actos amparados por una norma son una manifestación del Estado de Derecho, pues a partir de ello se legitimarían los regímenes que pretenden establecer la coerción desmedida en detrimento de la libertad. Por tanto, no puede confundirse la igualdad formal ante la ley, aspecto estrictamente procedimental, como un insumo necesario para las garantías básicas, con legitimar cualquier tipo de disposición por emanar de la autoridad legítimamente investida para su producción.

De esta manera, asevera que, a pesar de la idea de soberanía popular[37], así como la de gobierno democrático, el poder legislativo tiene límites, pues de otra manera, por la vía de la legalidad se legitimarían las acciones que llevaron a la constitución de los regímenes totalitarios. Sobre el particular aduce:

> "La idea de que no existe límite para el poder del legislador es, en parte, un resultado de la soberanía popular y el gobierno democrático. Se ha reforzado con la creencia en que el Estado de Derecho quedará salvaguardado si todos los actos del Estado están debidamente autorizados por la legislación. Pero esto es confundir completamente lo que el Estado de Derecho significa. Éste tiene poco que ver con la cuestión de si los actos del Estado son legales en sentido jurídico. Pueden serlo y, sin embargo, no sujetarse al Estado de Derecho. La circunstancia de tener alguien plena autoridad legal para actuar de la manera que actúa no da respuesta a la cuestión de si la ley le ha otorgado poder para actuar arbitrariamente o si la ley le prescribe inequívocamente lo que tiene que hacer. Puede ser muy cierto que Hitler obtuviera de una estrictamente constitucional sus ilimitados poderes y que todo lo que hace es, por consiguiente, legal en el sentido jurídico. Pero ¿Quién concluiría de ello que todavía subsiste en Alemania un Estado de Derecho?" (Hayek, 1944, pág. 145).

Estas premisas llevan a Hayek a concluir que el Estado de Derecho es incompatible con una sociedad planificada, pues a pesar de la legalidad de los actos que puedan emanar de ella, existe un uso arbitrario de los poderes coercitivos del Estado para instituir el direccionamiento de la actividad económica por parte del gobierno. También le llevan a pensar que todo Estado que ejerza su poder coercitivo con propósitos redistributivos o con el

[37] Lessnoff (2001) considera que el asunto de las formas de gobierno fue un tema de suma preocupación en las últimas etapas del pensamiento de Hayek, específicamente lo que él denomina: el problema de la democracia. Sobre el asunto expone: "Aunque es un defensor de la democracia, Hayek no es partidario del 'gobierno de la mayoría'. De hecho, él rechazará la 'soberanía del pueblo' al rechazar toda soberanía como incompatible con la libertad individual y el gobierno de la ley" (p. 189).

propósito de establecer monopolios para la prestación de determinados servicios, constituyen el camino de servidumbre, a la esclavitud del ser humano en nombre de una supuesta igualdad material.

Aunque consideramos que Hayek tiene razón al exponer que las revoluciones liberales y el Estado de Derecho tienen implícita la idea de los límites al poder temporal nos alejamos de su línea de pensamiento en relación con sus aseveraciones sobre la planificación estatal y el aprovisionamiento de recursos como un indicio de totalitarismo, pues si bien en este puede existir un manejo planificado de la economía, no puede establecerse como máxima que toda planificación económica implique la presencia de un Estado totalitario. Incluso vale la pena preguntarse si el asunto del Estado totalitario no desdibuja la discusión, cuando en realidad uno podría concretarla a la asunción por parte del Estado de los gastos derivados del reconocimiento de derechos básicos como la asistencia sanitaria.

La crítica que realizamos a la teoría de Hayek en este punto se explica porque independientemente de los peligros que entraña el totalitarismo y, en gracia de discusión, los peligros que entraña la planificación estatal económica, el asunto es sobre el reconocimiento de derechos básicos que implican subsidios, aun en el Estado de Derecho. En nuestra forma de ver, la discusión presentada por Hayek deja de esta estudiar con profundidad tal asunto y su respuesta deja entrever que la denegación de derechos que impliquen prestaciones económicas no es un asunto que importe mucho al proyecto liberal, como se tendrá oportunidad de observar en los siguientes capítulos.

## 4. La actividad monopolística del Estado en la prestación de servicios sociales encubre un propósito redistributivo ilegítimo

> *"Cuanto más gasta el gobierno, menos pueden gastar los súbditos. No hay fórmula mágica alguna que permita la financiación autónoma de las obras públicas. Se pagan éstas con fondos detraídos íntegramente a las gentes".*
>
> Ludwig von Mises*, La acción humana, 1986: 959.*

El establecimiento de algunos valores como fines últimos en defensa del interés general constituye gran parte de las críticas de Hayek al concepto de previsión social. En su criterio, conceptos como bienestar general, bien público y justicia social han sido incorporados en el sistema de valores hasta lograr su arraigo en la sociedad al punto que algunos de los más conspicuos partidarios de la libertad, inclusive, consideran justificado, deseable y necesario, que se obligue a los individuos a aportar para lograr su consecución, pues únicamente de esa manera podría protegerse contra las consecuencias que se derivan de la extrema miseria propia como la del prójimo (Hayek, 1960 B, págs. 61-62).

No obstante, la coacción para proveer recursos con el propósito de afrontar las contingencias generadas por hechos desafortunados no es lo inquieta a Hayek (dado que este tipo de instituciones fueron creadas por iniciativa de los trabajadores en Gran Bretaña y Alemania —alrededor del año 1880—, para protegerles de los riesgos asociados con la producción), sino la obligación de aportar a una organización única encargada de la administración de los recursos controlada por el Estado (p. 62). En ese sentido, Hayek no se opone a las organizaciones sociales, sino a "la tentativa de organizar la sociedad como una totalidad, así como a la idea de que todo orden social, o todo orden social válido, deba tener la forma de una organización social" (Lessnoff, 2001, pág. 171).

A partir de ello se pueden comprender las razones que llevan a Hayek a formular fuertes críticas contra el monopolio de prestación de servicios de asistencia pública, dado

que, en su criterio, es un instrumento innecesario, ineficiente, ilegítimo y sobre todo inoperante frente a las circunstancias cambiantes del mercado, pues debido a la naturaleza de este deben adoptarse decisiones en cada momento debido a sus fluctuaciones y no someterse a planes prestablecidos que no tienen en cuenta las señales de riesgo que se presentan al momento de ejecutar una política pública. Sobre ello asevera:

> "La exigencia de «justicia social» se dirige no al individuo sino a la sociedad -pero la sociedad, en sentido estricto, es decir como distinta del aparato de gobierno-es incapaz de obrar por un fin específico, y la exigencia de «justicia social» se convierte por tanto en una exigencia dirigida a los miembros de la sociedad para que se organicen de tal modo que puedan asignar determinadas cuotas de la producción social a los diferentes individuos y grupos. La pregunta fundamental, pues, es la de si existe el deber moral de someterse a un poder que pueda coordinar los esfuerzos de los miembros de la sociedad en orden a obtener un modelo de distribución particular, considerado como justo" (Hayek, 1973, pág. 262).

Las críticas sobre un modelo monopólico y planificado permiten distinguir uno de los baluartes del nobel, su teoría del orden espontáneo, la cual es diametralmente opuesta a aquella que propugna por una detallada planificación estatal. Contrario a lo propugnado por Keynes, Hayek considera que, aunque es posible establecer un plan para llevar a cabo un determinado programa económico, debe tenerse en cuenta que el mercado es un mecanismo poderoso para indicar la necesidad y la calidad de un producto (en el caso de la seguridad social una prestación), a partir de las decisiones libres de las personas que intervienen en el mismo, razón suficiente para cambiar la agenda prestablecida cuando las circunstancias lo demanden.

Para Hayek, con el pretexto de lograr objetivos sociales rápidamente, se adoptan decisiones por parte de un órgano central que, en principio, parecen eficientes, pero en

realidad distorsionan el mercado y no permiten ver señales que generarían correcciones sobre la manera en que se presta un servicio, en sus palabras:

> "Para el reformador impaciente a quien tan sólo sosiega la inmediata supresión de todos los males evitables, la creación de un solo organismo con poder total de acción, dentro de los límites de lo posible, aparece como el único sistema idóneo. A la larga, sin embargo, el precio que hay que pagar, incluso si se descuentan los éxitos conseguidos en un determinado sector, puede ser muy alto. El limitarse a un solo y amplio organismo porque la cobertura inmediata que brinda es más grande, puede muy bien impedir la evolución de otras organizaciones cuyas eventuales contribuciones a la beneficencia tal vez hubiera sido mayores" (Hayek, 1960 B, pág. 64).

En ese sentido, el concepto de "previsión social" lejos de solucionar los problemas que promete conjurar, es un remedio paliativo que compromete la libertad, porque obliga a realizar contribuciones económicas al Estado, además de generar la apropiación injustificada del producto del trabajo de seres humanos a favor de un monopolio que, sin consentimiento de sus aportantes, distribuye tales ingresos como mejor le convenga. De esta manera, Hayek (1961), considera que la "previsión social" en realidad esconde dos objetivos que generan ineficiencia: (1) la obligación de realizar previsiones; y (2) la redistribución de la renta (p. 64-65).

El primero de ellos, porque al eliminarse la oferta y la posibilidad de su elección, basada en los indicadores de calidad y precio, los consumidores de los productos de la seguridad social no encuentran posibilidades de elección al existir un único oferente —monopolio—. En el segundo caso, porque fundados en el criterio de necesidad se asigna una proporción de la renta, lo que en términos prácticos significa que, una persona puede recibir una prestación de seguridad social, a pesar de que haya aportado un valor proporcional.

De manera concreta, la redistribución de la renta no tiene en cuenta que un esquema de seguro sólo puede ofrecer "servicios concretos basados en contratos, es decir, puede satisfacer específica necesidad surgida con independencia de la deliberada acción del beneficiario y comprobable mediante la utilización de criterios objetivos", contrario a la lógica de un organismo monopolístico estatal, el cual se inspira en el principio de conceder beneficios "según la necesidad que surja, independientemente de lo contractualmente convenido" (Hayek, 1960 B, pág. 64). Precisamente, este último punto es lo que justifica que la administración de los recursos se asigne a un monopolio, pues las empresas privadas de aseguramiento jamás pueden llevar a cabo "una deliberada trasferencia de renta de un grupo de individuos previamente designado a otro" (p. 65).

Por tal razón Hayek considera que, detrás del discurso del aseguramiento en seguridad social en la práctica insostenible bajo el modelo monopolístico, en realidad existe un propósito de redistribución obligatoria de la renta[38]. Esta desconfianza en el sistema se manifiesta en sus escritos en los siguientes términos:

> "La redistribución que comentamos se ha convertido hoy en el principal propósito de lo que todavía se denomina 'seguridad social', con designación errónea incluso en el albor de tal sistema. Cuando en 1935 los Estados Unidos lo introdujeron, se conservó el término seguridad —gracias a un 'golpe de ingenio de los promotores'— simplemente para hacerlo más aceptable. Desde el comienzo, el término tenía poco que ver con el campo del seguro y en lo sucesivo perdió cualquier parecido que pudiera tener con aquél. Lo mismo puede decirse hoy de la mayoría de los países que originalmente partieron de

38 Hayek cita las declaraciones del doctor comisario norteamericano de seguridad social y quien fuera presidente del Social Security Board, A.J. Altmeyer: "No sugiero, por el momento, que la seguridad social se utilice primariamente como método de redistribución de rentas. El problema ha de atacarse de frente y con franqueza, implantando un sistema fiscal de escalas progresivas... Sin embargo, mi opinión es muy favorable a que tal tipo de imposición cubra una parte muy importante del coste de los beneficios de la seguridad social" (Burns, 1954, pág. 1407). A su vez, cita Pierre Laroque "El plan francés de seguridad social no apuntaba, en esencia, a otro objetivo que a introducir un poco más de justicia en la distribución de la renta nacional" (Laroque, 1948, pág. 588). Ambos textos en (Hayek, 1960 B, pág. 389).

> algo más íntimamente emparentado con el seguro". Aunque la redistribución de la renta no fue nunca el propósito inicial confesado del aparato de seguridad social, en la actualidad constituye el objetivo real admitido en todas partes" (Hayek, 1960 B, pág. 65).

Puede pensarse que el pesimismo de Hayek hacia la previsión social está fuertemente influenciado a su lucha intelectual contra el comunismo y sí, esto es cierto, pues considera que aquel sistema representa un atentado contra la libertad básica de elección y de negociación en el ámbito de un mercado. De esta suerte, insistimos que su crítica no se formula contra la previsión para garantizar niveles mínimos de beneficencia, sino frente a la intervención estatal y lo que esta representa en términos de posición dominante y privilegiada, gracias a la cantidad de información[39] que maneja aunado al poder coercitivo que no permite intercambios espontáneos entre los agentes. A estos males, considera, deben agregarse aquellos relacionados con el complejo entramado burocrático que debe tener lugar para garantizar la existencia de la red de seguridad social.

En su criterio, lo que genera más daño a la democracia es la tecnificación de la "seguridad social" pues se convierte en una materia de expertos, sobre la cual existe un conocimiento especializado que genera un veto a la comunidad cuando se pretende adoptar decisiones. Al crearse un tipo específico de saberes alrededor de tal disciplina no se hace más que sustraer las decisiones propias de la comunidad a esferas particulares que obedecen a intereses económicos y políticos específicos. Como lo expone Hayek (1961):

> "No sólo a los profanos, sin embargo, les resulta un gran misterio lo intrincado del sistema de seguridad social. El economista, sociólogo o jurisperito medio,

[39] Lessnoff (2001) expone que Hayek ataca fuertemente la idea de organización del orden social pues parte de una premisa absurda, la cual consiste en creer que se posee "todo conocimiento necesario para una total reconstrucción racional de la sociedad. Ninguna mente individual, ninguna élite, ningún partido político pueden tener la posibilidad de acceder a ese conocimiento. La ilusión de que eso es posible, de que incluso se ha conseguido, es la fuente, cree Hayek, del totalitarismo revolucionario y, en el mejor de los casos, el colectivismo" (p. 171).

> prácticamente ignoran también los detalles de tan complejo y siempre cambiante sistema, y es en definitiva el experto en esas materias, como en tantas otras, quien dice la última palabra. La nueva clase de expertos, que igualmente actúan en campos tales como el trabajo, la agricultura, la vivienda y la educación, son gente perita en específica organización. Las instituciones creadas en dichos sectores se han desarrollado de una forma tan compleja, que consume prácticamente toda una vida para llegar a dominarlas" (p. 68).

Entre otras cosas, Hayek asevera que los técnicos han ocultado a los administrados información sobre los costos reales de la seguridad social, de la burocracia desplegada para ello y de lo que realmente aportan, como porcentaje de sus ingresos para financiar tal empresa. De esta suerte, los aportantes no cuentan con información relevante sobre el particular y es probable que de conocerla decidieran no hacer parte de tal sistema sino administrar sus ingresos de otra forma. Para ilustrar tal afirmación Hayek (1961) afirma que, si bien el sistema que ataca ha sido creado a partir de decisiones democráticas, ello no garantiza una participación ciudadana ni poder de decisión real, como pasa a exponer:

> Aunque, en sentido formal, el sistema de seguridad social hoy existente ha sido creado por decisiones democráticas, cabe poner en duda si la mayoría de los beneficiarios lo aprobarían si conocieran todo lo que implica. La carga que los afiliados aceptan al permitir la detracción de una parte de sus ingresos, para ser destinada a fines y objetivos que el Estado decide por sí mismo, resulta especialmente gravosa en los países relativamente pobres, donde lo que más urge y se precisa es un incremento en la producción de bienes. ¿Puede nadie razonablemente pensar que el obrero medio italiano, relativamente especializado, disfrute de alguna ventaja cuando, de la total remuneración que por su trabajo le abona el empresario, el 44 por 100 es entregado al Estado; o utilizando cifras concretas, que de los 49 céntimos que su patrón le paga por una hora de trabajo reciba sólo 27 céntimos, ¿mientras los 22 restantes los gasta el Estado en favor del propio trabajador? ¿Si el trabajador se percatase

> en verdad de lo que ocurre y pudiera elegir entre la seguridad social o doblar sus ingresos para disponer de ellos a su antojo, escogería la seguridad? En Francia, las cifras para todos los asegurados suponen alrededor del tercio de coste total del trabajo, y cabe preguntar: dicha suma ¿no es más de lo que los trabajadores pagarían de buen grado por los servicios que el Estado les ofrece a cambio? En Alemania, alrededor del 20 por 100 de toda la renta nacional va a parar a manos de la Administración de la Seguridad Social. ¿No se trata de una asignación obligatoria en cuantía mayor de la que el pueblo alemán desearía si libremente expusiera su auténtico modo de pensar? ¿Puede negarse seriamente que la mayoría de esos pueblos disfrutaría de superiores ventajas y de más seguridad si el dinero fuese manejado por los propios interesados con libertad de asegurarse en empresas privadas? (p. 73).

De esta manera, para Hayek, el concepto de seguridad social obedece a un discurso que, bajo el manto de proteger a las personas de las contingencias de vejez y enfermedad, en realidad es un mecanismo de distorsión del mercado, generado por la implantación de un monopolio estatal de redistribución de la renta de los trabajadores que no asigna prestaciones a las personas dependiendo de las previsiones que estas tuvieron, sino a partir de un criterio de necesidad definido de manera arbitraria y particular por quien detenta el poder coercitivo. Esta manera de percibir la previsión social denota su pesimismo sobre la intervención estatal en cualquier tipo de empresa que implique la redistribución de recursos públicos.

Sin embargo, presentamos reserva frente a estas reflexiones, en parte porque puede objetarse que las instituciones son dinámicas y se acomodan o modifican dependiendo del momento histórico, lo cual no sucede muchas veces con textos que, aunque canónicos para el estudio, presentan respuestas a problemas que tienen lugar en ese momento específico de la historia. Así, Hayek escribe para una sociedad que vio los terribles problemas que surgían de la doctrina totalitaria y de su implementación, no sólo por regímenes brutales, sino por la expansión sin precedentes de la órbita de poder estatal. El crecimiento de la burocracia, para satisfacer los procesos que demandaban los nuevos derechos y las nuevas instituciones,

constituyó una preocupación constante, por las implicaciones que tenían sobre los contribuyentes en la grabación de la riqueza, así como la constante y creciente presión fiscal.

Sin embargo, exponer que los recursos estarían mejor administrados por las personas que los generan puede sonar acertado si la sociedad no tuviera que ocuparse con posterioridad de los malos resultados de tal gestión personal. Cuestiones asociadas al paro laboral, como la incapacidad de pagar con recursos propios las prestaciones de atención sanitaria, entre otras, no pueden ser ignoradas por el Estado, pues ello genera problemas mayores, incluso en las personas que pueden haber administrado de manera más eficiente sus recursos en la época en la que podían vender su fuerza laboral.

No se trata de una actitud paternalista, se trata de la evidencia, de un hecho cierto, el mercado presenta contingencias, ganadores y perdedores, no sólo funciona bajo una lógica estricta en la cual existan inversiones seguras, sino que presenta momentos en los cuales algunas decisiones ajenas al ámbito de control de los agentes pueden generan pérdidas generalizadas. Al momento en el que escribe Hayek existía un mayor control (aunque no absoluto) sobre las inversiones y estás parecían ser más estables, razón por la cual la prudencia y la previsión podían generar planes anticipados de retiro e incluso una vejez tranquila basada en el ahorro, para quienes habían adoptado las previsiones necesarias.

Sin embargo, en la actualidad el mercado es mucho más inestable e impredecible, la complejidad de los productos financieros y la inestabilidad política generan que incluso la inversión más conservadora en materia de previsión de contingencias pueda fallar. En la era de la información, la velocidad con la que se propagan las noticias y la concentración del poder de decisión sobre la política económica generan que el ciudadano no tenga un control real sobre sus inversiones, pues aun cuando pueda comprar y vender, el mercado presenta distorsiones que no reflejan el valor real de los bienes y servicios.

No es desproporcionado señalar que el mercado no refleja la realidad de los precios, pues basta con señalar que en un momento determinado una pauta publicitaria puede tener

un mayor valor en términos económicos que una vacuna que puede salvar a toda la humanidad. No es necesario formular hipótesis complejas para ser críticos con la idea de Hayek sobre la autogestión de los recursos para la previsión social. En Estados Unidos, a raíz de la crisis hipotecaria de 2008, millones de personas perdieron los recursos que habían invertido para financiar sus pensiones debido al desplome de la bolsa de valores. Lo peor de este tipo de situaciones es que las inversiones parecían ser seguras, de hecho, las más seguras posibles para ese momento, pues estaban respaldadas por hipotecas que habían recibido la más alta calificación por las agencias de riesgo más reputadas del mundo.

La previsión para ahorrar para la vejez por parte de los ciudadanos, por medio de la inversión en bonos cuyo valor se esfumo de un día para otro, muestran los peligros de este tipo de juego en el mercado. No se trata de cualquier tipo de recursos los que se perdieron, se trata de ahorros destinados a proteger a estas personas de la pérdida de capacidad laboral futura. Esto no sólo genera que estas personas no tengan los recursos para proveerse una vejez en condiciones dignas, sino que incrementa la presión fiscal para que el Estado pueda suplir tales contingencias a partir de la vía impositiva, aun cuando tales recursos pasaron a incrementar algunos patrimonios privados.

Pero a ello hay que agregarle una dificultad aun mayor: Hayek no tiene en cuenta que las previsiones particulares difícilmente podrían costear el alto precio que tienen otro tipo de prestaciones, como las asociadas a la salud. En ese tipo de servicios la solidaridad es absolutamente necesaria, pues los altos costos de los tratamientos médicos difícilmente pueden sufragados a partir del ahorro voluntario e individual. Sin lugar a duda, la única manera de poder acceder a estos servicios es bajo un esquema de aseguramiento, en el cual algunas personas subsidien con sus aportes las contingencias de otras esperando que llegado el momento también lo hagan por ellos.

Frente a la crítica expuesta por Hayek sobre la función redistributiva que tiene el Estado cuando establece programas de seguridad social, ya sea por paro o para la asistencia sanitaria, consideramos que resulta cierto que el Estado incurre en tal acción. Sin embargo,

la pregunta no debería formularse en el sentido de indagar si el ente estatal redistribuye los recursos apropiados por la vía impositiva de la tributación, sino si ello debería ser permitido. Por tanto, lo que debería analizarse es si pueden destinarse estos recursos a un sistema de salud, en el mismo sentido en el que se destinan para el funcionamiento de las instituciones jurídicas, para el cumplimiento de los contratos o para la seguridad.

La libertad en términos de este tipo de liberalismo se ejerce por la posibilidad de disponer en el mercado de los recursos obtenidos con el esfuerzo propio y como a bien se tenga, pero, en términos reales, ¿qué libertad se puede ejercer, incluso sobre bienes obtenidos con el esfuerzo propio (como si, en engracia de discusión, se aceptara que la sociedad no interviniera en ello), si los individuos no pueden desarrollar su potencial o hacer uso de sus capacidades por encontrarse enfermo o por ser excluido por encajar en los estándares de salud aceptados?

Fuerte dudas genera esto sobre la teoría de Hayek, dado que los hombres y las mujeres pertenecen a una sociedad y no pueden realizar ningún intercambio si no se garantiza un funcionamiento "normal" para realizar interacciones en el mercado. Así se vislumbra uno de los grandes problemas de este tipo de enfoques y es que establecen visiones trascendentales de algunos derechos como el de la propiedad, lo cuales son considerados como fines en sí mismos y nos como medios para que los seres humanos puedan llevar a cabo proyectos de vida acorde con la dignidad.

## 4.1. Los errores en la fundamentación del servicio médico gratuito

Hayek parte de dos argumentos que, en su criterio, fortalecen la idea de que ningún servicio de salud debería ser financiado a cargo de recursos públicos. Estos son: (i) que la asistencia médica no puede contratarse de manera objetiva, pues debido a los recursos finitos, tiene límites concretos en su financiamiento. (ii) Por más que las personas sometidas a los tratamientos médicos logren mejorar su salud o triunfar sobre la enfermedad, ello no deviene

en la restauración de la eficacia laboral o de la capacidad productiva de los trabajadores beneficiarios, razón por la cual sistema de salud no siempre es autofinanciable (Ruiz Rivera, 2014)[40].

De manera concreta Hayek (1961) considera que la prestación de un servicio médico gratuito presenta dos graves y fundamentales errores. El primero de ellos "se basa en el supuesto de que la necesidad de la asistencia médica cabe contratarla de modo objetivo y que puede y debe ser atendida en cada caso prescindiendo de toda consideración económica". El segundo se origina por la creencia de que "dicha cobertura es, en el aspecto financiero, posible, habida cuenta de que un completo servicio médico se traduce normalmente en una restauración de la eficacia laboral o capacidad productiva de los trabajadores beneficiarios, por lo que es indudable que se autofinancia" (p. 79).

Esta creencia, que en realidad es un dogma para los técnicos de la seguridad social, no parte de un supuesto o una interpretación, asevera Hayek, sino que es una verdad reconocida. Para fundamentar tal premisa, cita algunos apartes del informe Beveridge en el que se propone que la organización sanitaria nacional debe asegurar que los ciudadanos obtengan los tratamientos que requieran —completos, curativos o preventivos—, en la forma que deseen —esto es acudiendo a una institución o en su domicilio—, sin realizar distinciones de ningún tipo o anteponer razonamientos de índole económico para su acceso (Beveridge, 1942, pág. 426).

En criterio de Hayek, los objetivos del informe Beveridge no son posibles dado que asume que los gastos por concepto del sistema de salud se pueden asumir infinitamente,

40 Con fundamento en las premisas de Hayek, Jewkes también cuestiona la demanda infinita de servicios basados en el criterio de necesidad, en los siguientes términos: "El interrogante económico de mayor trascendencia [que debió formularse con relación con el British National Health Service] es el siguiente: ¿qué ocurriría con un servicio cuya demanda a base de su gratuidad es prácticamente infinita, si no se toman medidas para incrementar la oferta de servicios, si la curva de costes aumenta rápidamente, si a cada ciudadano la ley le garantiza la mejor atención y cuidado posibles y si no existe un indispensable método de razonamiento? No recuerdo ningún economista británico que se plantee esas cuestiones antes de la implantación del mencionado servicio. Después de su puesta en práctica han sido los médicos principalmente y no los economistas quienes han suscitado tales cuestiones." (Jewkes, 1955, pág. 96).

aunque los gastos asociados a la prestación de tal servicio son finitos. De esta manera, resulta claro, para el profesor de Viena que en ocasiones deben sacrificarse estándares altos de salud con el propósito de conseguir otros objetivos. Por ejemplo, el hecho de propugnar por el mejoramiento de la salud de manera objetiva sin tener en consideración los costos asociados a ello llevaría que se incrementaran los estándares en la prestación, lo que en la práctica aumentaría la demanda de servicio y llevaría a un nivel inferior la media de prestaciones, debido a la incapacidad de mantener la oferta de un servicio cuyos costos de producción son finitos.

Dicho de otra manera, "para Hayek la satisfacción del componente prestacional de atención del derecho a la salud, es ilegítimo en razón a argumentos exclusivamente económicos, tal servicio genera costos imposibles de calcular al no existir una metodología que integre todas las variables y contingencias que implica su puesta en marcha, y al presentar un problema estructural frente al modelo capitalista pues no articula en todos los casos al potencial usuario del portafolio de bienes y servicios del sistema de salud, a la cadena de producción" (Ruiz Rivera, 2014, pág. 94).

Aunado a ello, afirma que la carga impositiva para cubrir la demanda de servicios de salud no sólo constituye una intromisión innecesaria del Estado, sino que implica darle a los gobernados el poder de intervenir en los intercambios económicos y efectuar regulaciones en el mercado, actos que constituyen un primer paso en la "ruta hacia la servidumbre". Para Hayek constituye un argumento falaz señalar que el sistema de salud se autofinancia dado que permite al trabajador volver al proceso productivo, dado que en realidad no existe una relación de coste beneficio, pues el objetivo que persigue la medicina en su progresiva evolución no se reduce a restaurar la capacidad de trabajo, sino también el alivio a los sufrimientos y la prolongación de la vida (Ruiz Rivera, 2014, págs. 94-95). De manera específica asevera que:

> "no se puede justificar este progreso [la atención a enfermos terminales] alegando razones de tipo económico, sino consideraciones humanitarias. Sin

> embargo, mientras la tarea de combatir las enfermedades graves que sobrevienen e incapacitan a algunos en la edad viril se mueve en una esfera relativamente limitada, la de retardar los procesos crónicos que conducen al ser humano a la muerte no conoce límites" (Hayek, 1960 B, pág. 81).

Aunado a ello, considera que tratar de establecer una relación entre la prestación del servicio para la reincorporación al proceso productivo puede llegar a generar razonamientos eficaces pero crueles para los usuarios del sistema, por ejemplo, que "beneficiaría al conjunto del género humano si, dentro del sistema de gratuidad, los seres de mayor capacidad productiva fueran atendidos con preferencia, dejándose de lado a los ancianos e incurables. Bajo el aludido sistema estatificado suele suceder que quienes pronto pretenden reintegrarse a sus actividades se vean imposibilitados por tener que esperar largo tiempo a causa de hallarse abarrotadas las instalaciones médicas por personas que ya nunca podrán trabajar" (Hayek, 1960 B, pág. 81).

Estas razones generan que para Hayek los objetivos de prestar el servicio de salud sin tener en cuenta las consideraciones de índole económica y la autofinanciación del sistema sobre la base de restablecer a los trabajadores al sistema de producción, no sólo son irrealizables sino incongruentes. Con fundamento en ello, manifiesta que tales objetivos no pueden erigirse como argumentos para fundamentar la política de previsión social.

## 4.2. La necesidad del sistema capitalista para garantizar las libertades básicas

Los reclamos sobre las rentas ajenas constituyen un problema crucial para Hayek (1961) quien considera que en las sociedades libres no existen principios de justicia que confieran "una ayuda 'no discrecional' e 'indiscutida', salvo prueba de efectiva necesidad", pues aunque los reclamos de seguridad social se invoquen con fundamento en el principio de igualdad ante la ley nada tienen que ver con este, dado que ello conllevaría a que, en el caso

de asistir caritativamente al necesitado, se le dé la impresión de que lo que obtiene se lo ha ganado por su esfuerzo o mérito (p. 87).

Si bien algunos de los argumentos propuestos por el liberalismo en procura de la seguridad social tienen origen en la posibilidad de que las personas encuentran igualdad de oportunidades para realizar los intercambios libres en el mercado, Hayek considera que no existe una metodología para establecer en qué momento deberían clausurarse las instituciones que han sido erigidas de manera momentánea con tal propósito. De manera puntual afirma:

> "Los liberales expresan, en ocasiones, la esperanza de que 'todo mecanismo del estado-benefactor debe considerarse como un fenómeno transitorio', es decir, como una especie de fase provisional evolutiva que el aumento general de la riqueza hará pronto innecesaria. No está, sin embargo, claro, en modo alguno, que dentro de tal proceso evolutivo exista un solo momento en que las aludidas monopolísticas instituciones sean beneficiosas y menos aún que puedan ser desmontadas una vez creadas. En los países pobres, esta carga, siempre en aumento, dificulta en exceso la creación de la riqueza (independientemente de provocar artificioso crecimiento de la población), retrasándose indefinidamente el momento en que pudiera considerarse superfluo el sistema, y en los países ricos impide la aparición de instituciones que puedan suplantar la acción estatal" (Hayek, 1960 B, pág. 87).

De esta suerte, se entiende que desde la perspectiva de Hayek el Estado benefactor genera más problemas que beneficios, pues una vez puesta en marcha la maquinaria monopolística estatal para la apropiación de la renta de los trabajadores con el propósito de distribuirla de acuerdo con la necesidad en complejos esquemas de seguridad social, no hay manera de detenerla, pues si bien pudiera pensarse que en el momento de alcanzar estándares adecuados de renta para toda la población, entendidos estos como aquella cantidad de recursos para sustentar necesidades básicas, debería detenerse el proceso redistributivo, lo

cierto es que ello no ha tenido ni tendrá lugar, máxime si el Estado no está dispuesto a perder el terreno ganado en la restricción de las libertades con fundamento en una legítima defensa de los derechos de los menos favorecidos[41].

De esto se desprende que en criterio de Hayek el sistema de libre competencia que propugna el capitalismo no es eficiente en sí mismo, ni es el mejor de cuanto pudiera existir, sino que resulta necesario a falta de otro para preservar nuestras libertades civiles y políticas. En consecuencia, Hayek no defiende el capitalismo porque maximice las utilidades, sino porque minimiza los riesgos de la tiranía (Gray, 1986, págs. 62-68) (Gray, 1986 b, págs. 180-185) (Hayek, 1960, pág. 121). A su vez, como expone (Lessnoff, 2001, pág. 192), la defensa de la sociedad del libre mercado es un asunto crucial para Hayek, porque a pesar de considerar críticamente los problemas e inconvenientes que genera considera como un hecho irrebatible su superioridad frente a cualquier otro sistema para incentivar la explotación del conocimiento, en procura del beneficio de los seres humanos.

[41] La propuesta del denominado liberalismo igualitario, que afirma por la igualdad de oportunidades para que los agentes puedan competir libremente en el mercado, no sólo es imposible en criterio de Hayek, sino que atenta contra los propios postulados del liberalismo al ceder garantías fundamentales al gobierno. De manera textual asevera: "Evidentemente, no se puede negar que en el orden de mercado existente no sólo los resultados sino también las oportunidades iniciales de los distintos individuos son a menudo muy diversas, ya que están condicionadas por circunstancias ambientales, físicas y sociales que no dependen de ellos, pero que en muchos aspectos podrían ser modificadas por una acción del gobierno. La propuesta de una igualdad de oportunidades o de iguales condiciones de partida (Startgerechtigkeit) seduce a -y es defendida por- muchas personas que en general, son favorables al sistema de libre mercado. En la medida en que se refiere a aquellas facilidades y oportunidades que están necesariamente condicionadas por las decisiones del gobierno (como la provisión de cargos públicos o similares), esta exigencia fue uno de los puntos centrales del liberalismo clásico, generalmente expresado por la frase «la carrière ouverte aux talents». Abundan también los argumentos a favor de que el gobierno proporcione, sobre una base igualitaria, los medios para la escolarización de los menores, los cuales no son aún ciudadanos totalmente responsables, si bien existen serias dudas sobre el hecho de que sea el estado precisamente quien administre tales medios. || Todo esto, sin embargo, distaría mucho de crear una auténtica igualdad de oportunidades, incluso para personas que poseen las mismas capacidades. El gobierno tendría que controlar el ambiente físico y social de todos, y esforzarse en proporcionar al menos un número de ocasiones favorables iguales para todos; y cuanto mayor sea el éxito de acción del gobierno en estos intentos, tanto más justificada estaría la demanda de que, según el mismo principio, sean eliminadas todas las desventajas que aún persisten -o que sean compensadas imponiendo una carga mayor a quienes son relativamente más afortunados. El proceso debería seguir hasta que el gobierno llegue a controlar literalmente toda situación que pueda influir sobre el bienestar de cualquier persona. Ahora bien, por más seductora primera vista pueda parecer la expresión «igualdad de oportunidades», cuando este concepto se extiende más allá de los servicios que por otras razones el gobierno debe proporcionar, se convierte en un ideal totalmente ilusorio, y todo intento de realizarlo concretamente podría convertirse en una pesadilla" (Hayek, 1973, págs. 286-287).

## 4.3. La garantía de un mínimo vital a los realmente necesitados no atenta contra la libertad

Hayek no puede calificarse como un autor que está en contra del establecimiento de un mínimo vital para garantizarse un conjunto de servicios que le son de vital importancia. De hecho, considera que no es contrario al derecho, ni a la libertad, que la sociedad sea compelida a socorrer a quienes no tienen la capacidad de proveer su sustento. En su criterio, lo que resulta una amenaza a las libertades básicas, además de ser ilegítimo, es la intervención estatal en el mercado en la regulación de la oferta y demanda de servicios y la determinación del valor asignado a los productos de la actividad humana. Al respecto señala:

> "No hay motivo para que en una sociedad libre no deba el Estado asegurar a todos la protección contra la miseria bajo la forma de una renta mínima garantizada, o de un nivel por debajo del cual nadie caiga. Es interés de todos participar en este aseguramiento contra la extrema desventura, o puede ser un deber moral de todos asistir, dentro de una comunidad organizada, a quien no puede proveer por sí mismo. Si esta renta mínima uniforme se proporciona al margen del mercado a todos los que, por la razón que sea, no son capaces de ganar en el mercado una renta adecuada, ello no implica una restricción de la libertad, o un conflicto con la soberanía del derecho. Los problemas que aquí nos interesan surgen cuando la remuneración por los servicios prestados la determina la autoridad, quedando inoperante el mecanismo impersonal del mercado que orienta los esfuerzos individuales. || Acaso se perciba mejor el sentido de la injusticia que se inflige a alguien no por otras personas específicas, sino por el «sistema», cuando se le priva de las oportunidades de desarrollar las propias capacidades que los demás aprecian" (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 1973, págs. 288-290).

En criterio de Lessnoff (2001), lejos de fundamentar su doctrina en el *laissez-faire*, Hayek "aboga por la prestación estatal de una renta mínima para los más desafortunados". Sin embargo, considera que tal tipo de renta no corresponde al desarrollo de una teoría de la justicia, dado que quienes reciben tales rentas mínimas no lo hacen porque lo merezcan más que las personas que obtienen sus provisiones a través de la actividad de mercado, sino por una especie de razón práctica: "simplemente porque es correcto aliviar o, mejor, prevenir el sufrimiento" (p. 185). En ese sentido, Hayek no se opone a las políticas de bienestar, incluso si tienen lugar en un Estado de Bienestar, sino a la idea de que el Estado haga uso de su poder coactivo para realizar distribuciones forzosas para lograr el reparto de la riqueza total, con el fundamento del supuesto derecho que todos tienen a ello (Lessnoff, 2001, pág. 186).

Así, las preocupaciones de Hayek sobre "la cuestión social" se originan ante la posibilidad de que el Estado se constituya como un monopolio encargado de su administración, pues este no tiene en cuenta las limitaciones que presentan los seguros, sino que adoptará decisiones dependiendo de la estrategia política para mantenerse en el poder. Por ello, considera que la creación de programas sociales no tiene en sí misma algo de ilegítimo salvo que la misma restringa la libre competencia. Esto se puede apreciar desde sus primeros trabajos, incluso en su polémico libro "camino de servidumbre" en el que señala que "Tampoco son incompatibles el mantenimiento de la competencia y un extenso sistema de servicios sociales, en tanto que la organización de estos servicios no se dirija a hacer inefectiva en campos extensos la competencia" (Hayek, 1944, pág. 86).

Sobre el mismo asunto, Lessnoff (2001) expone que Hayek acepta, como una necesidad incuestionable, la prestación de servicios para mitigar las consecuencias asociadas con la vejez, la enfermedad o la falta de empleo, de las personas necesitadas, incluso si ello conlleva a la contribución forzosa por vía de impuestos. De manera concreta afirma:

> "Aquí acepta Hayek la 'incuestionable necesidad' de la prestación comunitaria para los necesitados, organizada por el Estado según una base universal y, en cierto modo, en una sociedad comparativamente rica, con más

> generosidad de lo que sea ‘absolutamente necesario para mantenerse vivo y con salud’. Esto significa que el Estado ha de usar sus poderes coercitivos para obligar a los individuos a prestar servicios económicos para las necesidades de la vejez, del desempleo, de la enfermedad, de la incapacidad, etc., mediante los impuestos y la aseguración obligatoria” (p. 188).

Sin perjuicio de lo expuesto, las preocupaciones de Hayek sobre “la cuestión social” realmente tienen lugar porque considera que el sistema de seguridad social, no siempre lo tuvo, pero ha tenido por objeto, la redistribución de la riqueza, confiscando de esta manera una parte del esfuerzo del trabajo de las personas en favor de otras que probablemente no lo necesiten o no hayan realizado previsiones cuando perfectamente pudieron haberlo hecho., pues “en particular, con frecuencia [el contribuyente] no conocerá quiénes son las personas que se benefician de lo que él hace, y por tanto no sabe si está satisfaciendo una necesidad urgente o aumentando las ya abundantes riquezas de alguien. No puede aspirar a obtener unos resultados justos si no sabe a quién van a afectar” (Hayek F. A., 1973, pág. 292).

Por tanto, sin perjuicio de las obligaciones que tenemos de ayudar a los demás, cuyo cumplimiento puede ser respaldado por el poder coercitivo del Estado, tal como expone Lessnoff (2001) —en la lectura que realiza de Los Fundamentos de la Libertad (1961)—, se puede concluir que, existen dos cosas que, en criterio de Hayek, el Estado, en ninguna circunstancia debería hacer:

> “En primer lugar, no debería convertirse nunca en un motor de ‘justicia social’ tendiente a asegurar ‘repartos equitativos’ de riqueza para todos (como distintos del alivio de la pobreza o del sufrimiento). En segundo lugar, el Estado jamás debería imponer un monopolio de prestación de tales servicios. El pueblo no debería (aquí y en ningún otro sentido) ser obligado a ‘pertenecer obligatoriamente a una organización controlada por el Estado’” (Lessnoff, 2001, pág. 188).

En síntesis, para Hayek, la creación de un sistema de previsión social genera un incentivo negativo, premiando muchas veces a quienes no sopesan los riesgos, ni proveen recursos para las contingencias previsibles. A su vez, reduce la calidad de los servicios de salud al existir un único oferente y con ello monopolizar la actividad, pues al no existir libre competencia, ni precios competitivos, dejan de existir indicadores para la prestación del servicio. En su criterio quizá no existan dificultades mayores para la gradual transformación de un esquema indeterminado basado en la necesidad, a uno de auténtico seguro, en el cual las personas de manera libre escojan a los prestadores de servicios, que a su vez compitan por garantizar mejores prestaciones a los usuarios. Por el contrario "difícil, en cambio, resulta desmontar el actual seguro de vejez, siendo así que cada generación, al pagar por las necesidades de la anterior, parece adquiere derecho a que la subsiguiente, a su vez, le ayude. Supone que, una vez introducido, el sistema haya de continuar indefinidamente o provocar un colapso" (Hayek, 1960 B, pág. 88).

En su entender, el establecimiento de un sistema que no tiene en cuenta sus limitaciones económicas, defendiendo un supuesto derecho a la seguridad social sólo puede ser sostenido mediante el establecimiento de cargas, cada vez mayores, sobre la sociedad, subvirtiendo la libertad y estableciendo remedios paliativos como los procesos de inflación controlados por el Estado, los cuales generan miseria y ruina. A partir de ello Hayek (1960 B) considera que antes de dar una posible solución al problema de la previsión social "la democracia tendrá que comprender que cada generación ha de soportar sus errores y no transferir a las subsiguientes los resultados de las propias locuras. Acertadamente se ha dicho que hubo una época en que sufríamos los males sociales y que ahora padecemos sus remedios" (p. 88).

De esta manera, concluye que aun cuando se haya ganado terreno en la lucha contra la necesidad, la enfermedad, la ignorancia, la suciedad y la ociosidad, es posible que en el futuro deban combatirse los peligros derivados de la inflación, los impuestos sobre el comercio, los sindicatos laborales que optan por la violencia y la coacción, en peores condiciones, debido a la intromisión arbitraria de los poderes públicos, los cuales pueden ser

más lesivos de la libertad, frente a aquellos que con un poco de previsión podemos conjurar de manera individual. Así, Hayek invita al lector a reflexionar si el establecimiento de la previsión social, junto con todas las implicaciones que conlleva su establecimiento, no resulta más gravoso que lo que pretende conjurar, toda vez que considera que en la búsqueda de condiciones que mejoren las condiciones de vida de muchas personas que pudieron realizar previsiones sobre las contingencias previsibles de su vida se sacrifique el bien más preciado de todos: la libertad.

A nuestro modo de ver este entendimiento de la libertad resulta arbitrario. Si bien el argumento de *la libertad* tiene la particularidad de ser distorsionado dependiendo de la teoría que se pretenda defender persisten elementos que dan cuenta de su unidad como concepto. Esta, por ejemplo, no puede entenderse como una facultad absoluta que establece la prohibición de intervención en algunas actividades por parte de personas externas al individuo. En criterio de autores como Hayek pareciera que la libertad significa precisamente ello: una esfera de actuación privada sobre la cual no puede intervenir nadie, incluso cuando ello pueda devenir en la restricción de ayuda a otros seres humanos. La distribución forzosa de recursos para establecer planes de asistencia médica, en la forma de un derecho, es una afrenta para este liberalismo neoclásico.

Sin embargo, vale la pena preguntarse porque la destinación de enormes recursos para el funcionamiento del mercado, el cumplimiento de los contratos o la seguridad no parece invasivo de las más caras libertades del ser humano. Desde una óptica individualista, como la propuesta por Hayek, se debe a que estos derechos garantizan el funcionamiento del mercado y la posibilidad de que el ser humano sea dueño de sí mismo, lo cual implica la propiedad por lo que produce. Las objeciones al respecto no son muy difíciles de formular, por ejemplo, nosotros consideramos que existe una sacralización del mecanismo de mercado, incluso cuando ello niega derechos, que no es fácil de explicar por parte de los neoclásicos como Hayek.

El mercado como un fin en sí mismo es una cuestión que no tiene un soporte argumentativo fuerte, pues no hay que olvidar que en realidad es un medio por medio del cual los seres humanos puede realizar intercambios y que está antecedido de garantías básicas que permiten su existencia, como la libertad y la propiedad (por lo menos en la versión de Hayek y Nozick). Entonces, si la argumentación realmente surge alrededor de la premisa de *ser dueño de uno mismo* es cuestionable tal propiedad si no se establecen condiciones para poder proveerse los medios que permiten que los excedentes de mi actividad negocial puedan ser negociados en un mercado para generar riqueza o, incluso, para poder vender la fuerza de trabajo.

No es claro cómo una persona es dueña de sí misma porque pueda transar sus bienes sin ningún tipo de interferencia estatal, pero no tenga forma de proveerse su subsistencia para adquirir los elementos que le permitan desarrollar los medios para emplear el mecanismo de mercado. Precisamente la propiedad sobre uno mismo es tener un alto grado de autonomía el cual puede proveerse a partir de las decisiones inteligentes que las personas puedan adoptar cuando realizan transacciones de bienes y servicios, pero en el evento en que la lotería natural o una decisión desafortunada implique la ausencia de los recursos necesarios para ello estaríamos ante una libertad vacía de contenido, cuya virtud más importante es afirmar la existencia de un derecho que en la práctica resulta imposible de materializar.

# III. LIBERALISMO IGUALITARIO

> *"La justicia que hemos imaginado comienza en lo que parece una proposición incuestionable: que el gobierno debe tratar a quienes están bajo su autoridad con igual consideración y respeto. Esa justicia no amenaza nuestra libertad: la expande No trueca la libertad por igualdad o a la inversa. No malogra la empresa en beneficio de la trampa. No está favor ni de un gobierno grande ni de un gobierno pequeño: solo de un gobierno justo. Surge de la dignidad y aspira a la dignidad. Hace más fácil y más probable para cada uno de nosotros vivir bien una vida buena".*
>
> Ronald Dworkin, *Justicia para erizos,* 2014: 511.

> *"El deseo de actuar con justicia se deriva en gran parte del deseo de expresar lo más exactamente posible lo que somos o lo que podemos ser, especialmente como seres libres y racionales con libertad de elegir".*
>
> John Rawls, *Teoría de la justicia,* 1971: 240.

Convencidos sobre las sendas limitaciones que debe tener toda intervención estatal, los teóricos del liberalismo igualitario son herederos de la tradición liberal. Sin embargo, a diferencia de los liberales clásicos, no apuestan mucho por las soluciones que el libre mercado genera para la asignación de bienes comunes o la distribución de recursos. Si bien teóricos como Hayek consideraban que las fuerzas plenas de libre mercado basadas en la doctrina del *laissez faire, laissez passer* no eran suficientes para la correcta adjudicación de recursos, la diferencia con la doctrina del liberalismo igualitario radica en que la intervención estatal es aún mayor que la propuesta por tal autor.

En sentido estricto, el liberalismo igualitario considera que el Estado, además de las funciones expuestas por Hayek (1944), según las cuales "El funcionamiento de la competencia no sólo exige una adecuada organización de ciertas instituciones como el dinero, los mercados y los canales de información —algunas de las cuales nunca pueden ser provistas adecuadamente por la empresa privada—, sino que dependen sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado, de un sistema legal dirigido, a la vez, a preservar la competencia

y a lograr que esta opere de la manera más benéfica posible" (p. 87)", debe tener una función redistributiva de mayor impacto, con el propósito de garantizar que los seres humanos tengan igualdad de oportunidades para vivir vidas que valgan la pena vivir.

De manera concreta, considera que la igualdad, así sea en un plano hipotético, es una condición necesaria para determinar los repartos justos de bienes o para acudir a la protección de las personas que no logran un ingreso suficiente para proveerse bienes primarios. No obstante, debe tenerse especial cuidado al evaluar la doctrina del liberalismo igualitario, pues no se trata de una teoría plena sobre la igualdad, sino de una fundada en el respeto de la individualidad y autonomía del individuo.

Esta premisa resulta de importancia cardinal en los estudios que se efectúan de la doctrina liberal igualitaria, pues sólo así puede entenderse como se construyen sus postulados y como se ordenan los principios que la rigen, de manera que la igualdad, aunque importante, sólo puede perseguirse luego de garantizar, y no negociar en ninguna manera, los derechos que incorporan las libertades básicas. Así las cosas, desde esta perspectiva la libertad es un medio, pero también es un fin en sí mismo, y no puede ser sacrificado para el bienestar común, pues existe un ámbito personal que no puede ser vulnerado por nadie, incluso por el Estado, de manera que cualquier teoría sobre la distribución de recursos, incluso para la igualdad de oportunidades, debe dar por satisfechos y garantizados unos derechos jerárquicamente más relevantes, o, si se quiere, estructurales.

Para explicar este punto, es pertinente remitirse, aunque sea de manera breve, al esquema de justicia propuesto por John Rawls, autor cuya teoría se convirtió en un punto de referencia para este tipo de discusiones y sobre la cual se han construido serios debates sobre la obligación de ayudar a otras personas en diversos escenarios, entre estos en el campo de la salud y de la asistencia sanitaria.

Claro que es que debemos hacer una precisión: consideramos apropiado abordar la teoría propuesta por Rawls porque domina el campo de discusión, sin que ello implique

nuestra conformidad con la misma, pues tal como expone Kymlicka (1996) son bastantes las objeciones a tal trabajo y los desacuerdos que generan sus postulados, pero resulta innegable que gran parte de las posiciones teóricas se han definido ya sea por la conformidad o el disenso del pensamiento rawlsiano (p. 65), razón por la cual muchas de las discusiones que se dan sobre la distribución de bienes (en general) y sobre el deber de asistencia sanitaria (en específico) no podrían comprenderse de manera adecuada, sino abordamos este autor.

# 1. JOHN RAWLS Y LA JUSTICIA COMO EQUIDAD

> *"La perspectiva de la eternidad no es una perspectiva desde un cierto lugar más allá del mundo, ni el punto de vista de un ser trascendente; más bien, es una cierta forma de pensamiento y de sentimiento que las personas racionales pueden adoptar en el mundo. Y, al hacerlo así, pueden, cualquier que sea su generación, integrar en un solo esquema todas las perspectivas individuales, y alcanzar en conjunto unos principios reguladores que pueden ser confirmados por todos, al vivir de acuerdo con ellos, cada uno desde su propio punto de vista. La pureza de corazón, si pudiera alcanzarse, consistiría en ver claramente y en actuar con indulgencia y dominio propio desde esta posición".*
>
> John Rawls, *Teoría de la justicia,* 1971: 530.

## 1.1. Una contra teoría del pensamiento utilitario

Los aportes de John Rawls a los campos de la filosofía política y de la teoría de la justicia son invaluables. Su interés por encontrar las respuestas correctas ante problemas de distribución, jerarquía de principios y valores, constituyen un paradigma en las ciencias sociales que tienen un efecto real en el institucionalismo moderno y sobre todo en la escuela del liberalismo igualitario. El planteamiento de la eficacia de las instituciones tan presente en la economía de su época (e incluso defendido por muchos en la actualidad) sufre una transformación radical con la aparición en escena del profesor Rawls, cuyas contribuciones al campo de la filosofía política y moral desataron una serie de consecuencias que perduran hasta nuestros días.

La influencia de Rawls se debe, en parte, a su enfoque institucional, pues consideraba que las instituciones básicas de la sociedad no debían distinguirse simplemente por ser ordenadas y eficientes, sino que debían ser, sobre todo, justas. Y si no lo son, deben ser reformadas o abolidas (Rawls, Teoría de la justicia, 1971, p. 17). Partiendo de este supuesto, su teoría es un punto de inflexión en la posición dominante del utilitarismo para resolver los

problemas de la asignación de recursos. De manera concreta, afirmó que la valoración que se efectuaba sobre las instituciones sociales requería ser reevaluada de manera profunda, pues durante el siglo XIX y gran parte del XX se incurrió en el error de analizarlas por la eficacia que en términos de costo beneficio reportaban sin tener en cuenta que a pesar de su supuesta eficacia no podían combatir los grandes problemas de injusticia presentes en la sociedad.

Para Rawls la dificultad de establecer una sociedad justa, sobre la base de unas instituciones con la misma característica, radica principalmente en dos la preeminencia de dos teorías presentes en su época: el consecuencialismo y el utilitarismo. Con fundamento en ello, desarrollo una teoría de la justicia que sirviera como alternativa a las teorías de su época, razón por la cual su trabajo tiene por objeto cuestionar los fundamentos sobre los cuales fueron erigidas (Rawls, 1971, p. 34). En relación con el intuicionismo, y siguiendo la explicación que sobre esta teoría presenta el profesor Gargarella, su razonamiento se concreta en que partiendo de la base de que existen una pluralidad de principios de justicia que pueden entrar en conflicto y dado que no tenemos la capacidad para establecer una regla que determine cuál debe primar, sólo podemos apelar a nuestras intuiciones para establecer cual se adecúa para solucionar un caso en concreto (Gargarella, 1999, pág. 22).

En criterio de Rawls los problemas del intuicionismo son evidentes, pues no establece un procedimiento para distinguir entre buenas y malas intuiciones, ni tampoco una manera de establecer una jerarquía entre las mismas, sino que parte desde un punto absolutamente subjetivo en el cual no existe certeza sobre las consecuencias que tendrá un acto o sobre la primacía de una intuición sobre otra. De hecho, el intuicionismo presente un grave problema y es que la prioridad para escoger entre una u otra acción dependerá de la autoridad de quien emita tal decisión, lo cual relega el asunto a un asunto estrictamente discrecional y vinculado al poder de una persona o un grupo de estas para dar órdenes.

Sin embargo, debido a que somos sujetos morales con una concepción general sobre la justicia, no podemos desplazar la importancia de las intuiciones en nuestros razonamientos. El simple hecho de querer buscar la justicia porque ello nos reporta una sociedad ordenada y

respetuosa de los derechos de los demás es intuitivo, como también lo es considerar que debe castigarse a quien infringe dolor a los demás de manera deliberada. Esto lleva nos llevar a concluir que el razonamiento basado en intuiciones puede llevar en muchas ocasiones a decisiones justas, pero, tal como lo expone Rawls, hay que acudir a este lo menos posible, dado los riesgos que implica la falta de certeza sobre la prioridad en los principios, la manera en que se adoptan decisiones y las consecuencias de las acciones.

Por otra parte, la teoría de la justicia propuesta por Rawls también es una reacción al utilitarismo, dado que considera que uno de sus principales problemas es entender a la sociedad como la suma de sus integrantes y, a partir de ello, afirmar que es posible sacrificar a algunos de ellos para el bienestar de la porción que de ello resulta. Sobre el particular, Gargarella (1999) afirma que tal entendimiento de la sociedad le pareció ilegítimo a Rawls porque desconocía la independencia de las personas y la premisa básica de que cada individuo posee una dignidad y autonomía que le hace único y merecedor del respeto de los demás, hecho que denota la falta de compromiso de esta doctrina con la defensa de las libertades básicas de cada individuo (p. 26).

En ese sentido, las garantías básicas a las que se refería Rawls no podían ser protegidas desde la perspectiva del mayor bienestar para el mayor número de individuos, sino a partir del reconocimiento previo de unos bienes primarios cuya provisión permitía a sus destinatarios el desarrollo de un vida que valiera la pena, aun cuando existieran circunstancias externas o no previstas que pudiera llegar a incidir en ello y, sin embargo, aseverar que las situaciones desiguales que de ello se desprenden no recaen en el campo de la injusticia.

Rawls (1971) considera que los dos conceptos de *bueno y justo* (p. 36), tan importantes en la ética, no pueden ser desarrollados por el utilitarismo dado que, en su afán de maximizar la utilidad, no tienen una base axiológica sobre los principios asociados al bien, sino que estos cambian de manera irremediable dependiendo de las decisiones que se adopten en cada caso en concreto. De esta manera, considera que el problema radica en establecer una escala móvil de valores y principios que ajuste la jerarquía que los incorpora con

fundamento en las consecuencias, las cuales evalúan en función de su utilidad. Así, desde una concepción utilitarista, el concepto de *lo justo* puede emplearse para calificar aquellas consecuencias que maximicen el bienestar social asumido como la suma total de los beneficios reportados por los miembros de una sociedad. No sucede lo mismo con el concepto de lo bueno debido a los problemas de determinación reseñados.

Sin embargo, podría pensarse que el concepto de *lo bueno* atañe a las condiciones que hace posible lo justo, de manera concreta la bondad radica en que se privilegien aquellas acciones que maximizan el bien común que en sí mismo es justo. Sobre el particular consideramos que ello implicaría que se asuma el concepto de lo bueno como un asunto estrictamente procedimental que no califica ni evalúa la base axiológica de los principios y valores ni les asigna importancia por su importancia en intrínseca, sino en función de la utilidad que reportan.

Tal vez por ello es por lo que Rawls considera que las teorías teleológicas tienen una mayor oportunidad de conciliar los conceptos de *lo justo y lo bueno* en un procedimiento de adopción de decisiones en las cuales el bien es definido independientemente de lo justo o de las consecuencias por la importancia intrínseca de los valores o de las reglas en sí mismas. Este tipo de concepciones parten de la base de que la suma de criterios de procedimiento correctos debe llevar a consecuencias correctas. Visto desde esta perspectiva, se puede concluir que las teorías teleológicas emplean un razonamiento inductivo, mientras que las teorías utilitaristas emplean uno de naturaleza deductiva, esto eso, estableciendo la adecuación de los procedimientos para lograr una consecuencia determinada de antemano y deseable sin prestar atención a los mecanismos empleados para su obtención.

A pesar del atractivo de las teorías teleológicas, Rawls considera que resultaría equívoco establecer una teoría sobre lo justo basado en la postulación de máximas que orienten el comportamiento sin tener en cuenta las consecuencias de los presupuestos orientados a una finalidad. En esto, precisamente, radica en gran parte la crítica formulada por Rawls al utilitarismo, dado que considera que no cumple con su promesa inicial de igual

consideración a los deseos y preferencias de los individuos, pues su concepción del bien y de la vida sólo es tenida en cuenta como un elemento que, llegado el momento, se computará en la suma agregada de preferencias que debe imponerse sobre otras si resulta mayoritaria.

Por ello, considera necesario que las formulaciones relativas a la justicia partan de unas premisas innegociables, pero, a su vez, estás deben servir a los propósitos de maximizar la libertad. De esta suerte, afirma que su teoría es de orden deontológico. Así las cosas, Rawls (1971) considera que cada individuo tiene unos derechos inviolables que no pueden desconocerse, incluso si de ello depende la maximización del bienestar social. Estas garantías inquebrantables son aquellas que se desprenden del ejercicio de la libertad y establecen severos límites al ejercicio del poder estatal y de las políticas por medio de las cuales se ejerce. De manera puntual expone:

> "Se supone que cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la justicia o, como dicen algunos, en un derecho natural, el cual no puede ser anulado ni siquiera para el bienestar de cada uno de los demás. La justicia niega que la pérdida de la libertad para algunos se justifique por el hecho de que un bien mayor sea compartido por otros. El razonamiento que pondera las pérdidas y ganancias de diferentes personas como si fuesen una sola queda excluido. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades básicas se dan por sentadas, y los derechos, asegurados por la justicia, no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales" (p. 39).

En estricto sentido, considera que el utilitarismo no tiene en cuenta que existen bienes necesarios e indispensables para que los seres humanos vivan una vida que valga la pena vivir, o sin los cuales no es posible hablar de sujetos autónomos que puedan adoptar decisiones reales para encausar sus comportamientos de manera racional. Este aspecto, de suma importancia, es compartido en esta tesis pues el utilitarismo da por sentado que la satisfacción de cualquier deseo tiene una importancia intrínseca que debe tomarse en cuenta como una opción que debe valorarse a efectos de establecer si redunda en el mayor beneficio

social. Esto puede llevar a que "al calcular el equilibro mayor de satisfacción no importa, excepto indirectamente, de qué son los deseos. Hemos de ordenar las instituciones de modo que se obtenga la mayor suma de satisfacciones; no indagaremos su origen o calidad, sino únicamente acerca de cómo su satisfacción afectaría el total de bienestar" (Rawls, 1971, p. 41).

Esto genera problemas en términos de garantías básicas, pues de la misma manera que Rawls consideramos que cuentan por igual aquellas preferencias basadas en el desconocimiento de los derechos, que otras que propugnen por el respeto de estos. Pero incluso este problema resulta menor comparado con las hipótesis que se desprenden de este razonamiento de tenerse en cuenta que el "bien" o la "satisfacción social" son conceptos que se determinan a partir de las utilidades netas generadas a partir de la maximización de las variantes que las personas consideran beneficiosas. Sobre el particular Rawls (1971) afirma:

> "El bienestar social depende directa y únicamente de los niveles de satisfacción e insatisfacción de los individuos. Así, si los hombres obtienen cierto placer al discriminarse los unos a los otros, al someter a otros a menor libertad como medio para aumentar su respeto propio, entonces la satisfacción de estos deseos debe ser sopesada en nuestras deliberaciones de acuerdo con su intensidad, o lo que sea, al igual que otros deseos" (p. 41).

A partir de esto, Rawls concluye que no todas las preferencias de los individuos deben ser sopesadas de la misma manera, ni tienen el mismo valor, a pesar de que se predique la igualdad en el trato de los seres humanos. En nuestro criterio, este es un aspecto de suma importancia y transversal al pensamiento rawlsiano, pues explica que existe una razón práctica imperativa en la formulación de juicios de valor sobre *lo bueno y lo justo*. De manera concreta, aseveramos al igual que el autor, que existen discursos y preferencias que son destructivas y malas en sí mismas, pues restringen de manera excesiva la libertad y atentan contra la dignidad del ser humano. Sin ir muy lejos podemos citar como ejemplo las consecuencias desastrosas del nazismo cuyas preferencias u objetivos, para aumentar el

bienestar general podrían ser valoradas e incorporadas en un cálculo de conformidad con la visión utilitaria.

Si el bienestar general de un determinado pueblo presupone la implementación de decisiones como «la solución final[42]» y estas se encuentran en el mismo plano de igualdad que otro tipo de propuestas que establecen el respeto de la condición humana y una étnica fundamentada en los derechos humanos, puede concluirse, sin mayor análisis, que todo es válido en nuestro planeta e incluso al absurdo de establecer una jerarquía de normas móviles y dependientes del cálculo utilitario. Independientemente de nuestro sistema de valores, de nuestra cultura o la cosmovisión que compartamos, tenemos acuerdos sobre conductas que representan un disvalor y son malignas en sí mismas, sin importar las importantes utilidades que puedan reportar a futuro.

Aquellos acuerdos trascienden la cultura, el sexo, el género, la filiación política, la lengua, el origen étnico, las condiciones económicas, entre tantas diferencias que hace rica a la especie humana. Sin entrar a debates sobre la imposición de valores, existen verdaderos consensos sobre asuntos que no pueden ser objeto de negociación, puesto que pertenecen a nuestra condición de humanidad.

En nuestro criterio, Hannah Arendt lo explica de manera acertada en la obra que describió el juicio que sobre Eichmann se realizó en Jerusalén. La preexistencia de los tipos penales que posibilitaran el enjuiciamiento de los criminales de la segunda guerra mundial no podía instituirse como una condición de posibilidad para determinar la culpabilidad de quienes cometieron actos atroces. Con fundamento en ello, aseveramos que existen garantías que se sobreponen al derecho positivo y que, si bien pueden entenderse como arbitrarias, resultan necesariamente arbitrarias para proteger las condiciones básicas que un ser humano sea definido como tal.

[42] Nombre clave dado por los comandantes del ejército nazi a la acción de exterminar a la población judía durante la segunda guerra mundial. Cfr. (Arendt, 2013, págs. 123-164).

A juicio de la profesora Arendt la sentencia que se profirió en contra de Eichmann no obedeció a que sus acciones fueran prohibidas por el derecho penal, sino a la evidencia de la transgresión de la conciencia colectiva que da cuenta de los presupuestos de la humanidad y que fundamenta el poder y el deber de castigar de los Estados. En sus palabras:

> "(…) el régimen nazi declaró que el pueblo alemán no quería judíos en Alemania, y que, además, deseaba que la totalidad del pueblo judío desapareciera de la faz de la tierra, con lo que un nuevo crimen, un crimen contra la humanidad —en el sentido de crimen «contra la condición humana» o contra la naturaleza de la humanidad—, hizo su aparición en la historia. La expulsión y el genocidio, ambos delitos internacionales, deben considerarse aparte. La primera es un delito contra las otras naciones y el segundo es un ataque a la diversidad humana como tal, es decir, a una de las características de la «condición humana», sin la cual los términos «humanidad» y «género humano» carecerían de sentido" (Arendt, 2013, pág. 391).

Desde esta perspectiva se puede hablar de una especie de razón práctica, en el sentido de establecer que existen acciones cuya corrección puede juzgarse independientemente de las barreras culturales y que en términos kantianos constituirían imperativos categóricos, esto es, aquellos que representan una por sí misma como objetivamente necesaria, sin referencia a ningún otro fin" (Kant, 1959, pág. 6)[43]. La idea de principios transversales que deben guiar

[43] En relación con el imperativo categórico Kant afirma que: "Puesto que toda ley práctica representa una acción posible como buena y, por tanto, como necesaria para un sujeto capaz de determinarse prácticamente por la razón, resulta que todos los imperativos son fórmulas de la determinación de la acción que es necesaria según el principio de una voluntad buena. Ahora bien, si la acción es buena sólo como medio para alguna otra cosa, el imperativo es hipotético, pero si la acción es representada como buena en sí, es decir, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, o sea, como un principio de tal voluntad, entonces el imperativo es categórico.

El imperativo dice, pues, qué acción posible por mí es buena, y representa la relación de una regla práctica con una voluntad que no hace una acción sólo por el hecho de ser una acción buena, primero, porque el sujeto no siempre sabe que es buena, y segundo, porque, aunque lo supiera, sus máximas podrían ser contrarias a los principios objetivos de una razón práctica.

los raciocinios humanos parte de Kant y es replicada por todos los liberales, pero las diferencias al interior de esta escuela surgirán a partir de la importancia que se le den a unos principios sobre otros o lo que es lo mismo el grado de jerarquía que se establezcan entre estos.

Si bien en este apartado no estamos expresando nuestra conformidad con los principios que se privilegian en la concepción liberal de la justicia, estamos de acuerdo con los razonamientos que se presentan contra la concepción utilitaria de dar a todas las preferencias un valor igual, dado que consideramos que existen serias razones para excluir de los cálculos los discursos o acciones que sacrifican derechos o libertades que consideramos básicos e indispensables para una vida en condiciones dignas.

El imperativo hipotético señala solamente que la acción es buena para algún propósito posible o real. En el primer caso es un principio problemático-práctico, mientras que en el segundo es un principio asertórico-práctico. El imperativo categórico, que, sin referencia a ningún propósito, es decir, sin ningún otro fin, declara la acción objetivamente necesaria en sí misma, tiene el valor de un principio apodíctico-práctico" (Kant, 1959, pág. 6).

## 1.2. La propuesta de Rawls para una sociedad justa e imparcial

> *"La idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación".*
>
> John Rawls, *Teoría de la justicia,* 1971: 24.

> *"El esfuerzo que algunas personas gastan, ese empuje, esa ética de trabajo, depende mucho de haber nacido bajo circunstancias familiares favorables por las cuales tú, ahora, asumes el crédito".*
>
> Michael Sandel, *Justice, 2008,* Lecture 15.

Convencido que las ideas del intuicionismo y del utilitarismo no eran correctas para adjudicar derechos, Rawls consideró que debían establecerse unas garantías mínimas inviolables, las cuales se fundamentaran en función de la utilidad o de nuestras intuiciones sobre lo bueno, sino que partieran de un razonamiento efectuado por sujetos racionales que buscan no sólo el bienestar común, sino el respeto a la inviolabilidad de los derechos de las personas. Así, formula la idea de la existencia de bienes primarios (bienes básicos e indispensables) que deberían distribuirse de manera igual en la sociedad para cada uno de sus integrantes, a menos que una distribución diferente redunde en un beneficio para el grupo menos favorecido por el reparto. Estos bienes, de manera general, están conformados por las libertades y oportunidades, los ingresos y las riquezas, y los fundamentos de la propia estima (Rawls, Teoría de la justicia, 1971, p. 303).

En este sentido, como se había indicado, tal versión de liberalismo no tiene por objeto la igualdad absoluta *per se*, sino la igualdad como vehículo para la búsqueda de la libertad, razón por la cual no tiene una connotación categórica, sino contingente y dirigida a la maximización de las oportunidades de poder pertenecer a una sociedad democrática y ejercer derechos, de manera autónoma, en su interior. De esta manera, la igualdad rawlsiana, y en

general la proclamada por el liberalismo igualitario, no es la eliminación de todo tipo de trato diferente o desigual, sino de aquel que perjudica a alguien, pues la desigualdad no es un disvalor, sino una condición que connatural a las sociedades humanas.

Así las cosas, este entendimiento de la desigualdad como algo válido y presente en las sociedades, se permite si mejora la posición de los agentes en el reparto inicial, pero se diferencia del utilitarismo en que no se permite una apropiación de los recursos básicos necesarios, producto de la equidad, en procura de la satisfacción de los derechos de los demás (Kymlicka, 1995, pág. 66), frente a lo cual surgen cuestionamientos sobre el reparto inicial y sobre la adjudicación de bienes. Por supuesto, esto es válido, pues debe plantearse algún tipo de metodología que garantice que las personas puedan acceder a una oferta de bienes y servicios para que, a partir de tal provisión, puedan tener una vida plena libre de miseria. En sus términos:

> "La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, estos sean justos. El objetivo es utilizar la noción de la justicia puramente procesal como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones de desigualdad y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho" (Rawls, 1971, p. 139).

Ahora bien, la supuesta posición original proporcionaría un insumo importante para la adjudicación de derechos, dado que en esta pueden establecerse principios que orienten repartos justos. Sin embargo, ¿cómo determinamos que principios debe emplearse y en qué orden de prevalencia?

Como se observó, Rawls parte de una crítica en el utilitarismo, doctrina en la cual sólo un principio ordenaba la sociedad, el cual era el del aumento del bienestar en la sociedad, el cual representaba la mayor utilidad. Inconforme con ello, Rawls estableció que tal premisa

resultaba insuficiente para garantizar la autonomía e indivisibilidad de las personas, así como los derechos inescindibles que debían por el hecho de existir. Sobre la base de tal argumento, propuso que principios como la libertad, la igualdad y la solidaridad serían seleccionados por las sociedades, indistintamente de sus barreras culturales y su historia, en un eventual contrato social.

En este punto, Rawls hace uno de sus mayores aportes, pues establece un mecanismo para la adjudicación basado en la imparcialidad, que sólo puede proveer la falta de información de los agentes sobre su situación en la posición inicial, razón para que tengan en cuenta un conjunto de garantías básicas accesibles a todos, dado que pueden llegar a caer en una situación en la cual no tengan los recursos económicos suficientes para garantizar su subsistencia. Este mecanismo, denominado el velo de la ignorancia, expone que imaginemos que las personas no sepan las condiciones específicas en las cuales entrarán a formar parte de la sociedad, ni la manera en que las reglas que se propongan afectarán su situación, razón por la cual debe escoger unos principios que les favorezcan y que no generen desequilibrios desproporcionados, de tal suerte que, incluso en el evento en el que les corresponda un proporción significativamente menor de bienes, no tengan problema alguno en poder ejercer sus derechos y tener oportunidades para el progreso.

Así, Rawls (1971) afirma que, tras el velo de la ignorancia las personas no tienen información suficiente para negociar posiciones que les hagan ganar ventajas comparativas o que les permita tomar la ventaja en un escenario negocial. Aunado a ello, no conocen sus condiciones de existencia, su lugar en el mercado, sus condiciones de clase o económicas, así como tampoco sus dotes naturales, razón por la cual nadie tiene la oportunidad de diseñar principios que les generen ventaja frente a otras personas. De manera concreta señala:

> "nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. Supondré, incluso, que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del

> bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un acuerdo o de un convenio justo" (p. 25).

En criterio de Rawls, los principios descritos (libertad, igualdad y solidaridad), serían empleados pues mitigan las contingencias generadas por los hechos desafortunados, independientemente del lugar que les es asignado por la fortuna, a las personas en la sociedad. Por supuesto, las personas no saben si tendrán el infortunio de nacer en un estrato social bajo, o si tendrán problemas de salud congénitos, o cualquier otra circunstancia que les genera desventajas comparativas frente a sus semejantes que les dificulte el ejercicio de derechos y libertades. De manera específica, la propuesta de Rawls tiene la lógica de un seguro, al cual todos accederían de la misma manera, con las mismas primeras y desconociendo sus circunstancias de vida.

Sin embargo, surgen nuevos cuestionamientos, esta vez relacionados con la prioridad que tendrían estos principios en el ordenamiento, o, lo que es lo mismo, cual prima sobre otros, dado que cada uno de estos genera consecuencias diferentes, si se emplea como paradigma u hoja de ruta para los proyectos de vida de las comunidades. Los principios que se configuran a partir de tal razonamiento son los de libertad e igualdad, con limitaciones estrictas en los derechos de los demás, para tal efecto Rawls estableció un sistema de prioridades o un conjunto de principios que son prevalentes y tienen un orden en su aplicación. Este es, sin duda, el núcleo de la propuesta rawlsiana, el cual se resumen en los siguientes términos:

"**Primer principio:** Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio y total sistema de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos.

**Segundo principio:** Las desigualdades económicas y sociales tienen que estructurarse de manera que redunden en:

(i) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo,

(ii) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

**Primera norma de prioridad (prioridad de la libertad):** Los principios de justicia tienen que clasificarse en un orden lexicológico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden limitarse a favor de la libertad en sí misma.

**Segunda norma de prioridad (prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar):** El segundo principio de la justicia es lexicológicamente anterior al principio de la eficacia, y al que incrementa la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de diferencia." (Rawls, Teoría de la justicia, 1971, pp. 235-236).

En materia de asistencia sanitaria, la teoría rawlsiana se traduce en el establecimiento de garantías mínimas, que al igual que las relacionadas con medios económicos suficientes, alimentación, vestuario, medicamentos, saneamiento, ambiente sano y recursos energéticos, se pueden enmarcar dentro del primer principio, dado que permiten el mayor esquema de libertades posibles.

La propuesta de Rawls pretende que situados bajo el velo de la ignorancia escojamos aquellos principios e incluso fijemos algunos derechos que permitirían una vida que valga la pena, esto es libre de miseria, aunque no idílica. Por tal razón, resulta posible, en gran manera, que, ante la incertidumbre, escogiéramos aquellos que nos garantizaran igualdad en la asignación de recursos, libertad para poder adoptar medidas adecuadas para proteger nuestra salud y solidaridad para recibir la ayuda de nuestros semejantes cuando suceda un hecho no previsible que afecte el ejercicio de nuestros derechos.

De ello surgen las propuestas que, basadas en Rawls, pretender establecer derechos para la protección de la salud, pues consideran que algunas prestaciones básicas serían escogidas en la posición original, pues sería la mejor forma de protegernos a nosotros mismos contra el infortunio de tener una posición inferior en el reparto inicial o contra las contingencias que puedan surgir en el transcurso de la vida.

## 1.3. Enfoques críticos a la teoría de Rawls

> *"Personalmente, me inclino a pensar que la teoría original de Rawls desempeño un papel importante al hacernos comprender varios aspectos de la idea de la justicia, e incluso si se ha de abandonar esta teoría -para lo cual existen fuertes argumentos-, buena parte de la ilustración aportada por la contribución pionera de Rawls permanecería y continuaría enriqueciendo la filosofía política. Es posible apreciar mucho y a la vez criticar seriamente una teoría, y nada me haría más feliz que contar con la compañía del propio Rawls, si tal cosa fuere posible, en esta evaluación «dual» de la teoría de la justicia como equidad."*
>
> Amartya Sen, *La idea de la justicia*, 2010: 87-88.

Norman Daniels afirma que la teoría de Rawls puede fundamentar un acceso a prestaciones sobre salud para garantizar el *funcionamiento normal* de la especie humana, pues no se necesita igualar a las personas, por ser contrafáctico, sino su paridad en las oportunidades. Como lo expone Buchanan (1984), Daniels aborda el derecho a la atención médica empleando la premisa del rango de oportunidad normal para una sociedad específica, el cual constituye

> "el conjunto de planes de vida razonables para llevar a cabo dentro de las condiciones dadas en una sociedad. Daniels sugiere que podemos entender mejor la naturaleza distintiva, argumenta la importancia de la atención médica si vemos que promueve, restaura o proporciona sustitutos para el "funcionamiento normal de las especies" y que el funcionamiento normal de la especie es un contribuyente importante para que un individuo alcance el rango de oportunidad normal para su sociedad" (p. 62).

Por su parte, Buchanan considera que la idea de Daniels, en realidad es más amplia, y, por ende, su teoría, la cual es una relectura más garante que del propio Rawls, no peca por defecto sino por exceso, pues los funcionamientos normales de la especie incorporan

prestaciones que van más allá de la atención médica y se centran en la igualación de las personas en el plano de oportunidades.

El principio sobre igualdad de oportunidades propuesto por Daniels resulta vulnerable a las mismas a todas a las críticas que pueden formularse sobre la igualdad de acceso, pues dado que, empíricamente existe una brecha enorme entre las oportunidades reales a las que puede acceder una persona, la inversión de recursos sería insostenible, máxime si el mundo sigue en un aumento sin precedentes de las posibilidades tecnológicas, las cuales, debido a sus elevados costes no podrían ser de acceso universal, muy a pesar que revistan el carácter de oportunidades (Buchanan, 1984, pág. 63).

Así las cosas, considera que la propuesta de Rawls luce atractiva, no sólo porque establece unas garantías básicas, sino porque establece un procedimiento para la adopción de decisiones dotadas de imparcialidad. Sumado a ello, dado que la propia libertad sólo podría limitarse en procura de esta, se puede realizar una premisa análoga según la cual las garantías asociadas a la prestación del servicio de salud, sólo puede ser limitadas por la expansión del derecho a la asistencia sanitaria.

No obstante, Zúñiga Fajuri afirma que Daniels en realidad considera que la idea de funcionamiento normal de la especie es un parámetro que debe analizarse en cada caso específico, pues se encuentra determinado por las posibilidades que tiene una persona "de acuerdo con sus propias habilidades y talentos. De este modo, las dificultades debido a discapacidades y enfermedades implican una restricción fundamental a las oportunidades individuales relativas *'a ese individuo particular'* pues ninguna persona tiene nunca todas las posibilidades normales *'sino que solo la porción razonable de acuerdo con sus habilidades y talentos"*" (Zúñiga Fajuri, 2006, págs. 310-311) citando a (Daniels, 1985, págs. 107-109).

De esta manera, continua Zúñiga (2006), un derecho al cuidado sanitario implicaría que existe una obligación específica de brindar atención médica, con el objetivo específico de promover oportunidades para las personas, pero negando tratamientos experimentales o

aquellos que no tengan una eficacia comprobada, pues "de este modo, el mínimo sanitario podrá proteger a las personas dentro de los límites impuestos por el desarrollo tecnológico de una sociedad en particular y por la escasez de recursos" (p. 311).

Por tales razones, la propuesta de Rawls parecer ser consistente con la protección de un derecho a la salud, por lo menos en su versión básica, o de la protección del *funcionamiento normal* de las personas, como lo expone Daniels. No obstante, grandes cuestionamientos se ciernen sobre tal teoría, en los cuales se encuentran principalmente, pero no exclusivamente, los relacionados a la posición original, el entendimiento de la libertad y, finalmente, la aplicación del principio de la diferencia.

Las objeciones que se refieren a la posición original se encaminan a cuestionar que Rawls, al igual que todas las teorías basadas en contratos sociales hipotéticos, no tiene en cuenta la realidad de las sociedades humanas, en las cuales es imposible llevar a la práctica un planteamiento en el cual todos los seres humanos estén en una situación igual, sin conocimiento sobre las circunstancias que rodean su existencia y sin las motivaciones propias de cada persona. De manera concreta, se aduce que la propuesta de Rawls habla de un deber ser en un mundo irreal, cuando el derecho y la filosofía política debe responder a cuestionas fácticas y a solucionar los problemas que ocurren en un mundo que real en el cual existen personas reales, con problemas que inciden en su realidad, con diferencias y barreras económicas y culturales verificables. Así, se expone que en el pensamiento rawlsiano teoriza sobre los principios escogería una sociedad imaginaria, pero no sobre los principios que deberían regir la sociedad actual, en la cual existe un modelo capitalista y una lógica de mercado basada en el consumo.

Mientras que, en la sociedad imaginaria, del contrato hipotético rawlsiano, las personas tienes serios motivos para escoger principios que convengan a todos, en la sociedad real existen sujetos que no tienen el menor interés en establecer tales derechos pues van en detrimento de los privilegios que gozan. Como se expone Mankiw (2012) "las personas racionales piensan en términos marginales" (p. 3) lo cual implica que cambian sus planes en función de los beneficios que les reportan, por lo cual no existen razones suficientes para

demostrar que los agentes o en este caso los sujetos de derecho se comportarían en los términos descritos por Rawls, aun cuando no existen incentivos o motivaciones que los llevaran a ello.

En ese sentido, el problema de la teoría de Rawls es que la realidad la desborda, el relato de una sociedad ideal, en la cual no tienen lugar los sucesos que se dan en el mundo, no es siquiera un paliativo para solucionar los problemas de millones de seres humanos que no tienen protección del derecho a la salud y de su faceta de asistencia sanitaria, dado que los intereses en cada sociedad se encuentran fragmentados por los grupos que los representan, entre los cuales se encuentran aquellos que pretenden dejar incólumes los privilegios de clase y las diferencias sustanciales en recursos que serían necesarios para financiar un derecho de tal naturaleza.

En un escenario de comparación indirecta, la teoría Rawlsiana sería semejante a indicar que nos imaginemos un mundo en el cual todas las personas nacen libres de problemas de salud y en el cual las condiciones de vida no producen enfermedades endémicas, sino que estas sólo tienen lugar por las contingencias que se dan en el transcurso de la vida, como por ejemplo las relacionadas con los accidentes y el cuidado inadecuado del cuerpo. Este ejemplo que nos parece idílico, pero absurdo, no es tan diferente a la formulación de una teoría que parte de presupuestos que no tienen lugar en la realidad o que parten de un mundo que no es el nuestro.

De otra parte, las críticas a la teoría de Rawls provienen de su entendimiento de la libertad, la fuerte incidencia kantiana en su teoría explica que esta se da en términos de autonomía, pero con las limitaciones propias de su ejercicio sin que implique un sacrificio de las personas para una causa común, incluso si es tan preciada como la propia autonomía. De esta manera, la libertad que se expone en la teoría rawlsiana no se encuentra delimitada de manera precisa, pero sugiere que se relaciona con la misma que defienden las posturas liberales en la cuales los sujetos tienen plena autonomía para intervenir en el mercado y para el desarrollo de las libertades civiles y políticas. Este razonamiento parte de su defensa de la

desigualdad o de su justificación (denominado principio de la diferencia), en aquellos eventos en los cuales mejore la situación de los menos favorecidos.

Es precisamente allí donde recaen las mayores críticas a la teoría de Rawls, pues las desigualdades constituyen las circunstancias que establecen limitaciones al acceso a los derechos, por lo menos aquellos de alto contenido prestacionales, entre estos la salud, pues la riqueza concentrada en manos de pocos no fluye hacia la consolidación, o incluso creación de este tipo de derechos. La legitimación de esquemas que fortalecen un libre mercado, o como en este caso, la desigualdad en la generación de recursos y renta son un problema en términos de reconocimiento de derechos, dado que vivimos en una economía capitalista que implica el intercambio de recursos para la adquisición de bienes y servicios y ante la acumulación excesiva de pocas personas agudizan los problemas relacionados con la pobreza. En este sentido seguimos a Fariñas (2006) quien señala:

> "Una de las asimetrías más denunciada en los últimos años, por su aplastante evidencia y dramatismo, es la asimetría de la "desigualdad". El "mercado global" de la globalización, a pesar de sus promesas de progreso y desarrollo para todos, genera cada vez más, y cada vez más intensamente, desigualdad económica, empobrecimiento e injusticia social entre los seres humanos y entres los diferentes países. Las "desigualdades globales" o los déficit igualitarios son cada vez más evidentes y alarmantes, tanto en los ámbitos domésticos de cada país como en las escalas internacionales" (p. 20).

Resulta claro que gran parte de los problemas actuales para la garantía de un derecho a la asistencia sanitaria tienen como causa necesaria la limitación de los recursos necesarios para tal efecto, los cuales no es que sean escasos o inexistentes, sino que, en la mayor parte de los casos, se encuentran acumulados en grandes consorcios o personas. Entonces, la dificultad principal para la efectividad de un derecho a la asistencia sanitaria no es la falta de recursos, sino la desigualdad en su asignación. Por tal razón, el acceso a medicamentos, a los tratamientos, al diagnóstico, al saneamiento y a la inclusión de las personas con capacidades diversas en la sociedad tiene un obstáculo enorme en la forma en la cual deben sortearse las

diferencias entre ricos y pobres, entre favorecidos y desafortunados y entre quienes no entienden la lógica de la solidaridad, pues nunca tendrán que acceder a esta, dado que cuentan con recursos suficientes para poder mitigar las consecuencias de la mayoría de los problemas que les acaecen, de su propio pecunio.

Por tanto, las críticas a Rawls se concentran en la insensibilidad que tal teoría reporta con los seres humanos reales, aquellos que están por fuera del contrato social hipotético, del velo de la ignorancia y de la posición original. Es una certeza que vivimos en un mundo en el cual el capitalismo tiene una fuerte influencia, le guste o no a las personas tal sistema, no es asunto sobre el cual vamos a realizar un debate, pero lo que resulta necesario, es presentar soluciones para un mundo en el cual la acumulación existe, las diferencias entre ricos y pobres son abismales[44] y en el que las obligaciones morales que durante mucho tiempo fungieron de ideas reguladores sobre la bondad y la compasión como directrices del comportamiento humano, so pena de una condena en el más allá, dejaron de tener un lugar preponderante en la conciencia humana.

La propuesta de Rawls establece derechos absolutos, muy a pesar de lo que asevera garantizar: los límites de los derechos y la ordenación de los principios, pues nada restringe la apropiación ilimitada más que la utilidad agregada, la cual no se mide en términos de proporcionalidad, sino en el incremento, así sea mínimo y marginal, para quien pone en marcha tal empresa.

Mesa Cuadros (2007) ve en el principio de diferencia, una de las principales falencias de la teoría de Rawls, pues considera que la garantía de derechos para todos los seres humanos debe partir de la limitación de la propiedad, dado que las acciones humanas tienen serios condicionamientos en las libertades de los semejantes y en la protección del escenario en el cual ello tiene lugar. De manera concreta señala:

[44] Sobre las diferencias entre ricos y pobres la ONU ha expuesto lo siguiente: "Las desigualdades globales en ingresos se incrementaron en el siglo XX hasta órdenes de magnitud totalmente desconocidos anteriormente. La distancia entre los ingresos del país más rico y el más pobre era de alrededor de 3 a 1 en 180, 35 a 1 en 1950, 44 a 1 en 1973, y 72 a 1 en 1992" (ONU, 2000).

> “Frente a la afirmación del establecimiento de los límites de los derechos humanos y siendo conscientes de que no hay derechos absolutos y que los derechos están en permanente creación, recreación, reivindicación y concreción (aunque con ello no se indique que están siendo efectivamente protegidos), sí creemos que los límites deben predicarse sobre todo de las acciones humanas. Son claros límites a acciones humanas, entre otros las responsabilidades y los deberes concretos para con los otros sujetos, no abusar de los derechos, los cuales están condicionados por los derechos y libertades de los demás, los intereses colectivos ligados al bien común, al interés general y a la conservación de la sostenibilidad de la vida en la biosfera.” (p. 151).

La crítica proviene también de Dworkin, quien considera que la teoría de Rawls incurre en el error de ser insensible a las dotaciones propias de cada persona, dado que, incluso en el escenario hipotético que describe, los sujetos pueden afectarse por circunstancias que están fuera de su control y que son inmerecidas e injustas. De manera específica, Dworkin considera que los dos principios de la teoría de Rawls sólo definen como posición susceptible de ser mejorada a partir de la diferencia aquella relacionada con los bienes primarios sociales, estos son riqueza, oportunidad y derechos, etc., y no la relacionada con los bienes primarios naturales o innatos como los son las capacidades físicas y mentales, los talentos y aptitudes.

En criterio de Dworkin (1991) esto genera que aquellas personas que tienen ingresos significativamente mejores que otras estarían en una situación mucho mejor, aun cuando tenga que invertir gran parte de la diferencia obtenida de la ventaja comparativa en sopesar, mitigar o tratar los tratamientos, insumos y medicamentos que requiere con ocasión a una enfermedad producto de sus desventajas naturales (p. 71). A su vez, considera que la teoría de Rawls también presenta un problema debido a que no es sensible a las motivaciones propias de cada persona, además de generar incentivos negativos a quienes aportan con su trabajo al incremento de la riqueza propia, pues en todos los casos tales ingresos deberán ser gravados para mejorar las condiciones de otras personas, sobre las cuales no hay un vínculo

específico de solidaridad o quienes incluso decidieron no hacer uso de una porción de su riqueza en beneficio propio y lo malgastaron (p. 74-75).

Estas críticas, tanto en el planteamiento, como en la ejecución del modelo de Rawls, generan serias dudas para que sea validada como una teoría que proteja un derecho a la asistencia sanitaria, dado que establece unos derechos básicos, pero no expone la manera en la cual pueda lograrse su eficacia, pues reproduce los problemas estructurales que impide su materialización, específicamente la defensa de la acumulación del capital necesario para ello, en pocas manos.

Aunado a ello, no explica cómo deben compensarse las diferencias naturales que surgen entre los sujetos, las cuales se acentúan aún más por las diferencias generadas por el lugar que les ha correspondido en la sociedad, sino que expone que debe haber un mínimo de garantías, las cuales resultan insuficientes, pues no todas las personas pueden convertirlas de la misma manera en oportunidades. Además, releva de responsabilidad a quienes generan las diferencias que intensifican el problema, si incrementan, así sea de manera marginal, la situación de los menos favorecidos, como si se tratara de una externalidad que debe asumirse sin mirar las consecuencias negativas a largo plazo de la consolidación de capitales desproporcionados al momento de comprar bienes y servicios en el libre mercado.

# 2. RONALD DWORKIN Y LA IGUALDAD DE RECURSOS

> *"¿Qué debemos hacer por los extraños, personas con quienes no tenemos ninguna conexión en particular, gente que puede vivir en el otro confín de la Tierra? No tenemos una relación especial con ellos, pero su vida tiene igual importancia objetiva que la nuestra. Desde luego, las relaciones especiales son innúmeras y abarcativas. La política, en particular, es una fértil fuente de la que manan: tenemos obligaciones específicas de ayudar a quienes están unidos con nosotros bajo un solo gobierno colectivo".*
>
> Ronald Dworkin, *Justicia para erizos,* 2014: 334.

## 2.1. Un examen al concepto de la vida buena

Para Dworkin no existe una tensión real entre los principios de igualdad, libertad y solidaridad, dado que estas tres virtudes (como los denomina) no son más que las caras de una misma moneda que no representan tendencias de izquierda o de derecha, sino que conforman una sola concepción política. De esta manera, considera que tales principios no pueden desligarse porque dado que no podrían materializarse de manera separada o independiente, pues tales componentes están implícitos en los derechos que pretende proteger la doctrina liberal, incluso desde su momento primigenio, en las revoluciones que dieron origen a los Estados democráticos que conocemos en la actualidad.

Sobre estos tres principios, considera que se articulan si se tiene en cuenta que la igualdad no debe entenderse como la asignación idéntica de recursos o bienestar, así como la libertad no es la facultad de hacer lo que plazca y la comunidad (el aspecto solidario) no es abandonar las responsabilidades propias del individuo. De manera específica señala que:

> "Hay que medir la igualdad en términos de recursos y oportunidades, no en términos de bienestar. La libertad no es libertad para hacer lo que se quiera, sin que importe qué se hace, sino para hacer lo que se quiera respetando los

> derechos de los demás. La comunidad no se debe basar en una concepción desdibujada o diluida de la libertad y la responsabilidad individuales, sino en un respeto efectivo y compartido por esa libertad y responsabilidad." (Dworkin, Virtud soberana, 2003, pág. 259).

Precisamente, Dworkin expone que desde sus inicios el liberalismo ha tenido fuertes críticas por posiciones que señalan que sólo se basa en la libertad y no tiene en cuenta otro tipo de valores o principios. De manera concreta, sus contradictores señalan que parte de la idea de que la libertad de un fin en sí mismo, necesaria para expandir las libertades individuales sin tener consideración por los otros, o por la vida que vale la pena vivir. Así, considera que se ha asumido, sin mucho rigor, que el liberalismo es una corriente de pensamiento egoísta e insensible, por parte de los marxistas, pero también que olvida los valores y normas tradicionales que definen la comunidad, como aseveran los conservadores.

Estos *ataques* se pueden resumir en los siguientes términos: Primero, que una buena vida no puede ser posible en la sociedad liberal. Segundo, que incluso que se dan las condiciones para vivir una buena vida, este objetivo se relega a la *justicia social*, razón por la cual, en procura de tal máxima hay que sacrificar la calidad y éxito de las personas. Tercero, que la teoría liberal es en alto grado una abstracción, la cual no tiene en cuenta la realidad, pues apelando a criterios de neutralidad se instituyen soluciones que no tienen aplicación práctica, dado que no tienen en cuenta en realidad que se entiende por vivir bien.

Sobre estos puntos, Dworkin asevera que, aunque estas objeciones sean válidas no corresponden a un verdadero modelo liberal, toda vez que, a pesar de que en ciertos casos la ética liberal es neutral, existe un deber no sólo de preguntarse cómo debemos vivir, sino de las razones que motivan que se haga tal cuestionamiento (Dworkin, 2003, pág. 261). Por ello, afirma que resulta importante realizar las siguientes preguntas:

> "Primero: ¿cuál es el origen de esa cuestión ética? ¿por qué preocuparse sobre cómo hemos de vivir? ¿existe alguna diferencia entre el hecho de que las

personas vivan bien y que simplemente disfruten de la vida? Y si es así, ¿tan importante es que la gente viva bien y no sólo que disfrute de la vida? ¿Es importante sólo para la persona de cuya vida se trata? ¿O es importante en un sentido más amplio y objetivo, de forma que siga siendo importante incluso si, por alguna razón, no es importante para esa persona? ¿Es más importante que unas personas vivan bien en lugar de otras?

Segundo: ¿de quién es la responsabilidad de que la vida sea buena? ¿A quién se debe imputar que vele para que las personas vivan bien? ¿Es una responsabilidad social, colectiva? ¿Es parte de la responsabilidad de un estado bueno y justo que identifique la buena vida y que trate de inducir, o incluso forzar, a lo miembros de ese estado para que lleven esa vida? ¿O es individual esa responsabilidad?

Tercero: ¿cuál es la métrica de una buena vida? ¿Mediante qué criterio se puede poner a prueba el éxito o fracaso de una vida? ¿Hasta qué punto es esto una cuestión de placer o de la felicidad que le ha procurado la vida a una persona? ¿Hasta qué punto es cuestión de la diferencia que la vida de una persona marca sobre la de otra, o del acervo de conocimientos existente, o del arte? ¿De qué otra forma o en qué otra dimensión se debe juzgar el éxito general o el valor de la vida de alguien?" (Dworkin, 2003, pág. 261).

Estos cuestionamientos atañen a tres grandes asuntos, los cuales titula como la cuestión sobre el origen (primer grupo de preguntas), la responsabilidad (segundo de ellas) y la métrica (tercer bloque). Sobre el primero de ellos responde manera muy sucinta pues considera que cuando empezamos a vivir resulta de una gran importancia que la vida prospere y que no se desperdicie, lo cual es de aplicación para todo ser humano, independientemente de su cultura, o el contexto en el que se ejerza tal vida (Dworkin, 1994, pág. cáp. I).

De otra parte, en relación con el segundo punto, considera que la responsabilidad debe ser individual, pues "la persona es la principal responsable de que su vida tenga éxito, y no puede delegar tal responsabilidad" (Dworkin, 2003, pág. 262). Tal como lo reseña Zúñiga Fajuri (2006) Dworkin tiene un interés en determinar qué se considera una buena vida y la métrica que debería emplearse para realizar tal evaluación, con el propósito de determinar si una vida fue un éxito o un fracaso. En criterio de la académica Dworkin distingue entre dos modelos de valoración ética:

> "[1] el modelo del impacto –que sostiene que la huella dejada por la vida de una persona, es decir, el éxito de esa vida se determina por la diferencia que ella logra producir en el valor objetivo del mundo− y [2] el modelo del desafío −que adopta una visión de la vida buena más aristotélica al disponer que una vida ética- mente valiosa consiste en el sólo hecho de afrontar el desafío de vivir como un ejercicio diestramente realizado que no requiere apreciaciones de resultado−. El fundamento moral del igualitarismo liberal se encontraría en el segundo modelo, en una ética del desafío que buscaría, fundamentalmente, poner oposición a la ética del perfeccionismo y del utilitarismo (y, en general, del bienestarismo) que sostienen un 'modelo del 'impacto' para arribar a principios de justicia" (Zúñiga Fajuri, 2006, págs. 136-137).

Esta óptica sobre tal cuestionamiento no es novedosa en Dworkin, quien desde sus primeros estudios tiene una posición depurada sobre tal asunto. Tanto en *Virtud soberana* (2003), como en *El dominio de la vida* (1994), establece que el liberalismo presta gran atención a este asunto, e incluso una de sus banderas es la importancia de la vida desde su simple existencia y, por tanto, toda cuestión que atente contra la misma implica un alto coste moral. Así la vida es importante por sí misma, no exclusivamente porque sea el vehículo inescindible y apodíctico para materializar cualquier aspiración, sino porque el simple hecho de la existencia es algo precioso que cualquier teoría a lo cual cualquier tipo de teoría o doctrina política debería prestar atención (Dworkin, 1994, pág. 47 y ss).

Aunado a ello, considera que sí existen serias diferencias entre el hecho de vivir bien y simplemente disfrutar la vida, pues en el primero de los casos se actúa de conformidad con un consenso sobre lo que ello implica que adopta la figura de un razonamiento práctico, fundado en razones objetivas, sobre lo que se considera por una buena vida, que atañe a cuestiones de orden ético, más que a consideraciones de orden moral. Sobre el particular consideramos que el razonamiento planteado por Dworkin se fundamenta en la pretensión que asocia al liberalismo como la modernidad, con la bandera de esta de uniformizar o de establecer unas reglas generales sobre lo correcto, esto es una ética fundada en la razón práctica hija de los valores liberales, que sirva para la reproducción de estos y su validación. De manera concreta, el asunto de vivir una vida buena corresponde a la determinación sobre si se vive de conformidad con los postulados de la razón práctica y no sobre los deseos particulares y propios del buen vivir.

Este asunto es de vital importancia y permite que una teoría como la Dworkin se separe de las versiones libertarias sobre este punto, dado que en estas no puede haber una ruptura entre este razonamiento practico kantiano y el comportamiento humano al interior de una sociedad. Así, el hecho de existir como ser humano conlleva a que obligatoriamente siga el razonamiento práctico, pues de otra manera una persona no podría convivir en la comunidad pacífica.

En este punto Dworkin establece una ruptura con tal forma de pensamiento, pues considera que una persona puede alejarse de un proyecto general sobre lo que la sociedad considera la buena vida y de todas formas vivir una vida que vale la pena. Esta manera de abordar tal problemática es un intento de Dworkin por establecer una posición liberal que no se concrete en la defensa de valores objetivos enmarcados en una conciencia generalizada propia del proyecto moderno de la modernidad. Tal vez, ello tenga lugar, porque al igual que lo afirma Engelhardt, es necesario reconocer que tal proyecto moderno sucumbió ante la existencia un mundo plural y diverso[45].

[45] Este asunto se analizará en el numeral aparatado IV, numeral 2.1 de este capítulo.

Por tanto, la posición de Dworkin reconoce ampliamente que existen diferentes maneras de vivir la buena vida y que estas pueden considerarse legítimas a pesar de sus diferencias. Así, el asunto no va a radicar en la legitimidad de los argumentos para considerar un proyecto de vida como una buena vida, sino en la métrica, esto es, en el éxito de esta para lograr las libertades que permitan su ejercicio digno. Con fundamento en ello, Dworkin confía en que, a pesar de las múltiples concepciones sobre la buena vida, la ética filosófica más admirable radica en la *fe liberal* no solo por ser comprensiva y respetuosa de una gran cantidad de aspectos culturales, sino porque sus postulados se encuentran inmersos en concepciones sobre el buen vivir.

Sobre la base de este razonamiento pretende demostrar que la igualdad liberal "no impide, ni amenaza, ni desatiende la bondad de la vida de la gente, sino que más bien fluye y refluye a partir de una atractiva concepción de lo que es la buena vida" (Dworkin, 2003, pág. 264). Esta idea también pretende resolver algunos cuestionamientos sobre las ideas que subyacen a la asistencia sanitaria, específicamente sobre su conceptualización, dado que a partir del planteamiento liberal se pretenden reconciliar a todas aquellas posiciones diversas sobre lo que se entiende por tal concepto.

Es pertinente recordar que una de las principales dificultades del planteamiento de una teoría de la justicia sobre la salud, y en especial, sobre su componente de asistencia sanitaria, es la conceptualización y las diferentes formas que tienen las comunidades de ver el mundo, lo cual ha generado que el concepto *salus* deba analizarse en contextos específicos. Precisamente uno de los propósitos del liberalismo de Dworkin es permitir tal tipo de diferencias desde el plano teórico, pues insiste en que posiciones que diferentes pueden hallar puntos mínimos en común en la ética liberal.

De esta manera, a pesar de las serias dificultades de las posiciones liberales de sostener una la legitimidad de una razón práctica, Dworkin considera que existen elementos básicos en los cuales podemos ponernos de acuerdo por constituir una respuesta a toda

pregunta sobre la moralidad que nos permite asumir nuestras vidas con independencia, autonomía, pero sobre todo con dignidad. Tal posición la compartimos, en el entendido que la amenaza del nihilismo y el relativismo, no pueden tener lugar cuando existen seres humanos que poseen una dignidad y un núcleo básico de derechos que no pueden ser intervenidos o negociados, por lo cual se constituyen en verdaderas garantías sobre su inalienabilidad, atemporalidad y universalidad. De manera concreta, la idea fija en Dworkin sobre el reconocimiento de garantías básicas coincide con el liberalismo, pero es claro que no es propia del mismo, pues cualquier razonamiento sobre la justicia debe incorporar un razonamiento practico sobre tal punto, sin que ello sea una abdicación frente a los valores liberales.

En esto pretendemos ser enfáticos. La idea de una moralidad universal puede tener una fuerte influencia en la doctrina kantiana sobre la cual se sustentan varios de los principios liberales y la ética liberal, pero ello no implica que el reconocimiento de mínimos necesarios para vivir en la comunidad pacífica, o para que no desatendamos nuestra propia humanidad sea hija de tal doctrina. El reconocimiento de una razón práctica asociada a identificar una ética generalizada sobre el bien es un asunto trasversal a distintas teorías. Sin embargo, como lo hemos planteado, las diferencias radican en su concreción en normas legales.

Hasta este punto Dworkin no se diferencia mucho de liberales como Hayek, quien considera que existe un conjunto de garantías básicas que pueden ser exigibles, pero no de manera universal, pues dependerá que de la constatación de la imposibilidad de los sujetos de poder acceder a ellas por su propio esfuerzo. Para profundizar sobre este punto Dworkin propone analizar cuál es el alcance que debe tener las instituciones para garantizar prestaciones básicas y para ello, propone establecer claras diferencias entre lo que desean los sujetos y lo que deberían desear, dado que reconoce que existen marcadas diferencias entre la satisfacción de los propios deseos y la satisfacción de experiencias deseables (Dworkin, 2003, pág. 264). Para abordar este asunto, establece diferencias conceptuales sobre el bienestar, esto es sobre la buena vida, las cuales se concretan en los siguientes términos:

> "Tenemos que suprimir el impulso reduccionista y aceptar que no sólo que la idea de bienestar es compleja, sino que tiene estructura. Tenemos que distinguir por lo pronto, entre lo que llamaré bienestar volitivo, de una parte, y bienestar crítico, de otra. El bienestar volitivo de alguien resulta mejorado -y precisamente por esa razón- cuando tiene o consigue lo que, de hecho, desea. Su bienestar crítico resulta mejorado por tener o por conseguir aquello que hace que su vida sea una de las mejores vidas que puede tener o conseguir" (Dworkin, 2003, pág. 264).

Tal vez, una mejor manera de explicar esta diferencia es como lo presenta Dworkin, con el caso de una persona que no sólo considera que tener una buena relación íntima con sus hijos sea importante porque lo desea, sino por el hecho de que ello, independientemente de sus deseos es un asunto de la mayor relevancia. Así, los aspectos volitivos y críticos sobre el bienestar y específicamente sobre la buena vida pueden coincidir, pero ello no implica que necesariamente deben estar juntos.

Esta diferencia resulta fundamental para fundamentar la idea de Dworkin, según la cual el proyecto el proyecto de hallar una ética liberal que sirva de fundamento a la política liberal, necesariamente debe concentrase en el bienestar crítico y no en el interés volitivo. Así, considera necesario que se dé una descripción necesaria de lo que son los intereses críticos de las personas. De alguna manera, Dworkin apela a que debe indagarse porque las personas que se preocupan por sí mismos y por sus semejantes, se inclinarían *de modo natural* hacía una determinada concepción de lo deseable, y de manera específica, hacia una forma de política y práctica que coincide con los valores y principios liberales (Dworkin, 2003, pág. 267).

Esta relación de coincidencia entre los intereses volitivos y los principios políticos liberales en una sociedad es importante, pero resulta de relevancia mayor si existe identidad entre estos últimos y los intereses críticos, dado que estos tienen un carácter normativo, en el entendido de que "los principios normativos son normativos a la manera en que lo son los

intereses críticos: unos definen la comunidad política que deberíamos tener; los otros, cómo deberíamos vivir en ella" (Dworkin, 2003, pág. 267).

Sobre la base de ello, Dworkin expone que la búsqueda de fundamentos para la concreción de la política liberal, en realidad es *una búsqueda de integridad normativa*, dado que los programas políticos persisten y tienen éxito, cuando la gente los respeta y admira y no solamente cuando se hacen a una imagen de lo que la gente desea. En términos prácticos, una persona puede desear conseguir el éxito aun acudiendo a la extorsión, a la mentira o al fraude, pero tal vez no desee que ello sea un ideal político defendido por el Estado. Así, existen diferencias entre lo que la gente desea y lo que las personas admiran o consideran correcto.

Desde un punto de vista liberal lo correcto implica que se otorgue la libertad para que las personas adopten sus propias decisiones, pero que lo hagan disponiendo de información y en un plano que no proporcione desventajas comparativas que determinen sus opciones de manera que se encuentren forzosamente a adoptar un curso de acción. En esto reside la idea de la justicia en Dworkin, precisamente en la posibilidad de establecer un esquema de adjudicación que redunde en la igualdad de recursos para poder tener la libertad de decidir sobre los cursos de acción y no la idea de un bienestar común o la concreción de una específica idea de igualdad de bienestar que involucre que los Estados adopten decisiones sobre cómo debería la gente vivir.

Para la correcta distribución de los bienes Dworkin establece su famoso mecanismo de subasta, el cual consiste en un escenario hipotético en el cual una sociedad los bienes existentes en rondas sucesivas hasta que todos sus integrantes reciban en una cantidad que genere nadie desee el paquete de recursos que otros han adquirido, lo cual garantiza una distribución inicial justa y suficiente. Sobre el particular, Dworkin (1993) expone que la distribución ideal de recursos tiene lugar cuando generan iguales oportunidades, pero no las mismas condiciones de bienestar, pues mientras las primeras pueden ser medido de manera

objetiva, las segundas obedecen a aspectos psicológicos que corresponden a las impresiones del ser (p. 137).

Así, considera que tener la misma cantidad de recursos no hace que las personas sean iguales, precisamente porque cada una tiene intereses y ambiciones diferentes, lo cual genera que hagan un uso distinto de sus recursos. En su criterio, una mejor distribución consistiría repartir un conjunto igual de recursos necesarios para que realicen sus objetivos y pueden materializar sus intereses, pues sólo de esta manera la repartición se ajustaría a la concepción del bien de cada persona y a los planes de vida que se susciten a partir de ello (Pereira, 2001, págs. 114-115).

La manera para realizar tal asignación sería por medio una herramienta metodológica, empleada en mayoría por los economistas, denominada "test de la envidia"[46]. De conformidad con ese test una distribución es justa cuando una vez realizada nadie envidia los recursos que otra persona ha obtenido. En criterio de Dworkin, esto permite llegar a un punto de equilibrio pues todos han decidido y obtenido los recursos que considera necesarios de conformidad con su concepción del bien, razón por la cual nadie puede argumentar que la distribución de bienes ha sido desigual. Por ende, si se busca una teoría de la justicia sobre la distribución de bienes desde Dworkin, es claro que corresponde a la idea de igualdad, pero esta debe desarrollarse en la adjudicación de bienes y no en un esquema de equidad.

[46] De conformidad con Dworkin (1993) "La envidia, tal como figura en ese test, no es un concepto psicológico, sino económico. Alguien envidia el conjunto de recursos de otra persona en el caso de preferir que ese conjunto de recursos fuera el suyo propio, de modo que cambiaría gustoso el suyo por aquél. Este test de la envidia puede ser pasado con éxito, evidentemente, de modo que nos permita decir que hay igualdad de recursos, aun si la felicidad o el bienestar conseguidos por la gente mediante la igualación de los recursos por ellos controlados resultaran desiguales, si sus metas, ambivalioso es una de ellas" (p. 138).

## 2.2. Igualdad y capacidades

> *"Platón y otros moralistas sostuvieron que una distribución injusta de la riqueza tiene desventajas éticas no sólo para quienes tienen demasiado poco, sino también para quienes tienen demasiado. Una persona injustamente rica, si pretende conservar el autorespeto, debe consagrar a la política una parte más grande de su vida de lo que desearía o creería gratificante en otras circunstancias. Tiene deberes de asociación política para con otros miembros de su comunidad política, y entre estos deberes se incluye el de hacer lo que pueda para asegurarles la justicia".*
>
> Ronald Dworkin, *Justicia para erizos,* 2014: 510.

El reconocimiento de la diferencia es un rasgo característico de la política e ideología liberal. Para algunos teóricos incluso es el rasgo característico de la condición humana (Arendt, 2013, pág. 391). Somos diferentes, tenemos sueños, aspiraciones y una historia que nos hacen únicos, pero también tenemos condiciones que nos llevan a adoptar determinadas decisiones o a vivir un tipo de vida en específico.

Dworkin no adopta la posición autista de alguna parte de la doctrina liberal. Entiende que el libre mercado no es un mecanismo correcto para la adjudicación de bienes y para regular de manera adecuada los bienes y servicios, toda vez que no todas las personas tienen la posibilidad de introducirse en el mismo de una manera adecuada, por falta de información y por falta de recursos, personales e impersonales (sobre este punto volveremos con posterioridad). Así las cosas, considera que es un deber del programa liberal tratar de establecer condiciones para la igualdad efectiva, por medio de políticas para ayudar a las personas que se encuentran físicamente discapacitados o no tienen la posibilidad de conseguir un empleo.

Sin embargo, expone que tales medidas no pueden extenderse a la satisfacción de los gustos de las personas, más aún cuando son costosos o no se encuentran determinadas por

condiciones innatas, sino que se deben a preferencias adquiridas. De manera concreta asevera que:

> "una comunidad política debería tender a erradicar o mitigar las diferencias entre los individuos relacionadas con sus recursos personales; esto es, debería tender a mejorar, por ejemplo, la posición de los físicamente incapacitados, o de quienes no tienen la capacidad necesaria para obtener unos ingresos satisfactorios, pero también dije que tal comunidad no debería mitigar o compensar a las personas por las diferencias que presentaran en relación con su personalidad; por ejemplo, las resultantes del hecho de que algunas personas tengan ambiciones y gustos costosos y otras, en cambio, modestos" (Dworkin, 2003, pág. 310).

Sobre este punto Dworkin se pregunta si somos responsables de las otras personas y, sobre todo, si es correcto que esas personas se hagan cargo de manera absoluta de su propia situación. Para responder este interrogante afirma que es necesario diferenciar entre las elecciones y el azar. En relación con las elecciones, expone que los individuos deben responder por las consecuencias de actos que tuvieron lugar por su decisión y acción libre. De esta manera, si esta persona posee menos recursos, dado que los malgastó en lujos o porque decidió no trabajar, no se encuentra legitimada para solicitar la ayuda de los otros.

De otra parte, considera que el individuo debe ser relevado de responsabilidad individual y, por ende, la sociedad se encuentra compelida a colaborarle en aquellos casos en los cuales su falta de recursos sea producto de la mala suerte o del infortunio. Aunque esta manera de delimitar los efectos de la responsabilidad pueda parecer una solución plausible que ha logrado un consenso en la academia existen serias objeciones sobre el particular. De manera concreta, Cohen expone que las acciones deliberadas de las personas pudieron estar determinadas por ciertas características de su personalidad que en realidad no eligió (Cohen, 1989).

A su vez, Scanlon (1998) sugiere que si bien es cierto que se puede censurar a una persona por las decisiones que ha adoptado, la comunidad, en algunas ocasiones podría concurrir a su ayuda, dado que podría tener serias razones para relevarlo de tal responsabilidad, en el evento en que las acciones del sujeto hayan estado determinadas o condicionadas por el ambiente en el cual desarrolla su vida o por las prácticas desarrolladas en la comunidad (p. 292).

En nuestro criterio estas críticas, en cierta medida, son correctas, pues las personas reaccionan a determinados estímulos o eligen adoptar determinados cursos de acción, sobre la base de sus condiciones materiales de existencia. Así, la dificultad de adoptar la postura de Dworkin sobre el límite de la responsabilidad carece de los elementos materiales que configuran el comportamiento humano, pues no puede asignarse la responsabilidad sin tener en cuenta que, ciertamente, existen factores que inciden en la elección racional y que varían entre culturas e incluso entre la misma sociedad.

Sin embargo, como se expone, no se comparte en todo el criterio expuesto por Cohen quien asevera que la igualdad de bienestar es un ideal político impropio, dado que no puede distinguir entre los gustos onerosos que las personas no controlan y aquellos que cultivan deliberadamente. Exonerar de las responsabilidades a las personas porque no pueden controlar la manera en la que invierten o despilfarran sus recursos bajo el argumento según el cual no controlan tal tipo de elección porque presentan un asunto psicológico que les determina, puede llevar a la distorsión de los principios de libertad, igualdad y solidaridad.

En efecto, la libertad tiene límites concretos en los derechos de las otras personas y cuando disponemos de los recursos sociales para mitigar el impacto de las elecciones costosas, pero determinadas por una forma específica de vivir la vida (para este caso costosa) estamos validando que existan personas insensibles al drama humano generado por la escasez de recursos.

De otra parte, se desconoce el principio de igualdad, pues ciertamente los tratos diferenciados tienen por objeto restablecer el equilibrio que genera la propia dinámica de la vida humana y de los intercambios que han tenido lugar en el mercado. Así, no tiene sentido establecer un tratamiento desprovisto de paridad para asumir gustos caros, o adquiridos o no, cuando existen millones de personas que no cuentan con recursos, si quiera básicos, para lograr una vida desprovista de las condiciones básicas para dotarla de dignidad.

Finalmente, consideramos que se afecta la solidaridad porque este tipo de razonamiento conduce a un individualismo y a la justificación de las acciones propias para la provisión de recursos desprovista de toda empatía e insensible con la sociedad. Resulta evidente que las condiciones materiales de existencia determinan lo que somos, pero muchas veces lo que somos y las consecuencias de ello, no se alienan con lo éticamente correcto y con la justicia. Si bien somos sujetos y con ello producto de las circunstancias, no podemos contentarnos con ser espectadores o con vivir bajo la égida del destino o del determinismo, en el entendido de asimilar que no podemos cambiar nuestros gustos, nuestras costumbres y nuestra percepción sobre la buena vida.

Tal como expone Dworkin (1988), somos responsables de nuestras acciones las cuales se encuentran fundamentadas en criterios éticos que hemos asumido como propios y que no sólo establecen la adopción de decisiones sobre gustos o sobre la manera en la que invertimos o gastamos nuestros recursos, sino sobre la manera en la cual afrontamos las relaciones y responsabilidades que creemos tener frente a nuestra familia, nuestra comunidad política, e incluso en lo afectivo[47]. Pensar que no existe una responsabilidad por nuestras acciones inmediatamente generaría una contradicción insalvable frente a las relaciones enunciadas, pues tendríamos dos o más éticas diferentes y no corresponderían a una razón práctica ni con una idea de moralidad (Dworkin, 1996, pág. 87).

[47] Para mayor profundidad consultar el capítulo 6 de esa obra.

Al igual que Dworkin (2003), consideramos que una teoría política debe partir del reconocimiento de una estructura moral y ética personal, pues negar tal asunto "resultaría incompatible con los supuestos básicos de una democracia participativa, democracia que insiste en la necesidad de que los ciudadanos puedan verse a sí mismos como coautores de las decisiones colectivas" (p. 320). Así a nuestro modo de ver la justicia no requiere que nos culpemos por las circunstancias y las situaciones estructurales que no han llevado a adoptar determinadas decisiones, pero si exige que una vez que nos demos cuenta de que nuestras acciones están influenciadas por el egoísmo y por el individualismo, establezcamos límites concretos sobre lo que podemos exigir de la sociedad y asumamos las consecuencias de querer seguir viviendo como lo hemos hecho.

## 2.3. La justicia y el alto coste de la salud

> *"Los trasplantes heroicos, que rara vez tienen éxito, de hecho a veces resultan positivos, de modo que no es posible defender las decisiones de racionar gastos en los planes de salud con el mero argumento de eliminar el despilfarro. No podemos evitar la pregunta por la justicia: la atención médica «apropiada» depende de una concepción acerca de qué tratamientos resultaría injusto negar a causa de sus elevados costes".*
>
> Ronald Dworkin, *Virtud soberana,* 2003: 335.

Importantes son las contribuciones de Dworkin al campo de la justicia en materia de salud. Sus propuestas generan reflexión sobre la obligación de ayudar a los demás, sus repercusiones, sus implicaciones morales y sobre todo los límites de tal tarea. Tal vez, los aportes más depurados sobre tal materia se encuentren consignados en su obra Virtud Soberana (2003), sin que ello implique su exclusividad. En esta se pueden observar serias preocupaciones para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria.

Al igual que la mayoría de los liberales manifiesta un gran interés por la focalización de recursos y las implicaciones morales de obligar a las personas para contribuir a la salud de los demás. Así, su contribución para la creación de una teoría de la justicia se puede valorar en la respuesta que da a los siguientes interrogantes: "¿cuál es el nivel de atención sanitaria que una sociedad decente debe ofrecernos a todos? ¿De qué modo decidiremos cuál es el nivel mínimo de atención sanitaria que es justo que todos reciban, incluidos los más pobres?" (Dworkin, 2003, pág. 333).

Estos cuestionamientos parten de la certeza sobre la limitación de recursos disponibles para garantizar asistencia sanitaria e incluso un mínimo de prestaciones médicas, pues considera que no se trata de calificar este tipo de políticas como un despilfarro o innecesarias, sino de tomar conciencia sobre las hipótesis en las cuales los beneficios generados por un tratamiento resultan demasiado limitados para justificar los costes en los

que se incurrieron, lo cual constituye un argumento proclive al racionamiento, pero que en ningún caso tiene por objeto demostrar que la prestación que se pretende racionar es innecesaria.

Así las cosas, un primer acercamiento a la teoría de la justicia en materia de salud, parte de identificar la atención médica "apropiada" para lo cual debe resolverse, en primera medida, como podemos concluir que tratamientos resultaría injusto negar debido a los altos costes que representan (Dworkin, 2003, pág. 335). Esta pregunta y la necesidad de encontrar tales criterios de justicia hacen parte del programa investigativo de Dworkin sobre la asignación de recursos, pues, como se expuso con anterioridad, tal autor parte de la idea de la igualdad de recursos, la cual no puede tener lugar si se parte de la base de que deben garantizarse tratamientos costosos por dos razones: La primera, porque no habría forma de garantizarles a todas las personas tales prestaciones como se ello se tratara de un derecho debido a las limitaciones impuestas por la certeza de las limitaciones de orden presupuestal. Segundo, porque el dinero invertido en ello podría tener un mejor destino e incluso podría mejorar el bienestar de estas personas o contribuir a que pueden lograr algunas metas o cumplir con algunos deseos que anhelan en una mayor proporción.

Para sustentar estas premisas Dworkin expone que existen dos principios que pretender dar respuestas concretas sobre la obligación de la sociedad de ayudar a las personas que no pueden sufragar el coste de la asistencia sanitaria, los cuales procedemos a estudiar.

### 2.3.1. El principio de rescate

De conformidad con este la salud y la vida son bienes primarios de la más alta consideración, por lo cual todo debe ser sacrificado para lograr su garantía. Aunado a ello, implica que "la atención médica debe distribuirse según una pauta de igualdad: incluso en una sociedad en la cual la riqueza es profundamente desigual y la igualdad es menospreciada entre otros aspectos, no se debe negar la atención médica a nadie, aunque se trate de alguien demasiado pobre para afrontar el gasto" (Dworkin, 2003, pág. 335).

Sobre el particular Dworkin considera que este principio genera la ineficacia para la protección de bienes como la salud, pues genera más perjuicios que beneficios, toda vez que implica que la sociedad debe gastar todo lo que pueda en salud, aun en los eventos en que no sea posible obtener un beneficio en esa materia o en la expectativa de vida. Desde su punto de vista las ideas que comprenden este principio no pueden ser asumidas desde un punto de vista racional, dado que ni una sociedad ni una persona establecen este tipo de prioridades, máxime si en una época en la cual el desarrollo científico ha creado herramientas costosas para la atención médica, resulta obvio que la protección de una vida más larga a cualquier costo, no pueda ser prevalente cuando apenas sea digna de ser vivida.

Según este autor, la fortaleza de este principio parte de presupuestos éticos, de una sociedad supuestamente comprometida a la defensa de los derechos, pero en realidad esconde la falta de sensibilidad individual frente a la atención médica, pues entiende al Estado como alejado de nuestras vidas y a los altos costes de la salud como un asunto en el cual las personas individualmente consideradas no tienen ningún tipo de incidencia.

Así, afirma que quienes apoyan el principio de rescate consideran que las primas de los seguros son deducibles de los impuestos y que las contribuciones efectuadas por el empleador no son parte del ingreso del trabajador, por lo cual puede y debe cargarse impositivamente, pero la realidad es que existe un excedente del salario destinado a pagar por tales costos altos los cuales no son pagados por la Nación, como si fuera un ente externo a nosotros, sino a expensas de bienes y oportunidades que las personas podrían desear para sí o para su familia, y sobre lo cual reflexionarían si el dinero no pasara directamente a la propiedad de un poder centralizado, sino que de manera directa tuviera que ser sufragado por estas personas.

En este sentido, la protección que sea hace de este sentido se ve robustecida porque las personas no son conscientes de tales contribuciones forzosas, dado que realizan estos pagos de manera indirecta o con poco criterio, aun cuando las contribuciones de los

empresarios (y una parte de la de ellos) podrían emplearse para que sus hijos vayan a mejores escuelas o mejorar sus competencias para tener mejores salarios.

En conclusión, para Dworkin el principio de rescate genera un gasto irracional de los recursos de los que dispone una sociedad para garantizar los derechos de quienes la integran, dado que adopta decisiones por las personas que ellas no hubieran tomado por sí mismas, máxime si no tiene en cuenta la proporción entre la cantidad o el nivel de atención médica que las personas quisieran obtener en relación con los recursos que estarían dispuestos a sufragar para tal efecto (Dworkin, 2003, pág. 337).

### 2.3.2. La alternativa conservadora al principio de rescate

Los economistas conservadores afirman que se debe crear un libre mercado para el cuidado de la salud, lo cual implica la eliminación de todas las exenciones en materia de impuestos, así como los subsidios para que las personas obtengan lo que realmente pueden y están en la capacidad de pagar. Aunque resulte una alternativa al "ineficaz" principio de rescate Dworkin considera que tal solución no es válida desde el punto de la ética, la moral y de los imperativos básicos de la doctrina liberal. De manera concreta identifica por lo menos tres razones por las cuales no es posible actuar de esta forma, la cual considera inaceptable, las cuales se enuncian a continuación:

1. "*La riqueza está distribuida de un modo tan injusto en Norteamérica que muchas personas serían incapaces de adquirir un plan de salud aceptable a los precios del mercado*" (Dworkin, 2003, pág. 337). Sobre este punto consideramos que esta es la principal causa por la cual tal política conservadora es inaceptable, dado que la adopción de decisiones no parte de una premisa abstracta en la cual las personas pueden demandar una oferta de servicios de manera libre, pues la realidad conlleva a que se prioricen otro tipo de bienes y servicios, no porque su salud deje de ser importante, o prefieran invertir en la consecución

de metas personas, sino porque no tienen como sufragar tales costos, e incluso no tienen para sufragar alguno que no sea la subsistencia diaria.

Así, estas teorías conservadoras parten de un autismo, una visión errada de lo que son las sociedades y los grandes problemas asociados a la falta de poder adquisitivo por parte de las personas que viven en el mundo. Desde luego no estamos defendiendo una posición paternalista, sino que denunciamos las falacias en las que incurre una doctrina en la cual se afirma que el mercado tiene la capacidad de otorgar a cada uno lo que merece y lo que en derecho le corresponde ignorando el hecho de que no todos toman las mismas posiciones en el mercado ya que ni siquiera existe la posibilidad de ello e incluso algunas personas parten en posiciones ventajosas sin haber hecho algo para ello.

El gran problema de estas visiones conservadoras es que afirman que el trabajo duro y la disciplina puede convertir a una persona pobre en una persona de éxito y para ello muestran como trofeos a algunas personas que han logrado tal empresa, pero la realidad demuestra que la consecución tales cualidades no siempre generan riqueza y que, incluso, se generaliza la excepción, cuando el mercado "libre" genera concentración de los recursos en manos de pocos, incluso sin hacer uso de las tan admiradas virtudes de antaño, pues basta con observar como un momento en redes sociales puede generar más recursos que toda una vida de esfuerzo, preparación académica, ahorro e inversión.

No es propósito de esta tesis realizar una crítica a la forma en la que se adquiere el capital o del modelo capitalista, pero si evidenciar que las soluciones basadas en el libre mercado, sin más, en realidad legitiman la inacción ante el infortunio de millones de seres humanos, e incluso que permiten afirmar que la enfermedad y la falta de acceso a la asistencia sanitaria son merecidas por estas, dado que no tienen una ética de trabajo fuerte.

2. "*La mayor parte de la gente tiene información inadecuada sobre los riesgos que entrañan ciertas conductas para la salud o sobre la tecnología médica*" (Dworkin, 2003, pág. 337). A pesar de que pueda existir información sobre determinados tratamientos o los

riesgos que implica no practicarse determinado procedimiento, los usuarios del sistema de salud no saben qué hacer con tal información o no tienen las herramientas indicadas para poder interpretarla. No se trata sólo de la disponibilidad de la información, sino de la adopción de decisiones consentidas sobre una base de información fidedigna y comprendida por el destinatario de los servicios médicos.

Dejar en manos del libre mercado la responsabilidad de informar en debida forma a la persona puede generar que se adopten que repercutan en la eficacia del sistema, con fundamento en principios que buscan maximizar la utilidad general o algunos sectores empresariales. La experiencia demuestra que dejar en manos del mercado lo que se entiende por salud genera consecuencias desastrosas, como la que tuvo lugar con la venta de tabaco en la cual se llegó a exponer en cadenas de televisión nacional que era bueno para la salud. Para la muestra cabe recordar la publicidad de industrias tabacaleras que señalaban en sus productos que los doctores recomendaban fumar para bajar de peso y para fortalecer la dentadura (El Mundo, 2015).

Debido a que la manipulación y el afán de obtener rentabilidad influyen en las decisiones de salud de las personas, asignar la responsabilidad al mercado de centralizar la información médica o de direccionar prácticas, tratamientos, medicamentos, y demás materias relacionadas, sin ningún tipo de control más que el de las leyes de oferta y demanda, puede no ser una buena idea y en el largo plazo generar una mayor presión fiscal asociada a la improductividad de las personas por problemas de salud, el cual es el menor de los males, pues el impacto más significativo es la reducción de las libertades como consecuencia de ello, lo cual impediría que las personas vivan las vidas que consideran que vale la pena vivir.

Sobre este último punto, y partiendo de una analogía, es revelador lo que sucede en materia de educación, pues si se dejara al arbitrio de las personas la elección de adquirir competencias básicas por medio de la educación primaria o como alternativa pudieran adquirir bienes por medio del trabajo temprano, en el corto plazo tal persona reduciría su pobreza y tendría capacidad de pago para procurarse los bienes y servicios que mejoran su

vida, pero en el largo plazo sus opciones para encontrar empleo disminuirán e incluso la retribución por el empleo de su fuerza de trabajo se reduciría por la sobreoferta de personas con competencias similares.

3. "*En un mercado no regulado, las compañías aseguradoras impondrían primas mayores a las personas con riesgos más altos (como lo hacen hoy muchas compañías de seguros), de modo que quienes cuentan con un mal historial clínico, o pertenecen a grupos étnicos particularmente susceptibles de contraer determinadas enfermedades, o viven en sitios los que el peligro de violencia es grande, deberían pagar costes prohibitivos.*" (Dworkin, 2003, págs. 337-338). Al respecto, consideramos que Dworkin no pudo exponerlo en mejor forma. Basta con ver los planes de medicina prepagada para comprobar que existen personas que las compañías médicas se rehúsan a asegurar debido a las patologías de base que presentan al momento de la afiliación o incluso aquellas que tuvieron en algún momento.

Si bien es cierto que para superar este problema de discriminación podría establecerse la obligación por parte de las prestadoras de servicio médico de crear un plan básico para la atención de cualquier persona, en el cual no se aplicaran preexistencias y en el cual no puede generarse ningún tipo de barrera para su contratación, surgen, naturalmente, las preguntas sobre: cuál es el contenido de dicho plan básico y quién establece tal contenido, lo cual conllevaría a que se volviera al escenario de la regulación estatal o la imputación de los gastos incurridos en exceso a la sociedad. A su vez, entender que el mercado puede regular los precios de la asistencia sanitaria parte de una premisa errónea: pensar que los tratamientos costosos son rentables o que se compensan por el costo-beneficio que reportan a la sociedad en términos monetarios.

Esta premisa pudo llegar a ser comprobable en épocas anteriores, en las cuales se consideraba que la atención sanitaria era rentable porque generaba que las personas se reintegraran con prontitud a su puesto de trabajo, sin embargo, esta perspectiva es propia de su época y no se acompasa con la segunda y tercera década del siglo XXI. En una época en la cual gran parte del trabajo se encuentra automatizado y existe sobre oferta de personas para

realizar las funciones que requiere la economía de mercado; así, resulta claro que para los empresarios resulta más provechoso contratar nuevo personal que invertir en una persona con problemas de salud que puede llegar a recuperarse de una patología o de un accidente.

En sentido similar es un hecho que algunos destinatarios de recursos económicos para solventar el gasto por tratamientos médicos onerosos, aun a pesar de su necesidad, no generan una contraprestación en sus puestos de trabajo que permita concluir que invertir en este tipo de prestaciones resulta un beneficio y ganancia a largo y mediano plazo. Así las cosas, la única manera de refutar los argumentos de costo-beneficio de garantizar asistencia sanitaria es evitando que se valoren las razones por las cuales ello vale la pena desde la perspectiva estrictamente económica.

Vale la pena recabar en ello, porque muchos investigadores y generadores de política pública pretenden justificar el gasto público asociado a la asistencia sanitaria, mediante sofisticadas herramientas actuariales o mediante la simple lógica del beneficio a largo plazo, cuando en realidad ello no tiene lugar. Por supuesto que alguno caso habrá beneficios si se brinda la atención con talentos excepcionales o con competencias que inciden de manera provechosa para la sociedad, pero son pocos casos.

La solidaridad como principio base para la ayuda de los demás no puede fundamentarse en una lógica de mercado, de costo-beneficio, sino que tiene raíces más profundas, como la libertad, la igualdad de oportunidades y la empatía humana hacia sus semejantes. Si los derechos fundamentales fueran garantizados por su coste-beneficio probablemente dejarían de existir en su mayoría. Precisamente el estatus que tienen de derechos tiene razón de ser porque pueden oponerse ante quienes ven el mundo como un gran mercado, en el cual la utilidad y la eficacia son la mejor forma de adoptar decisiones.

### 2.3.3. El principio de seguro prudente

La alternativa propuesta por Dworkin al principio de rescate es lo que denomina principio de seguro prudente, el cual señala que deben asignarse recursos a la salud y a otras necesidades sociales, a diferentes pacientes que requieren tratamiento, intentando imaginar cómo sería la atención sanitaria si se dejara en manos de un mercado libre y no subsidiado, y si tres objeciones formuladas contra la tesis conservadora hubieran sido corregidas (Dworkin, 2003, pág. 338).

Tal como lo expone Zúñiga Fajuri (2006), Dworkin "propone un modelo que recoge aquellas ventajas del mercado que obligan a la gente a hacerse responsable del costo de sus elecciones de modo que, si el acceso al mercado es equitativo, entonces el resultado que la acción de las personas en el mercado será considerado justo (justicia procesal)" (p. 135).

Para tal efecto Dworkin pretende que imaginemos una comunidad en la cual la distribución de la riqueza se haya transformado hasta ser lo más equitativa posible, aunado a ello, que la polarización entre ricos y pobres y las consecuencias que se desprenden de ello hayan desaparecido y, finalmente, que ninguna compañía aseguradora o entidad prestadora del servicio de salud tuviera la información suficiente para poder clasificar el riesgo que implican los pacientes y de esta manera no pudiera negarles su afiliación con fundamento en ello.

La consecuencia de esto, en criterio de Dworkin, es que el gobierno dejaría de prestar asistencia médica y no habría necesidad de subsidiar la atención en salud de alguna persona. Sin embargo, ello conllevaría a que surgieran nuevos problemas como el precio de tales servicios, o la disponibilidad de estos y el cuestionamiento sobre la cantidad de recursos totales que debería gastar tal comunidad para cubrir los gastos basados en decisiones individuales sobre asuntos de salud. Sin perjuicio de ello, Dworkin considera que tal ejercicio hipotético puede llevarnos a extraer dos conclusiones, las cuales, debido a su importancia, reseñamos de manera literal:

> "Primero, sea lo que fuere lo que esa comunidad modificada gaste en salud en su conjunto, esa es la suma moralmente apropiada para ella: no podemos criticarla, invocando razones de justicia, por gastar demasiado poco o por gastar mucho. Segundo, el modo de distribuir la atención médica en esta sociedad es justo para esa sociedad: la justicia no podría exigir que se proporcionara atención a una persona que no hubiese comprado un seguro para sí mismo o para su familia". Y concluye en los siguientes términos: "Estas aclaraciones se siguen directamente de una hipótesis sumamente atractiva: una distribución justa es aquella que una persona bien informada crea para sí misma mediante su elección individual suponiendo que el sistema económico y la distribución de la riqueza en la comunidad en la que se realizan las elecciones son justos" (Dworkin, 2003, pág. 339).

Haciendo algunas salvedades de carácter paternalista, que el propio Dworkin presenta como necesarias y que implican que debe protegerse a las personas de adoptar decisiones imprudentes en materia de seguros, en especial cuando son jóvenes, y dejar una provisión de recursos para las necesidades de las generaciones futuras, el escenario propuesto parte del individualismo metodológico. En efecto, considera que las decisiones adoptadas por los individuos generan efectos justos, en la sociedad, cuando se igualan en el punto de partida. Al mejor estilo de los economistas clásicos identificamos que la teoría propuesta por Dworkin obedece al principio de Adam Smith según el cual el interés individual maximiza la utilidad de la sociedad. En los términos de Smith (1776) "Cada individuo en particular se afana continuamente en buscar el empleo más ventajoso para el capital de que puede disponer. Lo que desde luego se propone es su propio interés, no el de la sociedad; pero estos mismos esfuerzos hacia su propia ventaja le inclinan a preferir, de una manera natural, o más bien necesaria, el empleo más útil a la sociedad como tal" (Cap. II. Pág. 15).

Para Dworkin la administración de los recursos públicos debe asemejarse al trato que las personas individualmente consideradas realizarían sobre sus bienes. Así, este autor crea

una especie de razonabilidad que parte del supuesto de que las decisiones marginales de los agentes son las mismas que deben adoptarse en política pública, pues las prevenciones de las personas para invertir en bienes y servicios son las mismas que deben tener el ordenador de gasto de prestaciones como en el caso de la salud. A manera de ejemplo, y para defender su idea, expone que una persona de 25 años no contrataría un seguro que le cubriera de todo tipo de contingencia si con ello agotara toda su provisión de recursos, sino que decidiría, de manera racional, asumir cierto tipo de riesgos con tal invertir sus recursos limitados, pero abundantes en un primer momento, en proyectos de vida que le parecen importantes. De manera específica señala:

> "para la mayoría de las personas que ahora tienen 25 años sería irracional contratar un seguro que los cubriera en caso de ingresar en un estado vegetativo persistente. La suma efectiva que deberían invertir en las primas del seguro para lograr esa cobertura, año tras año, tendría un mejor destino si se usara de diferentes maneras para incrementar su vida consciente presente" (Dworkin, 2003, págs. 340-341).

Con fundamento en ello, concluye que no sería prudente para casi nadie contratar un seguro de salud que cubriera tratamientos médicos costosos, cuando se ha ingresado en estadios avanzados e irreversibles de enfermedades como el Alzheimer o la demencia. Por ende, si las personas individualmente consideradas no tienen el interés de gastar sus recursos en este tipo de tratamientos o de prestaciones, se puede aseverar que el Estado tampoco debería asumir tales costos.

A su modo de ver, los tratamientos heroicos e inciertos no serían defendidos por personas prudentes (y el vivir en sociedad nos conlleva a actuar con prudencia), si el costo de inversión en estos les otorgara beneficios seguros (y no meras expectativas) en materia de educación vivienda y seguridad económica. Aunado a ello, sustenta su principio de seguro prudente en lo que podemos denominar la racionalidad de la mayoría, dado que Dworkin considera que su principio genera justicia dado que la mayoría de las personas considerarían

prudente, para sí mismas, y en las condiciones ideales propuestas, que la sociedad concurra en los gastos que demanda la asistencia sanitaria, sólo en la medida en la que los individuos los harían con sus propios recursos.

En ese sentido, afirma que la gran mayoría compraría un seguro de asistencia médica prudente, que no cubriera todo tipo de contingencias y que no generara inequidad en las prestaciones que garantice, pues de otra manera se llegaría al estadio actual de la materia, en el que no existe una cobertura universal en este tipo de prestaciones por su falta de focalización o por el gasto excesivo de unos pocos.

Sin embargo, considera que no puede obligarse a las personas a que reciban de manera exclusiva tal tipo de tratamientos, cuando tienen la posibilidad y la preferencia de invertir más en su salud. Por ende, en ese tipo de situaciones nada obsta para que se paguen primas adicionales para garantizar coberturas mayores, pero, insiste, este tipo de situaciones excepcionales deberían ser sufragadas de manera personales y no a cargo de toda la sociedad. Así las cosas, asevera que "parece equitativo elaborar un esquema de cobertura obligatoria que se construya en función de lo que todos y no la excepción de un pequeño grupo de personas juzgan apropiado, siempre que se les permita a esos pocos que desean gastar más dinero que lo hagan, si puede afrontarlos, mediante un seguro suplementario" (Dworkin, 2003, pág. 343).

Por último, Dworkin expone que resulta apenas obvio que las personas, a pesar de la aplicación del principio de seguro prudente, adoptan diferentes tipos de decisiones, muy diversas en general, razón por la cual debería conformarse un panel de personas para que adopten decisiones en nombre de la colectividad, de manera concreta aquellas relacionadas con el límite de los gastos asociados a la satisfacción de las prestaciones adoptadas de manera prudente. De esta manera, puede interpretarse que tal autor establece que la adopción de decisiones prudentes en el gasto debe provenir de un grupo extenso de individuos que pertenezcan a sectores diversos de la sociedad, en la cual no sólo estén médicos, sino personas "comunes" y de diferentes edades.

## 2.4. Las limitaciones para la garantía del derecho a la asistencia sanitaria desde el liberalismo igualitario

Sin desconocer las importantes contribuciones para el debate, varios reparos deben realizarse a la teoría del seguro prudente como alternativa de justicia para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria. En primera medida las teorías del liberalismo igualitario como la de John Rawls tuvieron como propósito enfrentar las corrientes de pensamiento utilitario que veían al ser humano como un medio y no como un fin en sí mismo.

Dworkin, heredero del pensamiento liberal igualitario, no es ajeno a tal propósito y, de hecho, su obra está impregnada por una profunda preocupación sobre los derechos de las personas y las restricciones a la libertad generada por una distribución inequitativa y desproporcionada de bienes. Sin embargo, al igual que todas las teorías liberales, parte del individualismo para tratar de solucionar los problemas asociados a la correcta distribución de recursos al interior de una sociedad o de un sistema económico. Tal vez, esto aleja a Dworkin de su meta principal: la igualdad, porque parte de considerar a la sociedad como un sujeto racional o como la suma de sujetos racionales, cuando ello no es cierto, o por lo menos no puede probarse.

Las decisiones que se adoptan en la sociedad no corresponden a un razonamiento lógico sobre el deber ser o sobre la libertad del ser humano libre de privaciones, sino que corresponden a intereses de clase, políticos, económicos o a las ideologías y cosmovisiones que tienen sus miembros sobre el mundo, la moral y la ética. Pero las falencias de tal individualismo no se reducen a estos asuntos. Apelar al interés individual deja de lado la empatía y el respeto por la diversidad, pues pasan de ser presupuestos de la condición humana para convertirse en simple vehículos o condiciones que deben cumplirse para que el provecho propio no esté desprovisto de legitimidad.

Tal vez estas consecuencias tengan ocasión por la distorsión que de los principios de equidad y solidaridad han adoptado tales teorías liberales e incluso del liberalismo igualitario. Vale la pena recordar que autores como Hayek consideran que la solidaridad tiene aplicaciones contingentes y desde esa óptica no puede regular de manera general las relaciones sociales (por lo tanto, no es un principio) y el mismo Rawls identifica la solidaridad como la necesidad de ayudar o mejorar la situación de las personas que se encuentran en una posición inferior, como paso previo a la legitimación de la desigualdad.

Es cierto que Dworkin no incurre en este tipo de razonamientos, pero tampoco aporta a la solución de los problemas de justicia implícitos en la pregunta sobre el deber de ayuda a los demás y de manera concreta la obligación de proporcionar asistencia médica a cargo de recursos públicos a nuestros semejantes, pues se limita a proponer una solución en un plano hipotético, como se estudiara en breve.

El individualismo metodológico propuesto por este autor incluso renuncia a los postulados de la razón práctica afirmada y propuesta por Kant, en la cual las acciones no se pueden juzgar por sus consecuencias, sino por su valor interno dado que el actuar racional demanda por ello. La idea de Arendt sobre el respeto de las condiciones que nos hacen humanos como la diversidad y la empatía por los demás es recurrente en el pensamiento liberal, pero se desdibuja en estos autores cuando se incorporan las preguntas sobre la gestión de bienes comunes y de gasto público.

De manera concreta la diversidad pasa a un segundo plano cuando pretendemos establecer un sistema en el que las personas renuncian a lo que las hace únicas y diferentes y establecemos un estándar de pensamiento y una forma de actuar racional ante los problemas o antes las decisiones que adoptan o pueden adoptar. Sobre el particular autores como Okin exponen que el entendimiento de la sociedad en autores como Rawls o Dworkin desconocen la realidad y nos llevan lejos de los problemas que generan un impacto directo en nuestras vidas. Los liberales contemporáneos, afirma, se han desligado de las tremendas implicaciones de la desigualdad sexual y pretenden relevar todo a un asunto económico o del bienestar.

En criterio de Okin, el liberalismo parece ser poco capaz de analizar las repercusiones de un mundo en el cual no haya una igualdad entre hombres y mujeres, sino que de por sentado que el problema de la discriminación, la pobreza, el acceso a servicios de salud y, en general, la exigibilidad de derechos está atravesada de manera exclusiva por la economía. Una teoría de la justicia que pretende suplir los problemas en materia de asignación de recursos tiene que analizar muchos más espacios que los reservados al individuo y analizar estructuras como la familia, sus miembros y sus roles, así como las implicaciones del trabajo doméstico o las limitaciones impuestas debido al sexo (Okin, 1987, pág. 49).

Desde nuestra perspectiva tal crítica es relevante, máxime si los problemas de discriminación y acceso a la asistencia sanitaria, y en general los problemas de la eficacia de los derechos, tienen fuertes raíces en las diferencias de raza, de origen étnico, de sexo, de género, y no solamente en la disparidad de recursos. La propuesta Dworkin sobre la igualdad de recursos puede llegar a generar un ámbito mayor de libertades, pero no elimina los problemas estructurales que subyacen a la práctica médica, a la atención sanitaria, al entendimiento de la enfermedad y a la conceptualización de la salud.

Estos problemas y complejidades para la concreción de un derecho a la asistencia sanitaria parten del reconocimiento del otro como sujeto de derecho y no de la caridad o del subsidio para aquellos "incapaces". La empatía humana y la diversidad juegan un papel determinante en ello, pues una vez reconozcamos que los otros son interlocutores válidos dignos de respeto y consideración, la asignación de recursos sería el menor de los problemas, pues no podríamos ser sujetos éticos si no brindáramos ayuda a nuestros semejantes. Hay que repensar de nuevo la condición humana, que nos caracteriza como miembros de esta especie y que nos es permitido hacer con nuestros tales, habilidades, capacidades e incluso con nuestras limitaciones. Tal vez, la respuesta sería diferente a la de los liberales éticos y dejaríamos de suponer que la única racionalidad es la del capital y el egoísmo "innato en el ser humano".

No es del todo claro cómo se llega a la conclusión de que las personas invertirían los recursos de la manera en que Dworkin dice que lo harían, tal vez millones de personas consideren que es mejor tener la garantía del tratamiento a cualquier problema de salud que puedan llegar a padecer, en lugar de preferir una vivienda, educación u otro tipo de bienes garantizados por la sociedad. Tal vez estos millones de personas a los que hacemos referencia son conscientes de que, partiendo del supuesto de una atención en salud de calidad ante cualquier contingencia generada por la enfermedad, el infortunio o las malas decisiones, pueden luchar sin apelar al Estado por otro tipo de bienes y servicios.

De otra parte, pero siguiendo con el examen a la teoría de Dworkin desde lo que exigiría la razón práctica, el individualismo como metodología para adoptar decisiones deja también a un lado a la empatía y niega la fuerza para construir vínculos entre las personas, e incluso entre aquellos que son extraños morales como lo asevera Engelhardt (Engelhardt, 1995, pág. 111). La maximización de los intereses y de la utilidad, a nuestro parecer, no es una buena idea para asignar y delimitar el derecho a la asistencia sanitaria. Las personas no deberían ser asumidas por el Estado como simple número al cual hay que transferirle una específica cantidad de dinero para que solucionen algunos de sus problemas. Ello no es solidaridad, es sencillamente la forma sofisticada que ha encontrado la sociedad para ocultar el problema de la desigualdad.

La solidaridad no puede entenderse como la consecuencia de las acciones que promueven el interés individual, sino como un auténtico acto de empatía hacia los semejantes, aun cuando deba renunciarse al beneficio personal o este se afecte en alguna medida. Por ende, el ser solidario y empático ha sido dejado de lado en la propuesta de justicia en salud de Dworkin, características que son buenas en sí mismas por su justificación interna y no por sus consecuencias o por los propósitos que persiga.

Apelando a Kant podemos afirmar que tanto la solidaridad como la empatía son imperativos categóricos y no acciones destinadas a la consecución de una cosa que se quiere, cuyo accionar puede darse o no. Sobre el particular este autor expuso:

> "Todos los imperativos mandan hipotética o categóricamente. Los primeros representan la necesidad práctica de una acción posible como medio para conseguir alguna cosa que se quiere (o es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin. Como toda ley práctica representa una acción posible como buena y, por ello, como necesaria para un sujeto susceptible de verse determinado prácticamente por la razón, todos los imperativos constituyen fórmulas para determinar la acción que es necesaria según el principio de una buena voluntad de uno u otro modo. Si la acción fuese simplemente buena como medio para otra cosa, entonces el imperativo es hipotético; si se representa como buena en sí, o sea, como necesaria en una voluntad conforme de suyo con la razón, entonces es categórico" (Kant, 1921, pág. 29)

La fortaleza interna de estos principios y características se debe a que son buenos por sí mismos que definen las características de lo que conlleva ser humano y cumplir con su destino (Kant, 2004, págs. 30-31), por lo cual las personas no pueden sustraerse de estos so pena de renunciar a su humanidad y a la libertad que le es permitida como tal, pues son necesarios en una voluntad "conforme de suyo con la razón" (Kant, 1959, págs. 325-351).

Tanto la empatía como la solidaridad se echan de menos en Dworkin cuando aborda el problema de "la justicia y el alto coste de la salud" y establece una barrera infranqueable entre su teoría y el mundo real, así como entre el mundo del ser y el del deber ser, por lo cual insistimos que ello es un error de principio que pone en duda toda su propuesta y que se evidencia cuando incurre en la premisa predominante en las teorías de carácter liberal: apelar a un contrato o situación hipotética.

Nos parece poco probable y difícil de sostener que, dándose las hipótesis expuestas por Dworkin, las personas se comporten de manera racional o que haya un consenso sobre

los costes que pueden sufragarse para la asistencia sanitaria. Sin embargo, si en gracia de discusión ello tuviera lugar, falta un presupuesto mayor para tal hipótesis: y es que parte de un mundo imaginario, con personas imaginarias y con una concepción sobre la salud y la enfermedad igual de platónica. A pesar de que Dworkin afirme que los liberales éticos son gente real al exponer que: "se trata de ustedes y de mí, y de otros centenares que pueden bastar para representar todas las variantes principales de las convicciones éticas concretas en las comunidades políticas que nos son familiares" (Dworkin, 1993, pág. 163), existe una brecha significativa entre sus postulados hipotéticos que surgen situaciones con esa misma calidad y el mundo en el cual nos ha correspondido vivir.

Compartimos lo expuesto por Zúñiga Fajuri (2006) al exponer que, en el mundo real, en la vida diaria, las personas no actúan como lo hacen los liberales éticos de Dworkin y mucho menos cuando deben adoptar decisiones políticas. Así las cosas, la autora se pregunta si existen, en realidad, razones para aceptar una teoría que se fundamenta en la existencia de sujetos con una "naturaleza" improbable (p. 139). Incluso, Zúñiga considera que, a pesar de partir de un escenario hipotético, la teoría de Rawls se acerca más a lo que en realidad podrían llegar a elegir las personas pues, a diferencia de Dworkin, se guían por una idea de racionalidad, que si bien es contingente es mucho mejor que idear una teoría que parte de una idea natural de justicia. De manera concreta afirma:

> "El autor [Dworkin] yerra aún más al sostener que los representantes de la posición original de Rawls no actúan como lo harían 'personas reales'. Por el contrario, creo son estos seres —sujetos a restricciones que impiden que se elija en base a una naturaleza autointeresada— quienes actúan como normalmente parecemos hacerlo los seres humanos. Son reales sólo aquellos agentes morales a los que se presume una psicología fundada en la idea de racionalidad tal y como la entiende Rawls y no, como hace Dworkin, basada en la noción de sujetos 'naturalmente justos'" (Zúñiga Fajuri, 2006, pág. 139).

No existe un mundo sin problemas de inequidad, en el que todos tienen los medios económicos para proveerse los bienes y servicios que consideran adecuados para vivir una vida que valga la pena vivir, y mucho menos uno en el cual las empresas prestadoras de servicios médicos carezcan de información para establecer limitaciones de acceso a los contratos que ofrecen debido a las situaciones de salud de las personas o del índice de morbilidad de la comunidad a la que pertenece.

Tal como expone Kymlicka, el problema de la teoría de Dworkin es que no tiene en cuenta que algunas diferencias no tienen su origen en la elección, sino en la naturaleza, pero incluso, con todo ello, se piensa en las restricciones de las personas que no tienen afecciones mayores en su salud, pues se les traslada el alto coste de la salud de manera desproporcionada en injusta. En efecto Dworkin señala que:

> "Alguien que «pierde» en ese sentido [quienes pagan el seguro sin recibir alguna compensación] debe trabajar lo bastante duro como para cubrir sus primas antes de estar listo para establecer los compromisos entre trabajo y consumo que hubiera realizado libremente en caso de no haberse asegurado. Si el nivel de cobertura es alto, los asegurados se verían esclavizados, no sólo porque la prima es alta, sino porque es extremadamente improbable que sus aptitudes sobrepasen en mucho el nivel que han escogido, lo que significa que deben trabajar largo y tendido, y que no podrán escoger demasiado el tipo de trabajo que deberán realizar" (Dworkin, pág. 322).

Así, para Kymlicka la asignación de bienes con fundamento en el test de la envidia o cumple las expectativas para una correcta distribución, o por lo menos no como lo asevera Dworkin, quien considera que establecería un reparto justo en el cual nadie saldría perjudicado. En criterio de Kymlicka "una igual consideración tanto para los aventajados como para los desfavorecidos exige algo diferente a una redistribución máxima para los desfavorecidos, aun cuando así los desfavorecidos acaben por envidiar a los mejor dotados" (Kymlicka, 1995, pág. 96).

A su vez, autores como Narveson también realizan fuertes críticas al sistema de subasta de Dworkin, pues considera que la igualdad de recursos no puede compensar suficientemente a las personas objeto de desigualdades inmerecidas. Para tal efecto expone que un ejemplo en el cual una persona, a quien llama Smith, nace con desventajas respecto de otro sujeto, llamado Jones, y por tanto tiene menor capacidad para obtener recursos, el sistema de subasta no puede igualar a estos sujetos, pues a pesar de tener una porción inicial de recursos similar o incluso una diferenciación basada en compensación, el resultado de su empleo generara situaciones diferentes y es posible, muy posible, que Jones, en todo caso, tenga una renta más alta. Al respecto expone:

> "El hecho es que en el mundo real Smith se encuentra, respecto de cualquier medida que afecte a él o a Jones, un buen trecho por detrás que Jones. ¿Podemos sostener honestamente que el conjunto de condicionamientos añadidos al conjunto de recursos que de hecho tiene le «compensa» suficientemente en términos de una sustancial teoría de la igualdad?" (Narveson, 1983, pág. 18).

Sobre este punto Dworkin considera que, si bien su teoría no soluciona el problema de la desigualdad de un tajo, es la mejor metodología que podemos emplear para solucionar problemas prácticos, pues no se queda impávida frente a los problemas generados por la desigualdad, sino que adopta una metodología que nos acerca más a un enfoque que permita la libertad. Sin embargo, consideramos que la justicia en salud demanda que se adopten decisiones fundamentadas en condiciones reales, destinadas a personas reales, con problemas y características reales, y no sobre la base de presupuestos ficticios para sociedades utópicas, pues si pudieran plantearse soluciones desde la comodidad del mundo de los sueños o bajo el abrigo de la ignorancia, no tendría lugar la urgente necesidad de volcar todo nuestro conocimiento y preocupación genuina para transformar la realidad, pues sería cuestión de cambiar la realidad como si pasáramos de la lectura de un cuento de terror a uno de que nos reportara tanto interés que no quisiéramos culminar jamás.

Es cierto que las hipótesis solucionan problemas aun cuando no podemos comprobarlas de manera efectiva. No obstante, el asunto aquella formulada por Dworkin es que parte de una idea irrealizable y en la cual la sola aplicación de sus premisas terminaría vaciando de contenido el propio problema.

Imaginemos un mundo donde todos tienen recursos, donde no hay brechas sociales y donde las empresas que prestan servicios de salud no pudieran adoptar decisiones para excluir a las personas por sus características. En nuestro criterio, ese mundo idílico que nos propone Dworkin para defender su teoría ya bastaría por sí mismo para eliminar los problemas asociados a la enfermedad, tanto en su aparición como en la manera en que se tratan y discriminan a los seres humanos con fundamento ello.

# IV. LIBERTARISMO

*"una sociedad que priorice la igualdad por sobre la libertad no obtendrá ninguna de las dos cosas. Una sociedad que priorice la libertad por sobre la igualdad obtendrá un alto grado de ambas"*

Milton Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits,* 1970: 128.

*"¿Cómo fijar límites concretos al poder supremo si precisamente constituye su objetivo la determinación de una felicidad inconcreta que a todos alcance? ¿Hay que considerar a los príncipes como los padres del pueblo, aun cuando entrañe tal supuesto gravísimo riesgo de verlos convertidos también en sus déspotas?*

G.H. von Berg, *Handbuch des deutschen Policeyrechtes,* 1799-1804: 3. Citado en Hayek 1960: 339.

El Estado grande, robusto y omnipresente fue una preocupación constante para los teóricos liberales y también para los libertarios. Estos últimos, a diferencia de los primeros, tenían posturas radicales sobre la ilegitimidad de la intervención estatal con el propósito de corregir o mitigar las consecuencias de la mala suerte de la lotería social o la natural. Si bien ambas escuelas de pensamiento tienen en común la creencia de que el mecanismo del mercado puede asignar correctamente bienes sobre la base de la oferta y la demanda, los libertarios consideran que, en ninguna circunstancia, puede existir una redistribución del ingreso. Esto conlleva a que, contrario al pensamiento liberal como el de Hayek, los representantes de la escuela libertaria consideren que un sistema de asistencia a la pobreza extrema no sólo sea ilegal, sino ilegítimo.

Debido a ello, resulta coherente que los mayores defensores de los ideales libertarios se destaquen en la segunda mitad del siglo XX, pues el período que le sucedió al último conflicto de carácter mundial estuvo marcado por un crecimiento sin precedentes de una burocracia especializada en la creación y materialización de programas de asistencia pública,

para la satisfacción de complejos programas institucionales que tuvieron como propósito garantizar derechos con amplios contenidos prestacionales. Los teóricos de la escuela libertaria concentraron su disenso frente a las denominadas políticas de bienestar, en el hecho de que éstas implicaban la apropiación de recursos económicos por medio de gravámenes a la propiedad y a las transacciones que tenían lugar en el mercado regulado por el Estado.

Teniendo en cuenta que las políticas del bienestar requerían de recursos que debían ser destinados a satisfacer la demanda específica de bienes necesarios para su consecución, el Estado cumplía un papel importante en establecer mecanismos persuasivos para coaccionar a los individuos a ceder parte de su renta o sus ganancias con la consigna de lograr el bien común bajo la égida del principio de solidaridad, hecho suficiente para que los libertarios ejercieran una defensa férrea frente a lo que denominaban la confiscatoriedad de la propiedad privada.

Para los libertarios, la tributación no era otra cosa que la redistribución obligatoria de los bienes conseguidos con el propio esfuerzo y una apropiación ilegitima del producto del trabajo de los seres humanos, pues como expone (Van Parijs, 1993), para los defensores de tal teoría, los impuestos constituyen un hurto y el hecho de ser perpetrado por el Estado, lejos de legitimarlo, incrementa aún más su carácter criminal (pág. 97). Por tanto, aunque los libertarios consideran que el Estado debe establecer regulaciones básicas para que pueda existir un mercado, y en esto se diferencian de los anarquistas, afirman que nada legitima la intromisión estatal en su funcionamiento, mucho menos con el propósito de realizar una redistribución de una parte de los bienes que allí son objeto de negociación con el objeto de materializar algún tipo particular de "*lo bueno*", pues no hay nada de injusto en el mercado, el cual no es más que la interacción compleja de transacciones voluntarias entre individuos libres.

La denuncia hecha por los libertarios conlleva a la formulación de una idea clara: el retroceso del poder estatal. Así, de manera sencilla, la idea de esta teoría se fundamenta en la reducción de las funciones del Estado, hasta el punto de que garantice únicamente las

libertades civiles y políticas, así como las condiciones propicias para que el mercado funcione, en su criterio: la seguridad frente al uso desmedido de la fuerza por parte de otros individuos y el cumplimiento de los contratos, instituciones básicas para garantizar la libertad de las personas.

De esta manera, la escuela libertaria surge como una alternativa a las propuestas del utilitarismo y el liberalismo igualitario, e incluso al liberalismo modernista de Hayek y posteriormente de Shklar, pues, a diferencia de estos, no considera que existan argumentos suficientes para contribuir a las necesidades ajenas, so pena de instrumentalizar al ser humano y actuar por fuera del imperativo categórico empleando a los seres humanos como medios y no como fines en sí mismos.

Desde esta perspectiva, las funciones reducidas del Estado implican, desde luego, la disminución de las garantías que este puede brindar a sus ciudadanos, dado que un Estado minimalista no cuenta con la legitimidad y los recursos suficientes para reconocer derechos que impliquen su intervención activa e incluso generen una distorsión en el mecanismo de precios dado que entra a regular actividades privadas y asumir funciones que podían ser previamente contratadas con particulares. Como exponen Arnsperger, y Van Parijs (2002):

> "El punto de partida del pensamiento libertario es la dignidad fundamental de cada persona, que no puede ser burlada en nombre de ningún imperativo colectivo. Esta dignidad reside en el ejercicio soberano de la libertad de elección en el marco de un sistema coherente de derechos. El libertarismo pretende así articular de manera consecuente una idea cuyo atractivo, hoy en día, no cede en nada frente al ideal utilitarista de una sociedad feliz: una sociedad justa es una sociedad libre" (p. 43).

De esta manera, la teoría libertaria niega la existencia de los derechos sociales debido a que tales garantías tienen un fuerte componente prestacional, esto es, que implican obligaciones positivas para el Estado, obligaciones de dar y hacer, para lo cual debe destinar

recursos económicos para su materialización, hecho que, por supuesto, parte de establecer un sistema de tributación sobre el cual se provean recursos para su posterior redistribución. Estas precisiones resultan fundamentales en nuestro objeto de estudio, pues la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria parte de la evidencia que este tiene un fuerte contenido prestacional, lo cual ataca su propia existencia.

Teniendo en cuenta que un derecho a la asistencia sanitaria parte de la correlativa obligación de que alguien financie tal empresa, la teoría libertaria brinda importantes elementos para realizar un examen sobre su legitimidad, legalidad y eficacia. Aunado a ello, brinda elementos que deben tenerse en cuenta en el terreno de lo ético, de la moral y de la razón práctica, con el propósito de determinar si existe algún deber de proporcionar un servicio a los otros, más allá de aquellos sobre los cuales se espera una contraprestación.

Al igual que Zúñiga Fajuri (2006), consideramos que la importancia del libertarismo radica en que fundamenta la idea según la cual el cuidado sanitario y las prestaciones que se derivan de ello son asuntos que no requieren más intervención estatal que la de asegurar las condiciones para que opere el libre mercado, el cual tiene plena capacidad de asignar tales servicios de la manera más eficiente. Así las cosas, para la escuela libertaria no existe un derecho a la salud, sino un mercantilismo sanitario en el cual el Estado renuncia "a su política impositiva tendiente a asegurar a los más pobres un mínimo sanitario" (p. 19), sobre la base de la creación de agencias privadas las cuales pueden prestar tal servicio de manera eficiente y en la cual cada uno de sus integrantes ha aportado, bajo un esquema de aseguramiento, al aprovisionamiento de un capital para el uso comunitario y contingente del mismo.

Sobre la base de estas premisas, abordaremos el estudio de un conjunto de autores representativos de la escuela libertaria, que en síntesis considera que el Estado tiene como único propósito garantizar las condiciones favorables y necesarias para que puedan generarse el libre mercado, por lo cual debe abstenerse de formular normas y llevar a cabo políticas públicas cuya finalidad sea la redistribución de los recursos económicos, a partir del cobro coercitivo del mismo por la vía de los impuestos, para llevar a cabo una teoría liberal de la

igualdad o una teoría igualitaria del mayor bienestar para el mayor conjunto posible de individuos. Por tanto, la fundamentación de un derecho como la salud deberá ser examinada de manera crítica a partir de la teoría libertaria, pues los importantes aportes de estos teóricos constituirán una prueba de fuego, para las propuestas que aseveren que tenemos una obligación de ayudar a los demás, incluso si nos son desconocidos.

# 1. ROBERT NOZICK Y EL ESTADO MÍNIMO

> *"¿Qué hombre sería libre si el capricho de cada semejante pudiera gobernarlo? La libertad consiste en disponer y ordenar al antojo de una persona, sus acciones, su patrimonio y cuanto le pertenece, dentro de los límites de las leyes bajo las que el individuo está. Y, por lo tanto, no en permanecer sujeto a la voluntad arbitraria de otro, sino libre para seguir la propia".*
>
> John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil,* 1990: Sec. 57.

## 1.1. Un Estado más grande que el necesario para proteger el derecho a la propiedad, garantizar la seguridad y el cumplimiento de contratos es ilegítimo

Las contribuciones del profesor Robert Nozick a la filosofía política y en especial a las teorías de la justicia son invaluables, tanto así que se le ha catalogado como uno de los pensadores más influyentes del siglo XX en tales materias. Nozick defendió la premisa de que el ser humano debe ser dueño de sí mismo, razón por la cual expuso que el libre mercado, la restricción a las autoridades para que redistribuyan la riqueza, el Estado mínimo y la cooperación voluntaria, eran condiciones necesarias para lograr que los seres humanos tuvieran plena libertad[48].

De conformidad con Campbell (2002) la justicia en Nozick "*se refiere al hecho de que cada individuo debe obtener aquello para lo cual tiene un título en virtud del ejercicio*

[48] Robert Nozick (1938-2002) fue profesor de filosofía de la Universidad de Harvard, y ha sido reconocido como "uno de los pensadores más influyentes del siglo XX en el campo de la filosofía política, al menos en el mundo angloamericano. Traspasó las barreras académicas de las disciplinas y enseñó en las facultades de derecho, sociología y economía, de allí sus trabajos sobre la propiedad, la racionalidad y el mercado. || Sus ideas son particularmente importantes para entender el alcance de las consideraciones normativas, y más aún para los economistas que defienden a ciegas el mercado y desconocen la relación implícita entre libertad e igualdad de las teorías que adoptan el mercado como la solución a los problemas de justicia distributiva" (Esguerra Roa, 2006, págs. 61-62).

*de dichos derechos*" (p. 18). Por tanto, no debe permitirse, en ninguna circunstancia, la reasignación de la propiedad, si la misma se ha adquirido de manera legítima, dado que "*la relación que se establece entre el individuo y la sociedad está marcada por la defensa de los espacios individuales frente a la colectividad. Es decir, la sociedad o el Estado, debe garantizar que las personas mantengan su individualidad a pesar de convivir en sociedad*" (Esguerra Roa, 2006, pág. 63).

Como lo expone Esguerra Roa (2006), Nozick reacciona frente a uno de los reclamos más severos que se enrostran al utilitarismo, esto es, como lo señala (Hart, 2002, pág. 17) su desconocimiento de la importancia moral de la separabilidad de las personas. En criterio de esta autora:

> "Nozick rechaza la sujeción que tiene el individuo bajo el esquema utilitarista que acepta como correcta una situación en que se puede esclavizar a una persona para complacer a otras tantas; por ello, se centra en el principio de separabilidad de los individuos para defenderlo del dominio del bienestar general que está inmerso en el utilitarismo. Es decir, no admite la posibilidad de agregar las preferencias individuales para obtener una decisión colectiva." (Esguerra Roa, 2006, págs. 63-64).

Nozick al igual que todos los libertarios, se opone duramente a cualquier intromisión del Estado en el funcionamiento del mercado, que a sus ojos no es más que la interacción compleja de transacciones voluntarias entre individuos libres. Los impuestos para los libertarios son un robo puro y simple y el hecho de ser perpetrado por el Estado lejos de legitimarlo incrementa aún más su carácter criminal (Van Parijs, 1993, pág. 97).

Para Nozick (1998) resulta ilegítimo que un tercero externo que no participó en una negociación se apropie de una porción de las utilidades que se generaron a cuenta y riesgo de los contratantes. Así las cosas, considera que los gobiernos impongan tributos sobre los intercambios libres, máxime cuando tal recaudo tiene como propósito mejorar las

condiciones de personas que a partir de malas decisiones han presentado una disminución de sus ingresos y de su renta, e incluso de sujetos a quienes debe compensársele por las desigualdades materiales producto de la lotería natural (p. 160-162). Por tal razón propugnó por la reducción drástica del tamaño y las funciones del Estado, dado que no sólo resultaba oneroso, sino que imponía un principio de solidaridad, a partir de la redistribución forzosa de las utilidades percibidas en intercambios de carácter privado.

Con fundamento en ello, afirmó que las únicas cargas tributarias que son legítimas son aquellas relacionadas con la prestación de servicios estatales que fuerzan al cumplimiento de los contratos, permiten los intercambios de manera segura en el mercado y determinan los responsables de obligaciones, como las instituciones de Policía y el sistema judicial. De manera concreta, señala que el único Estado legítimo es el Estado mínimo que proteja a las personas contra la violencia, el robo y el fraude, pues en su criterio:

> "[…] cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas, y, por tanto, no se justifica; […] el Estado mínimo es inspirador, así como correcto. Dos implicaciones notables son que el Estado no puede usar su aparto coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien o protección." (Nozick, Anarquía, Estado y Utopía, 1988, pág. 7)

Aunado a ello señaló que el Estado mínimo evita que las personas sean empleadas como medios para la consecución de fines colectivos por medio de su instrumentalización, estableciendo limites concretos a la intromisión en la esfera de decisión de las personas, con los cual no solo se protegen sus derechos individuales sino su dignidad, "que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que

posean la misma dignidad. ¿Cómo osaría cualquier Estado o grupo de individuos hacer más, o menos?" (Nozick, 1988, pág. 319).

Este Estado mínimo además se justificaba por incentivar el esfuerzo de los individuos para su propio beneficio, fomentar la competencia y la autorregulación de los precios a partir de las leyes de oferta y demanda. Sin embargo, los cuestionamientos a esta teoría no son tan complejos de encontrar. En primera medida, el concepto de personas que intervienen libremente en el mercado nos hace pensar que todos tienen plena capacidad para competir y para adoptar decisiones desde una perspectiva racional, hecho que no corresponde con la realidad, dado que las personas no se encuentran en igualdad de condiciones para negociar e incluso pueden tomar decisiones que les afecten.

De hecho, la falta de asistencia sanitaria es un punto de importante reflexión en relación con la manera en que las personas interactúan con el mercado. Si se pretende la protección del mercado a ultranza y se establece que los agentes intervienen en el mismo de manera libre, sería propicio, por lo menos desde esta teoría, que les permitan a las personas realizar transacciones de manera libre y autónoma.

Para explicar este punto es importante mencionar que no todo intercambio entre sujetos es legal, de hecho, existen condiciones para que esto se dé, las cuales recaen no sólo en el justo título, es decir en determinar de manera concreta que quien se reputa dueño puede disponer de él, sino en transacción en sí misma, pues las cosas tienen un valor mínimo que les da el mercado y no puede ser desconocido por acuerdos privados. En el campo de los negocios jurídicos, desconocer el justo precio de las cosas se conoce como lesión enorme y tiene importantes repercusiones en la validez que se otorga a los contratos. En un sentido similar existen previsiones para quienes pretenden defraudar a otros sujetos de derecho mediante la insolvencia para sustraerse del pago de obligaciones, entre otros asuntos que pretenden proteger a quienes intervienen en el mercado.

Así las cosas, las interacciones en el mercado no son del todo libres, existen parámetros éticos y morales en su ejercicio. De esta manera, a pesar de las diferencias entre los sujetos de derecho o entre los agentes de un mercado, las normas jurídicas tienen por objeto establecer parámetros para acortar las diferencias y poner a las personas como iguales, por lo menos en el plano legal para la defensa de sus derechos. Resulta claro que la igualdad para poder ejercer los mecanismos institucionales, de hecho, los que tienen por objeto proteger los tan anhelados contratos (una función del Estado mínimo) es un requisito para las transferencias justas. Con fundamento en ello, vale la pena cuestionarse si la insatisfacción de necesidades básicas, como la falta de atención sanitaria, no constituye un obstáculo insalvable para reputar que una interacción en el mercado se realizó de manera libre y autónoma.

Ni siquiera los liberales clásicos (como Smith) o los neoclásicos (como Hayek) consideraban que el mecanismo de mercado debía ser indolente ante la forma en que los sujetos intervenían en el mercado. Aunque estas escuelas no reconocieran derechos, si reconocían que el Estado debía brindar las condiciones para que en casos extremos se brindara ayuda. Esto, por supuesto, pretende proteger la autonomía de las personas, pero sobre todo dotar al mecanismo de mercado de sujetos que tuvieran la capacidad de interactuar y negociar en este.

Sin embargo, los libertarios no sólo abdican de tal idea, sino que renuncian por completo a analizar las consecuencias de un mercado en el cual no se establezcan previsiones para la justa competencia. Esto último atenta incluso contra la propia existencia del mercado, pues la eliminación progresiva y sistemática de agentes que interactúen en el mismo, producto de precarias condiciones que no les permite realizar actividades de intercambio puede llegar a colapsar con este. De hecho, tal como lo expone Sen (2000), los libertarios establecen una prioridad absoluta en el derecho de la propiedad y, a su modo de ver, en un entendimiento distorsionado de la libertad. De manera concreta, en el libro *Anarchy, State and Utopía*, Nozick afirma que los derechos económicos de los individuos no pueden ser

relevados a partir de un cálculo de sus resultados, por muy negativos que estos puedan llegar a ser (p. 89).

La crítica concreta de Sen parte de que establecer derechos absolutos, basados en un enfoque individualista, puede generar consecuencias nefastas, incluso entre los propios libertarios, pues establecer una prioridad absoluta a la libertad puede llegar a sacrificar otros bienes que también son indispensables en la vida humana. Al respecto expone que: "existe la posibilidad de violar la libertad fundamental de los individuos para conseguir las cosas a las que tienen razones para conceder gran importancia, entre las cuales se encuentran evitar la muerte evitable, estar bien nutridos y sanos, saber leer, escribir y contar, etc. No se puede pasar por alto la importancia de estas libertades en aras de la «prioridad de la libertad»" (p. 89).

De esta manera, afirma Sen, las personas con escasos o ningún recurso económico, como las personas no favorecidas por la lotería natural (entre estos algunos enfermos) o por encontrarse desempleados pueden estar en peligro de muerte, porque sus derechos económicos, aun cuando sean legítimos, no les proporcionan los suficientes alimentos y las suficientes oportunidades para poder vivir. Así las cosas, un esquema de libertades basado en la teoría libertaria es compatible con la existencia de privaciones, incluso cuando estás atentan contra la dignidad y la vida, y esta última no en un sentido metafórico, sino en un real, como por ejemplo la "falta de atención médica para las enfermedades curables que pueden coexistir con el pleno reconocimiento de todos los derechos libertarios (incluidos los derechos de propiedad" (Sen, 2000, pág. 90).

En ese sentido coincidimos con Sen, toda vez que un sistema que deja de lado las consecuencias por establecer como prioridad absoluta derechos de índole económico, basados en una supuesta defensa de la libertad (una especial forma de libertad, contra la intromisión de los otros, pero no contra la miseria, ni contra las causas que generen que las persona no puedan adoptar decisiones informadas y conscientes) atenta contra la existencia del individuo y contra la propia idea de la sociedad.

Desde nuestro punto de vista, la versión libertaria propuesta por Nozick en Anarquía, Estado y Utopía constituye un enfoque limitado del concepto de libertad, ni siquiera por tener prioridad sobre enfoques morales sobre la razón práctica, sobre la bondad, sobre lo correcto o sobre la solidaridad, sino por la protección de un derecho de propiedad, que, si bien es importante, no puede priorizarse sobre la propia existencia humana.

## 1.2. La insuficiencia del Estado mínimo: la abdicación de Nozick

> *"La posición libertaria que una vez propuse me parece ahora seriamente incorrecta"*
>
> Robert Nozick, *The Examined Life: Philosophical Meditations*, 1989: 292.

Si se trata de hacer justicia a un autor, hay que exponer que Nozick tuvo un cambio de orientación en la teoría propuesta en toda una vida de carrera académica. En sus últimos días expuso que había dado mucho valor a los principios que establecen una actitud individualista y que difícilmente fundamentarían una teoría de la justicia. De manera concreta en su artículo *The zigzag of politics* [Nozick (1989)] abandona la tesis defendida en *Anarquía, Estado y Utopía* afirmando que tenía serias dudas de la consistencia de la doctrina libertaria sobre la cual trabajó toda su vida dado que le parecía insuficiente debido a la falta de integración de otras variables necesarias para la justicia (p. 292).

En efecto, para el nuevo Nozick la evidencia de muchos años de investigación y meditación sobre su producción académica le llevó a concluir que, contrario a lo que creía, hay muchos principios en pugnan en una sociedad y estos tienen una importancia relevante en la construcción de la justicia y las libertades.

La defensa de la propiedad privada y de una libertad encausada a ello pasa a un segundo plano y ante la pregunta sobre si una mayoría democrática tiene derecho a usar el aparato del Estado para perseguir sus fines conjuntos, Nozick (1989) expone que, en efecto las formas de expresión colectivas son un aspecto importante en el marco de una vida llena de sentido (p. 287-288).

Así las cosas, esta nueva versión de Nozick, su versión final, considera que si la democracia lo impone el Estado se encuentra legitimado para ayudar a los demás, como lo expone Lessnoff (2001) Nozick considera que "ayudar a los que lo necesitan a través de la

acción del Estado puede, apropiada y legítimamente, expresar nuestra preocupación por nuestros prójimos" (p. 285).

Sin embargo, esto no implica que todos tengan derecho a una ayuda por el hecho de necesitarla o que estemos obligados a hacerlo porque nuestras inclinaciones morales sobre el bien deban convertirse en normas de conducta, pues lo que Nozick ha hecho con su disertación final ha sido establecer que este deber debe tener lugar por la vía estatal, si y sólo sí la mayoría lo decide. Así las cosas, un derecho a la asistencia sanitaria tendría lugar si la mayoría así lo decide, razón por la cual los derechos básicos son sujetos de negociación y de transformación constante y no existen unos mínimos que deban reconocerse independientemente del valor que les asigne la sociedad.

Esta fe ciega en la democracia, que refleja el giro dramático de su pensamiento, conlleva el peligro latente de la dictadura de las mayorías, pues en última instancia condiciones los derechos básicos de las personas para poder vivir en sociedad a su concesión y reconocimiento por parte de los demás, asunto que desconoce que las minorías también tienen derechos y que precisamente estos se desprenden de las imposiciones sobre su forma de vida, desde las doctrinas hegemónicas.

De esta manera, su abdicación no se refiere a la protección de los derechos fundamentales, sino a la sumisión del poder estatal hacia la soberanía del pueblo, en último sentido hacía la libertad de las personas de poder configurar la sociedad que quieren por medio de la validación de las decisiones mayoritarias por la vía democrática. Un enfoque semejante es fiel a los postulados de autonomía que defendió toda su vida, pero desde un enfoque estrictamente procedimental, dado que defiende la posibilidad de que los integrantes de la comunidad tengan la posibilidad de poder incidir en las decisiones sobre política pública o el reconocimiento de derechos de contenido prestacional a partir de la manifestación de su voluntad en las urnas.

Sin embargo, hasta el final de sus días, el profesor Nozick negó la existencia de derechos inescindibles, más allá de aquellos que tienen lugar en su Estado mínimo. Su abdicación se concreta en la posibilidad de que el Estado pueda redistribuir recursos si las personas constituidas en mayoría así lo deciden, pero no en el reconocimiento de garantías básicas, más allá de las estrictamente relacionadas con la propiedad y el proceso democrático.

En esto reside nuestra crítica final a su pensamiento: la justicia requiere que la autonomía deje de percibirse desde un escenario estrictamente procedimental, dado que la posibilidad de un ser humano plenamente capaz de adoptar decisiones, incluso las democráticas, requiere necesariamente que se satisfagan garantías básicas para la adopción de decisiones informadas, que contribuyan a una ciudadanía activa sin que tal accionar se vea menoscabado por el miedo ante el hambre, la enfermedad y la exclusión.

Una autonomía estrictamente procedimental en realidad no contribuye a la democracia, sino al gobierno de las mayorías que desconoce los derechos de quienes han sido marginados por la enfermedad y por la falta de oportunidades. Si la posición libertaria que Nozick algún día defendió le pareció seriamente problemática al final de sus días, su nuevo pensamiento no está exento de dificultades y limitaciones para la libertad humana. Aunque en un acto de nobleza académica reconoció las dificultades del enfoque que defendió durante casi toda su vida como intelectual, su disertación final aún luce insuficiente para las demandas de un mundo que requiere con urgencia que se defiendan de manera vehemente otros derechos más allá de la propiedad y el proceso político por medio del cual está encuentra legitimidad. Un mundo en el cual los hombres y las mujeres, en realidad, puedan ser dueños de sí mismos.

# 2. TRISTRAM ENGELHARDT Y LOS LÍMITES DEL PODER ESTATAL

> *"La búsqueda del fundamento de una moralidad que sea accesible a todas las personas está profundamente arraigada en la historia occidental. Fue en occidente donde se aspiró por primera vez de forma sistemática a contemplar la realidad desde la perspectiva anónima de la razón, de logos, de cualquier persona –de articular una perspectiva normativa desde ninguna parte y fuera de cualquier historia concreta".*
>
> H.T. Engelhardt, *Los fundamentos de la bioética,* 1995: 31.

## 2.1 El fracaso del proyecto moderno y la consecuente necesidad de establecer una moral secular

Para Hugo Tristram Engelhardt (1995) el proyecto de la modernidad obedecía a la pretensión de descubrir una moralidad canónica dotada de contenido, que fuese más que un simple procedimiento y pudiera vincular personas desconocidas. En su entender, tal objetivo era de importancia cardinal dado que su materialización generaría que se desvanecieran las creencias religiosas como "vestigios de un pasado irracional y se podría vivir a la luz de una moralidad dotada de contenido y revelada por la razón" (p. 15).

A su modo de ver, a la razón se le confió la capacidad de definir la naturaleza humana, dando lugar a la pretensión de un proyecto totalizante que pusiera fin a las divisiones establecidas por la fe y que llevara a la humanidad a la prosperidad y a propósitos nobles, dado que, con fundamento en la razón, el poder de la autoridad estatal debía encontrar sustento en la legitimidad que otorgaba el pueblo para conseguir el bien común a partir del respeto de libertades y no en aquella derivada de un supuesto vinculo de los gobernantes con Dios, sin procesos democráticos y por la autoridad dogmática derivada de la tradición (Engelhardt, 1999, pág. 22) .

Así, el autor considera que las religiones no sólo tuvieron que enfrentarse al abandono progresivo de la idea de Dios como fuente de autoridad, sino entre ellas mismas, debido a la fragmentación que produjo la Reforma en la cultura cristiana occidental, lo cual produjo la separación entre el mundo antiguo y el moderno, este último fundado en los límites de la experiencia y en la idea de un proyecto común humano desprovisto del temor reverencial a un Dios[49] (Engelhardt, 1999, pág. 18).

Tal pretensión de la modernidad tiene una relación inescindible con la justicia, pues, como lo expone el propio autor, "existía la esperanza de poder establecer una opinión o una concepción concreta de la justicia y de la acción correcta que expresara las exigencias de la razón y de la humanidad, y no simplemente una visión del mundo o una ideología particular" (Engelhardt, 1995, pág. 15).

En su criterio, la constatación del fracaso de esa empresa, junto con el establecimiento de los límites de la razón, constituyen "la catástrofe fundamental de la cultura contemporánea secular" (Engelhardt, 1995, pág. 15). Sin embargo, ello también genera nuevas oportunidades en los estudios sobre la bioética y sobre las cuestiones relacionadas con la justicia en la asignación de recursos o la adopción de decisiones sobre políticas, en el ámbito del servicio público de salud[50].

---

[49] Engelhardt (1999) asevera que el creciente interés por los studia humanitatis "desbancó a los studia divinitatis. A diferencia del valor contemporáneo que se atribuye a las humanidades en oposición a las ciencias, las ciencias y las tecnologías se consideraron como parte esencial de la consecución de lo que es genuinamente humano. Desde las expediciones marítimas de Magallanes, hasta Copérnico y su De Revolutionibus, y el De humani corporis fábrica de Vesalius, se abrió paso una nueva confianza en la ciencia, la tecnología y la naturaleza humana. La lucha por el Reino de Dios perdió interés para dar lugar a una república del hombre" (p. 18).

[50] Al respecto Engelhardt afirma que: "La eutanasia, la desigualdad en el acceso a la asistencia sanitaria, la maternidad de alquiler, la limitación del acceso a las intervenciones médicas costosas, la investigación con fetos y la venta de órganos son solamente algunas de las cuestiones sobre las cuales no sólo existe poco acuerdo, sino una agitada discusión (…). Se ha desarrollado una amplia y bien articulada colación de diferentes bioéticas permisivas. Sin embargo, incluso en este punto, la aparente coincidencia de pareceres pone al descubierto un profundo desacuerdo cuando se plantean cuestiones como el alquiler de úteros con fines comerciales, servicios de eutanasia, o la creación de un sistema sanitario de dos niveles (esto es, un nivel al que tendrían acceso todas las personas y un segundo nivel al que sólo accederían las personas acaudaladas)" (Engelhardt, 1995, pág. 16)

Tal como lo expone Engelhardt la pretensión de una moral universal y de un proyecto de homogeneizar las ideas de lo correcto han sufrido un revés importante en la segunda parte del siglo XX, puesto que, aunque las ideas liberales aún mantienen el raciocinio de la razón práctica y premisas trascendentales sobre determinados derechos y moralidad, se encuentran articuladas con una política sobre la pluralidad como requisito para la legitimación de los discursos, aunque estén cargados de buenas intenciones.

Es usual ver que, con base en ello, los tribunales constitucionales hayan establecido de manera paulatina los diálogos interculturales para adoptar decisiones que modifican las dinámicas sociales o del reconocimiento de derechos, muy a pesar de que para la sociedad occidental las decisiones adoptadas eran evidentes. Sin embargo, no compartimos la magnitud de fracaso que Engelhardt asigna al proyecto moderno, pues muchas decisiones se adoptan en la actualidad empleando un tipo específico de moral, sobre todo cuando tiene por objeto regular comportamientos de extraños morales (categoría que se explicará más adelante, pero que de manera preliminar podemos indicar que se trata de las personas que no comparten nuestros principios morales o que tienen una concepción diferente del mundo y la justicia), pues terminan imponiéndose discursos en nombre de la democracia, el bien común e incluso la libertad.

Por ejemplo, una idea de discurso con pretensiones amplias es la referida a los derechos humanos, pues tal como lo expone Fariñas (2005) estos tienen como propósito dotar de validez universal inobjetable unos principios morales que determinen el contenido de un concepto amplio como la dignidad humana con independencia de las diferencias basadas en la cultura o la religión (p. 198).

No obstante, reconocemos que esta idea de moralidad es contingente pues, aunque tenga propósitos universales, en muchos asuntos, depende de las circunstancias y de los actores implicados. Por tanto, Engelhardt partiendo de la imposibilidad de descubrir, en incluso elaborar, una moralidad canónica dotada de contenido sugiere que es posible crear

una ética procedimental que logre articular diferentes concepciones morales para resolver problemas a partir de consensos que respeten la libertad de las personas y que no sean imposiciones sobre lo correcto. Al respecto, expone que algunos sujetos, sin saberlo ellos mismos, son férreos defensores de visiones particulares sobre la moral, sin darse cuenta de que las ideas producto de ese ejercicio

> "no procede[n] de la razón misma sino de compromisos morales particulares que sirven de marco a sus aseveraciones. Como consecuencia, consideran la posmodernidad un error intelectual. Para ellos su narrativa moral es la única que puede ser legítimamente contada en todos los lugares y en todos los tiempos, sin reconocer que es una visión de un lugar concreto, que es una narrativa moral particular. Los partidarios de este tipo van desde teólogos morales católicos, hasta defensores del igualitarismo que pretenden una teoría de la justicia universal dotada de contenido. La dificultad reside en que todas estas explicaciones morales presuponen lo que intentan demostrar" (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, pág. 20).

En consecuencia, Engelhardt (1995) reconoce a la diversidad como algo intrínseco al comportamiento humano en sociedad, que debe tenerse en cuenta para formular una respuesta al problema de la asignación de recursos para la asistencia sanitaria, lo cual implica que encuentra en el pluralismo la fuente de creación de verdaderos consensos, dado que cuando los individuos intentan resolver sus controversias no escuchan a Dios de la misma manera y no encuentran argumentos racionales bien fundados para resolver sus controversias morales, por tanto, sólo les queda lograr un acuerdo pacífico sobre cómo y hasta qué punto colaborar (p. 21).

Entonces, al establecer que la autoridad moral no puede derivar de Dios —dado que las interpretaciones sobre sus designios son diferentes desde lo personal e incluso desde lo congregacional—, así como tampoco de la razón —pues incluso a pesar de Kant no pudo llenarse a la moral de contenido, dado que la formulación de principios obedece a

compromisos personales sobre lo correcto—, sólo puede derivarse de los individuos[51]. Para apoyar tal premisa el profesor expone el caso de la comunidad *Ik,* la cual habita entre las montañas del continente africano que sirven de frontera a los países de Uganda, Sudán y Kenia, la cual rechaza el altruismo pues de conformidad con su sistema de valores lo bueno y la bondad es equivalente al acto de tener un estómago lleno y haber saciado su apetito. Incluso la raíz misma de la palabra bueno confluye con la designada para saciar el hambre, "[d]e esta manera, quitarle el alimento a alguien que se está muriendo de hambre podría ser calificado de buena acción" (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, pág. 57).

Este tipo de situaciones llevan a Engelhardt a preguntarse si es inmoral el punto de vista de los *Ik* y en caso de serlo cuáles son las razones que llevan a tal conclusión. En su criterio, la respuesta a ello dependerá de la justificación de las afirmaciones con las cuales se pretenda establecer que algo es moralmente vinculante, pues cada comunidad parte de unos supuestos que de encontrarse de manera correcta en la argumentación generan que las premisas que sustentan un tipo de conducta se acompasen de la moralidad.

Esta argumentación pretende responder al interrogante sobre: ¿Cómo se puede establecer que algo es moralmente vinculante? En opinión de Engelhardt (1995) habrá que distinguir tres cuestiones: "a) la génesis de un criterio moral; b) la justificación de un criterio moral; c) los fundamentos para estar racionalmente motivado a actuar moralmente" (p. 57). En relación con el primero de ellos, afirma que los criterios morales concretos tienen origen en diversas influencias sociohistóricas, dado que no es gratuito que las explicaciones científicas sobre los fenómenos naturales privilegien un estatuto epistemológico fundado en la lógica y la razón, debido a los sucesos históricos que finalmente erradicaron la religión de toda forma de explicación "coherente", muchos considerarían inmoral enseñar en el sistema

[51] Sobre el principio de autoridad moral Engelhardt prosigue: "(…) cuando Dios no es escuchado por todos de la misma manera, cuando no todos pertenecen a una comunidad claramente definida y estrechamente unida y, ya que la razón fracasa en el intento de descubrir una moral canónica dotada de contenido, la autorización o autoridad moral justificada secularmente no se deriva de Dios, ni de la visión moral de una comunidad moral, ni de la razón, sino de los individuos. En este contexto caracterizado por la ´sordera' hacia las palabras de Dios y por el fracaso de la razón, los extraños morales se encuentran como individuos" (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, pág. 21).

escolar que la tierra es plana o que fue formada en seis días o que el sol gira alrededor de la tierra y no al contrario.

Sobre el segundo de ellos, Engelhardt (1995) asevera que la necesidad de justificar un criterio moral obedece a una pretensión de validez, dado que esta requiere de argumentos que den cuenta de la racionalidad de la actividad. Sin embargo, el proceso por medio del cual se determina tal racionalidad parece arbitrario, pues no tiene fundamento en una moralidad canónica dotada de contenido, universal y atemporal, sino que obedece a un intento por imponer una intuición, las cuales terminan siendo autorreferentes por estar cimentadas en otras intuiciones, lo cual genera problemas al momento de justificar una regla moral, pues, si bien, puede apelarse a argumentos intuitivos para establecer la corrección de un comportamiento, no existe un mecanismo para resolver disputas entre dos o más intuiciones. Este dilema es expuesto por el autor en los siguientes términos:

> "Dependiendo de cuál de las intuiciones se considere mejor fundada, se revisarán las propias intuiciones acerca de la corrección de salvar vidas a cualquier precio frente a la opción de disfrutar la vida, tolerar la desigualdad o eliminarla. Pero ¿cómo se puede determinar que intuiciones se han de considerar mejor establecidas que otras? Se podría apelar a otra intuición ulterior, tal vez a la intuición que es preferible concurrir con la preponderancia de las propias intuiciones. Pero ¿cómo se puede saber que este es justamente el camino a seguir? Se necesitará apelar a intuiciones cada vez elevadas, a intuiciones metodológicas o simplemente adoptar arbitrariamente una intuición, o un conjunto de intuiciones, como la definitiva y última. El intuicionismo no parece estar en condiciones de ofrecer una respuesta satisfactoria al problema que presenta la resolución de controversias morales, ya que a cualquier intuición se le puede oponer otra intuición contraria. No hay un modo concluyente de mediar entre intuiciones opuestas apelando a la intuición" (Engelhardt, 1995, pág. 63).

A manera de ejemplo, Engelhardt ilustra la posible discusión entre una persona que se denomina seguidor de la religión baptista, opositor al aborto realizado con fines que no sean terapéuticos, y el director ateo de una clínica que practica la interrupción voluntaria de embarazos, quien no encuentra una infracción moral en la decisión de una mujer de realizarse un procedimiento abortivo. En estricto sentido expone:

> "El baptista considerará que la persona que aborta para no tener un hijo que no desea es un ejemplo paradigmático de aquellas personas que defienden valores morales deformados. Por el contrario, el director de la clínica considerará esa elección como paradigma de la libertad que debe tener la mujer para ejercer control sobre su propio cuerpo. No sólo pensará que ese tipo de elección debe estar protegido secularmente, sino que es, en cierto modo, loable" (Engelhardt, 1995, pág. 64).

Aseverando que el intuicionismo no resuelve el problema de las elecciones morales, dado que apela a imposiciones arbitrarias sobre perspectivas específicas de ver el mundo, Engelhardt considera que debe seguirse la propuesta de Jürgen Habermas (1984), quien, en su criterio, intenta huir de cuestiones fundamentales basándose en un proceso que tiene en consideración teorías y hechos psicológicos y sociales de forma crítica. Aunado a ello, Engelhardt confía en que la idea de Habermas aporte a la discusión argumentos que demuestren que ciertas maneras de contemplar la realidad y la moralidad son preferibles a otras simplemente por referencia al carácter del proceso de dar razones recíprocas en el discurso, dado que:

> "el acuerdo y el desacuerdo, en la medida en que son juzgados a la luz de las exigencias de validez planteadas recíprocamente y no están meramente causados por factores externos, se basan en razones que los participantes, supuesta o realmente, tienen a su disposición. Estas razones (en su mayor parte implícitas) constituyen el eje alrededor del cual gira el proceso por medio del cual se toman decisiones. Pero sí, con el fin de entender una

> expresión, el traductor tiene que tener presentes las razones que utilizaría un orador –si fuese necesario y en circunstancias apropiadas– para defender su validez, también el mismo participa en el proceso de enjuiciar las exigencias de validez, ya que las razones son de tal naturaleza que no se pueden describir en términos de la actitud de una tercera persona, esto es, sin reacciones de afirmación, negación o abstención" (Habermas, 1984, pág. 115).

Sin embargo, a pesar de encontrar coincidencias con el profesor alemán, Engelhardt considera que los ricos elementos descriptivos de su análisis permiten establecer un diagnóstico sobre decisiones que impliquen dilemas bioéticos, a manera de descripción sobre la mejor decisión que pudo haberse tomado, pero se vuelve al principio del asunto, pues quien termina adoptando las decisiones parte de argumentos que en algún punto constituyen intuiciones, por no poder ser sustentados sino a partir de la autoreferencia de premisas de naturaleza intuitiva. A su modo de ver, el razonamiento propuesto tiene la capacidad de fundamentar la adopción de decisiones entre sujetos que compartan una visión moral de la vida —lo que denomina amigos morales— pero no resuelve lo que sucede entre quienes tienen una perspectiva deóntica diferente.

Al igual que Engelhardt lo expone, nosotros consideramos que en esto reside el problema de cualquier teoría sustantiva de los derechos o cualquier argumentación sobre principios sustantivos, pues a pesar de que algunas de estas afirmen que establecen un procedimiento para la adopción de decisiones, siempre tienen que apelar principios trascendentales para legitimar tal mecanismo. Estos se denominan de diferente manera, pero se concretan en argumentos que terminan convirtiéndose en axiomas y que toman el nombre de democracia, libertad, igualdad, solidaridad, etc., lo cuales, aunque pretendan ser solo un paso previo para establecer mecanismos de decisión imparciales, terminan apelando a su fuerza interna y las justificaciones (ya sean de orden consecuencialista o deóntico) para legitimar su discurso.

Así, Engelhardt (1995) señala que en la resolución de problemas concernientes a difíciles decisiones morales se adoptan decisiones que no resuelven el problema en realidad, sino que se trata de dotarlas de validez, pues "se intenta, por el contrario, nombrar a personas que tengan mucho en común", dado que "hay que controlar los asuntos a tratar en las reuniones para que las discusiones no fracasen por cuestiones de profundo desacuerdo. Dirigir las discusiones y crear la apariencia de consenso es una de las sabias estrategias de una Realpolitik pacífica" (p. 85).

En su entender, tal práctica conlleva a profundos desacuerdos morales en los que predicamos no poseer una visión fundamental, pero en los cuales adoptamos decisiones que consideramos deben ser dominantes, incluso si los demás no están de acuerdo, con lo cual admitimos de manera implícita que "hemos decidido, desesperadamente, imponer coercitivamente a los demás nuestra propia ideología o visión moral" (Engelhardt, 1995, pág. 88).

Aunado a ello, Engelhardt (1995) resalta que debido a la amenaza del nihilismo tenemos fundamentos suficientes para estar racionalmente motivados a actuar moralmente, pues de lo contrario se pondría en tela de juicio toda ética secular general y todo sería válido, en tanto que "[s]ino disponemos de argumentos racionales para desenmascarar algunas líneas de conducta como canónicamente inmorales, habrá que concluir que el enfoque médico del hospital de Albert Schweitzer y los campos de concentración de los nazis serían igualmente defendibles o indefendibles. Los actos del opresor y del santo serían igualmente justificables o carentes de justificación, al menos en términos seculares generales" (p. 89).

Sobre el particular coincidimos con Engelhardt en el entendido de que el nihilismo es una amenaza muy grande la cual necesariamente debe combatirse con el establecimiento de principios que, aunque sean arbitrarios permiten la vida en comunidad. Así la dificultad reside en establecer cuáles son, pero las tareas difíciles implican un esfuerzo mayor, pero no la renuncia a tal empresa.

Esto lleva a Engelhardt a afirmar que existen unos presupuestos morales obligatorios trasversales a las culturas, intersubjetivos, que incluso permiten la diferencia y el debate moral, a pesar de no existir una fórmula mágica para descubrir el carácter concreto de la vida buena, necesitamos límites para determinarnos como personas y garantizar su autonomía y libertad. Con base en ello, Engelhardt (1995) propone que imaginemos una sociedad en la cual todas las personas mueren con excepción de un pequeño grupo que crea un gobierno y un programa de política sanitaria. Lo más probable, afirma, es que los sobrevivientes no compartiesen una concepción moral sobre la buena vida o la autoridad, razón por la cual tendrían divergencias, basadas en buenos argumentos, para permitir o prohibir leyes sobre el aborto, la eutanasia y la financiación a cargo de recursos públicos del sistema de salud.

No obstante, expone que, a pesar de las diferencias, los miembros de esta sociedad ficticia tendrían la capacidad de establecer reglas básicas para evitar que las personas sean empleadas sin su consentimiento para algún tipo de experimento, o para obligar que se cumplan los contratos entre médicos y pacientes, e incluso crear algún tipo de mecanismo para la distribución de bienes comunes[52].

Tal razonamiento supone que existen unas garantías mínimas que se pueden expresar por medio de una lista de derechos individuales o naturales, los cuales no pueden ser cedidos por los individuos a una organización social de manera voluntaria y sin que medie la violencia (Engelhardt, 1995, pág. 97)[53]. Por ello se puede pensar que una persona se encuentra

[52] Engelhardt afirma que, si se produjesen recursos colectivos, tendrían que crear reglas para distribuirlos. Podrían, por ejemplo, "confiar en una mayoría de dos tercios en un plebiscito. Podrían crear una junta directiva que decidiese por voto mayoritario simple, así como una comisión que formulara por mayoría simple una lista de las diez tareas más importantes susceptibles de ser financiadas, y elegir entre ellas echándolo a la suerte. Incluso se podría establecer el derecho a recibir asistencia social, concretamente, derechos financiados gubernamentalmente a recibir asistencia sanitaria" (Engelhardt, 1995, pág. 97).

[53] En relación con la amenaza que constituye el nihilismo Engelhardt afirma que, a pesar de que la razón no otorgue autoridad moral, esta pueda obtenerse a partir del permiso de quienes eligen colaborar, incluso en el caso de extraños morales, esto es, "se puede realizar una pequeña parte de lo que confiaba poder llevar a cabo la ilustración. También se puede limitar la amenaza del nihilismo: se pueden articular cánones generales de moralidad secular. Del mismo modo se puede limitar el relativismo, aparentemente no restringido: los cánones de la moralidad secular, aunque carecen de contenido, permiten la colaboración moralmente autoritativa. Pero los límites impuestos al nihilismo y al relativismo sirven de base, a su vez, para limitar la autoridad moral de la política pública secular, incluida la política sanitaria" (Engelhardt, 1995, pág. 110).

absolutamente equivocada frente a un asunto moral, pero de no tratarse de un aspecto fundamental, sino susceptible de negociación en el ámbito de la política, debe tolerarse ese pensar diverso[54].

Para Engelhardt (1995) tal premisa se puede formular en los siguientes términos: "La observación 'X tiene derecho a hacer A, pero A es un acto totalmente equivocado' expresa con frecuencia una tensión, ya que la moralidad de los extraños morales carece de contenido, pero restringe la autoridad de las personas para actuar sobre otras personas que no dan su consentimiento" (p. 112). En efecto, reconoce que existen posiciones irreconciliables e innegociables entre algunos sujetos, por lo cual no sólo la pretensión de la modernidad (relativa al establecimiento de una moral canónica dotada de contenido) fracasa, razón por la cual debe apelarse a un procedimiento que priorice la libertad, no por tener un valor intrínseco, sino por tratarse de una condición necesaria para el acuerdo, el disenso y la negociación.

Nosotros entendemos que este punto de partida resulta importante, no sólo para comprender a Engelhardt, sino a las teorías de carácter deóntico, pues a pesar de que muchos principios mantengan un carácter trascendental, su valor no consiste en su finalidad, sino en la forma en que su aplicación resulta necesaria como un medio destinado a propósitos mayores. La crítica que realiza de la libertad frente a las tradiciones que elevaron al estatus de máxima intocable y categórica, como un fin en sí mismo, constituye a nuestro modo de

[54] Para Engelhardt la libertad implica que se garantice el poder decisión de las personas en casos en los que incluso adopten decisiones que les perjudiquen. Tal situación genera una tensión que se refleja periódicamente en la asistencia sanitaria, sobre la cual aduce: "A menudo, los pacientes eligen conductas que tanto médicos como enfermeras saben que son peligrosas, posiblemente incapacitantes, y en último término letales. Movidos por el respeto que les merecen esas personas, los médicos y las enfermeras deben a menudo, incluso habitualmente, tolerar estilos de vida nocivos o fallos en el cumplimiento del tratamiento. Sin embargo, al escoger la profesión sanitaria, médicos y enfermeras se han comprometido personalmente a hacer realidad los intereses más legítimos de los pacientes. Podemos considerar esta tensión como un conflicto entre dos principios éticos: el principio de permiso y el de beneficencia. En función del contraste entre estos dos principios resulta comprensible la tensión moral experimentada en muchas decisiones relativas al aborto, a la aceptación del tratamiento o al rechazo de la asistencia sanitaria" (Engelhardt, 1995, pág. 112).

ver necesaria para fundamentar teorías de la justicia que establezcan más derechos que los civiles y políticos.

Por tal razón, dada la complejidad de asumir que existe una única moral dotada de contenido y que esta deba imponerse sobre las demás, Engelhardt expone las claves para una posible solución al problema de determinar que reglas deberían guiarnos al momento de adoptar decisiones. Para empezar, aduce que, a pesar de que su proyecto no es un manifiesto libertario[55], la teoría que mejor se adecua a su proyecto es de tal naturaleza, dado que requiere del consentimiento de los individuos y de su entendimiento de ser personas que, aunque no comparten una moral en común pueden acordar la manera de resolver los casos en donde tengan diferencias. De manera concreta el autor asevera que:

> "las únicas estructuras sociales moralmente autoritativas en estas circunstancias son las establecidas con el permiso de los individuos implicados, la moral que vincula a extraños morales tiene un carácter inevitablemente libertario, pero esto sucede por defecto y no por designio. La naturaleza libertaria de una moralidad secular y una bioética generalmente defendible es una característica inevitable de una moralidad que no puede apoyarse ni en Dios, ni en la razón objetiva para descubrir las premisas morales, canónicas, seculares y dotadas de contenido" (Engelhardt, 1995, pág. 21).

Sobre la base de lo expuesto, aduce que su pretensión investigativa tiene valor académico dado que, si su proyecto u otros parecidos fracasan, se producirá una situación en donde reinen el nihilismo y el relativismo, pero en caso de tener éxito, las personas dispondrían de un procedimiento a través del cual extraños morales podrían crear redes de

[55] Sobre este punto el autor afirma: "(…) muchas han malinterpretado Los fundamentos de la bioética como un manifiesto libertario, como un intento de garantizar una moralidad concreta dotada de contenido opuestas a las moralidades comunitarias dotadas de contenido que son vinculantes en la mayoría, si no en todas las comunidades morales". (Engelhardt, 1995, pág. 17).

empresas moralmente autoritativas, incluyendo tareas en materia sanitaria. De esta manera, considera que no ofrece una teoría política, sino una explicación de la moralidad por la que, en su criterio, deberían guiarse los individuos cuando se encuentran como extraños morales al momento de diseñar la política sanitaria, "en efecto cuando se encuentran de este modo, tienden a colaborar a través de una *res pública* en el ámbito político, algo común que pueden compartir los extraños morales de diversas comunidades morales" (Engelhardt, 1995, pág. 23).

Para Engelhardt ese presupuesto resulta relevante pues sujetos con fuertes convicciones religiosas —entre los que se adscribe—, pueden sortear las dificultades para establecer un acuerdo sobre el procedimiento de adopción de decisiones[56], razón por la cual insiste en la posibilidad de crear una moral de procedimiento que pueda unir a los individuos y servir de fundamento a una bioética de procedimiento (Engelhardt, 1995, pág. 26), pues, desde su punto de vista, tal pretensión no constituye un esfuerzo desprovisto de utilidad ya que debe asumirse que los cuestionamientos realizados en el campo de la bioética representan preocupaciones genuinas sobre la manera en que debemos adoptar decisiones sobre asuntos que han ocupado la atención de las sociedades desde hace bastante tiempo.

[56] Refiriéndose a sí mismo Engelhardt asevera que: "El autor, de hecho, afirma la narrativa moral canónica dotada de contenido, pero se da cuenta de que no puede derivar de la razón, sino tan solo de la gracia divina. El auto, de hecho, afirma la narrativa moral canónica dotada de contenido, pero se da cuenta de que no se puede derivar de la razón, sino tan solo de la gracia divina. El autor es, al fin y al cabo, un católico ortodoxo tejano converso. Es un converso por elección y por convicción, a través de la gracia divina y debido al arrepentimiento por innumerables pecados (incluyendo el de una primera edición que necesita ser perfeccionada). Su narrativa no carece de contenido" (…). Este libro no constituye un esbozo de las ideas morales del autor, de su moral dotada de contenido, ni de su bioética, sino más bien de todo lo contrario. Este libro es para el autor una descripción de las todavía posibles vías de comunicación entre los escombros de las aspiraciones morales modernas. Por una parte, examina el fracaso de la filosofía moral de entregar una moralidad dotada de contenido canónico y las consecuencias que se derivan de esta circunstancia para la bioética. Por otra parte, justifica la esperanza de rescatar algo del naufragio. Este libro describe la tensión existente entre los compromisos morales de la moral tradicional y la estructura superviviente de la moral secular y la bioética. También muestra por qué la moral secular no basta para dirigir la vida humana o para justificar una visión del florecimiento humano (Engelhardt, 1995, pág. 25).

Así, afirma que las mismas preguntas formuladas en antaño por Platón[57] están presentes en los cuestionamientos de la bioética actual: ¿Es moralmente correcto limitar la financiación pública de un sistema sanitario de costes elevados y bajo rendimiento con el fin de controlar los gastos? ¿Puede crearse una política basada en los elevados costes, la escasa probabilidad de supervivencia y la frecuente baja calidad de vida de los supervivientes con el objeto de no proporcionar tratamiento a los recién nacidos cuyo peso es muy reducido? ¿O debe intentarse salvar vidas a cualquier precio? ¿Se diferencia la situación moralmente si los fondos implicados son gubernamentales, y los fondos ahorrados se van a utilizar para financiar tazas diarias más elevadas de los especialistas científicos? ¿O para bajar los impuestos? ¿Es injusto que las personas acaudaladas puedan adquirir asistencia para sus recién nacidos con recursos privados que las fuentes públicas no ponen al alcance de todas las personas? (Engelhardt, 1995, pág. 49).

Estas preguntas revisten una complejidad que, en criterio del autor, sólo pueden resolverse a partir del empleo de dos principios que van a ser recurrentes en toda su obra y que constituyen la columna vertebral de planteamiento teórico: (i) el principio de permiso y (ii) el principio de beneficencia. En nuestro criterio, estos principios pretenden establecer una ética procedimental, que sin embargo mantienen una fuerte conexión con el entendimiento de la libertad como finalidad en sí misma.

[57] En este punto cita el pasaje de La República en el que Sócrates considera que, en materia sanitaria, debe adoptarse un criterio consecuencialista, frente a las inquietudes que Glaucón formula sobre la política del tratamiento de enfermedades. El texto señala: "[Sócrates:] Y no diremos que pensaría en esto Asclepio cuando dictó las reglas de la medicina para su aplicación a aquellos que teniendo sus cuerpos sanos por naturaleza y en virtud de su régimen de vida, han contraído alguna enfermedad determinada, pero únicamente para estos seres y para los que gocen de esta constitución, a quienes, para no perjudicar a la comunidad, deja seguir el régimen ordinario limitándose a librarles de sus males por medio de drogas y cisuras, mientras, en cambio, con respecto a las personas crónicamente minadas por males internos, no se consagra a prolongar y amargar su vida con un régimen de paulatinas evacuaciones e infusiones, de modo que el enfermo pueda engendrar descendientes que, como es natural, heredarán su constitución, sino al contrario, considera que quien no es capaz de vivir desempeñando las funciones que le son propias no debe recibir cuidados por ser una persona inútil tanto para sí mismo como para la sociedad"? (Platón, págs. 239-240. Libro III. 407: d,e 408: a,b).

## 2.2. La fundamentación de los principios de permiso y beneficencia

> *"El principio de permiso, que se justifica en función de la moralidad del respeto mutuo, no gira en torno a la libertad como valor, sino en torno al respeto por la libertad como fuente de autoridad moral secular general".*
>
> H.T. Engelhardt, *Los fundamentos de la bioética,* 1995: 133.

El **principio de permiso** concreta la idea de Kant según la cual el ser humano no puede ser instrumentalizado, esto es ser usado como un medio, sino que su dignidad lo lleva a ser tratado como un fin en sí mismo, o lo que viene a significar que los seres humanos son importantes por el sólo hecho de existir, aun cuando tal vida no sirva a un propósito determinado ni tenga incidencia en el trascender de otros sujetos morales.

Sin embargo, Engelhardt (1995) se separa de la idea de Kant al exponer que la ética de ese autor sólo es posible cuando no se distingue entre la libertad como valor y la libertad como secundaria o lateral, lo cual considera un equívoco, dado que "el respeto por la libertad como condición necesaria para la posibilidad misma del respeto mutuo y del lenguaje de alabanza y censura no depende de ningún valor particular, o clasificación de bienes, sino que únicamente exige el interés por la resolución de los problemas sin acudir a la fuerza" (p. 116), en otras palabras: la libertad sólo es importante en la medida que constituye un medio para garantizar la existencia de la comunidad, pero no porque tenga un valor intrínseco en sí misma, como considera que es la opinión de Kant.

Esto lleva a Engelhardt a exponer que todo acto que restringa la libertad de un sujeto debe contar con un permiso previo del mismo, que se concede cuando éste pertenece a una comunidad pacífica, pues las implicaciones de ser acreedor de derechos generan obligaciones de respeto a garantías idénticas, cuestiones básicas para la convivencia pacífica que no tienen

en cuenta situaciones límites en aspectos morales, sino que fijan un marco de respeto recíproco sobre las generalidades del sistema político, jurídico y ético.

Así, pertenecer a la comunidad pacífica genera una obligación de respeto, que Engelhardt eleva a principio para dotar de contenido las reglas de juego que se produzcan en la comunidad[58]. La justificación de esta máxima es que es una "condición necesaria[59] para poder resolver con autoridad moral las controversias morales entre extraños morales sin recurrir a la fuerza y para mantener un lenguaje éticosecular mínimo destinado a alabar y censurar" (Engelhardt, 1995, págs. 120-121). Pero aunado a ello, considera que como no es posible derivar la autoridad moral de un canon de moralidad, resulta necesario derivarla de las personas a través de su consentimiento, lo que da lugar al surgimiento del principio de permiso (Engelhardt, 1999, pág. 27).

Al ser el principio del cual se desprenden todas las reglas de juego en una comunidad, considera que el desconocimiento del principio de permiso tiene consecuencias graves, pues el sujeto que incurre en ello "se sitúa fuera de la comunidad pacífica", por tanto, "cualquiera que utilice la fuerza defensiva contra la persona culpable en cuestión, no viola la autoridad moral secular porque para condenar a quienes recurren a esta fuerza de carácter defensivo,

---

[58] Dicho brevemente, para Engelhardt el concepto de la comunidad pacífica modelado según el principio de permiso es aquel que "constituye un elemento esencial en la vida de las personas. Lo abrazamos tan pronto como intentamos hablar acerca de la moralidad en diferentes comunidades morales. No acéptalo significa perder la base para un discurso moral congruente en una sociedad secular y pluralista. El principio de permiso fundamenta la moralidad del respeto mutuo, ya que exige que sólo se utilice a otras personas si estas dan previamente su consentimiento" (Engelhardt, 1995, págs. 119-120).

[59] Este entendimiento de la libertad como medio o condición necesaria marca una diferencia significativa con Kant, quien en criterio de Engelhardt no logra diferenciar entre la libertad como fin último y como medio para condiciones básicas del desarrollo de la moralidad y el Derecho. En efecto, Engelhardt (1999) considera que "[el] consentimiento libre e informado, el mercado, y las democracias limitadas por un derecho a la privacidad de facto, si no de jure, juegan el papel que juegan porque, desde un punto de vista laico y general, no podemos descubrir la forma de dar respuestas únicas y correctas a controversias de amplio contenido moral o acerca de cómo definir la salud y la enfermedad. Las prácticas cuya autoridad deriva del permiso sólo son importantes por defecto. Se trata de prácticas que forman parte de la única estrategia disponible para conseguir una autoridad moral laica y general frente a una diversidad moral y valorativa irresoluble a partir de argumentos racionales. Dadas las circunstancias, resulta moralmente inevitable considerar enfoques alternativos sobre atención sanitaria [,] así como sobre sistemas de seguros. La libertad moral no sólo debe afectar a elecciones a nivel individual, sino también a las opiniones alternativas sobre la salud y el buen vivir a nivel de comunidad" (p. 27).

los culpables no pueden apelar de forma coherente a un principio que ellos mismos han rechazado" (p. 122)[60].

Desde nuestra perspectiva, este principio se fundamenta en una base deóntica sobre la protección de la libertad en sí misma, en el entendido que, fiel a su idea de libertad, Engelhardt no puede renunciar del todo a significado de libertad como la ausencia de intromisión del poder estatal en la adopción de decisiones que impliquen una específica forma de moralidad. Así las cosas, no resulta extraño que entienda a la libertad como principio y no como derecho, pues la libertad se convierte en una máxima que orienta a todo el sistema jurídico e incluso a todas las relaciones sociales y, con fundamento en ello regula los derechos al dotarlos de contenido e incluso estableciendo excepciones en su aplicación.

Las connotaciones de ello, son significativas pues los principios orientan el sentido de la interpretación y establecen la solución a las antinomias que se puedan presentar. En el caso de Engelhardt es clara su idea de establecer a la libertad como principio, pues no puede haber alguna determinación normativa que no se encuentre en sintonía con el mismo, incluso cuando esta provenga del poder estatal encarnado en la administración, el poder legislativo o incluso del órgano judicial.

De otra parte, Engelhardt expone que el **principio de beneficencia** tiene otro fundamento y otra finalidad. A pesar de la importancia que Engelhardt le atribuye al mismo, considera que no resulta tan determinante ineludible como el de permiso, pues su inobservancia no entra en conflicto con la noción mínima de moralidad (Engelhardt, 1995, pág. 115). A diferencia del principio de permiso, aduce que el principio de beneficencia trata de dotar de contenido a la moral, pues "al contrario que el principio de permiso, que justifica el proceso por el que se genera el contenido, el principio de beneficencia identifica el ejercicio

[60] Sumado a lo anterior Engelhardt señala: "Tan pronto como alguien se muestra interesado en la ética como vía alternativa a la fuerza para la resolución de las disputas morales, se ha comprometido al respeto mutuo. Y, si alguien rechaza el principio de respeto mutuo, no puede protestar razonablemente cuando los demás respondan con la fuerza" (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, pág. 123).

de la moralidad. El principio de permiso muestra que no se debe utilizar a los pacientes como simples medios para un fin; el principio de beneficencia apoya los objetivos morales concretos por los que debe guiarse el ejercicio de la medicina" (Engelhardt, 1995, pág. 120).

Por tanto, tal principio no tiene por objeto la creación de un marco de actuaciones generales por medio de los cuales se crearían reglas para decidir sobre cuestiones morales conflictivas, sino que es supererogatorio de las libertades de las personas. En criterio de Engelhardt (1995), sustentar el principio de beneficencia implica tomar una posición particular sobre aspectos morales, concretamente sobre lo que se entiende por bien y, por tanto, tal principio da lugar a la creación de las comunidades morales, dado que, a diferencia del principio de permiso, no es posible establecer un sistema de reglas con fundamento en argumentos racionales concluyentes (p. 120)[61].

Tal entendimiento del principio de beneficencia genera que sea considerado como de segundo orden u optativo, pues no proporciona el ideal canónico que sí brinda el principio de permiso, del cual depende la pertenencia a la comunidad pacífica, a una forma de organización social y la posibilidad de hallar un consenso entre extraños morales.

A nuestro modo de ver, el principio de beneficencia se encuentra condicionado en un orden lexicográfico al principio de permiso (y por ende de libertad) y aunque sirva de herramienta interpretativa y pauta para dar sentido al ordenamiento jurídico, deberá ceder en toda ocasión ante este último. A lo sumo, Engelhardt (1995) afirma que la inobservancia del principio de beneficencia genera conflicto con la idea de la comunidad benéfica, pero no con aquella de la comunidad pacífica (p. 118). Por tal razón, aduce que el uso de la fuerza en

[61] Sobre la base de lo expuesto considera que el principio de beneficencia se tiene que aceptar con más reservas que el principio de permiso, dado que "Si alguien pregunta: «¿por qué debo yo hacer el bien a los demás?» No se podrá responder: «porque si no se hace, se negará la posibilidad misma de la autoridad moral, por la sencilla razón de que se habrá negado el principio de respeto hacia las personas en general incluida su misma persona». En su lugar, a lo sumo podremos responder: «Si no hacemos el bien a los demás no habremos afirmado la posibilidad de lo que podríamos llamar el reinado de la beneficencia o de la comunidad caritativa». El principio de beneficencia refleja un interés en la búsqueda común de la vida buena y de la mutua solidaridad humana. En él hay que ver el fundamento de lo que se podría calificar como moralidad de la asistencia y de la solidaridad social (Engelhardt, 1995, pág. 121).

contra de individuos no caritativos desconoce el principio de permiso y, en consecuencia, carece de autoridad porque pretende imponer visiones sobre lo correcto y por tanto una ética particular.

En su criterio, el uso de la fuerza sólo se permite cuando se vulneran las reglas que permiten la libertad de tener diferentes posiciones morales en una sociedad y actuar de conformidad con las mismas[62]. Visto de esta manera el principio de beneficencia es exhortativo e indeterminado, mientras que el principio de permiso es constitutivo (Engelhardt, 1995, pág. 118). Por tanto, para Engelhardt presenta menor dificultad la formulación de normas que materializan el principio de permiso —como por ejemplo en los casos relativos al consentimiento libre e informado—, frente a aquellos que pretenden establecer un criterio para un nivel decoroso o básico de la asistencia sanitaria, dado que ello implicaría examinar que niveles de caridad deberían otorgarse e incluso si se está de acuerdo con la idea de beneficencia.

En consonancia, afirma que el financiamiento del aborto, la anticoncepción y el suicidio, obliga a la adopción de criterios morales concretos que fundamenten la abstención o el apoyo para financiar tales programas, así como aquellos que tienen por objeto prestar acompañamiento psicológico a las personas consideran la idea del suicidio. A partir de ello considera que, si bien estos temas son relevantes, no puede imponerse un apoyo a los mismos sobre la base de la coerción estatal.

Dado que la autoridad moral que, legitima el uso de la fuerza, sólo tiene por objeto la prohibición de conductas que atenten contra la constitución de un marco que permita la adopción de principios morales, o lo que es lo mismo aquellas situaciones regidas por el principio de permiso, el principio de beneficencia resulta optativo y su inobservancia no genera la afectación de la comunidad pacífica, por lo que genera cuestionamientos sobre las

[62] Engelhardt considera que el principio de beneficencia necesita ser especificado dentro del ámbito de una comunidad moral particular para que se pueda aplicar en la práctica (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, pág. 121).

razones por las cuáles deberíamos tratar de encontrar una moral particular sobre asuntos que no determinan las reglas del juego para el disenso y que en su lugar fundamente que las personas deban ser caritativas (Engelhardt, 1995, pág. 121).

Para dar respuesta a ello, Engelhardt apela al argumento de Kant, para quien la beneficencia se fundamenta en que nadie podría "razonablemente" no querer respetar el principio de beneficencia, pues actuar de manera poco caritativa no permitiría estrechar nuestros lazos con la comunidad, la cual se afirma en vínculos solidarios. Desde ese punto de vista, Engelhardt (1995) aduce que resulta poco práctico e incluso inconveniente que siendo el hombre un sujeto social adopte decisiones que le distancien de algo que le es necesario para su realización y dignificación, a pesar de que la obligación de beneficencia es meritoria y no estricta (p. 117), pues como lo expone Kant:

> "(…) una voluntad que tomase esa resolución [la de no ser solidario] entraría en conflicto consigo misma, pues a menudo se pueden presentar situaciones en las que necesitaría el amor y la compasión de los demás, y en las que habría alejado de sí, en virtud de la mencionada ley natural que brota de su propia voluntad, toda esperanza de recibir la ayuda que desea." (Kant, 1959, pág. 41).

En consecuencia, para Engelhardt (1995) las reflexiones sobre el contenido moral de la beneficencia se fundamentan en el bien común y, a su vez, tiene a éste por objeto, por lo que rechazarlo significa perder todo derecho a reclamar la compasión ajena, sin perjuicio de que su inobservancia parcial[63] sólo entrañe la pérdida del derecho a la compasión ajena dentro de un contexto o comunidad específico, pues "no se puede ser poco compasivo y reclamar coherentemente la compasión y el apoyo de las personas caritativas, a no ser que estas se hayan comprometido previamente a proporcionar ese apoyo. En este último caso, el apoyo

[63] Esta precisión la realiza porque considera que la mayoría de las personas no pretenden rechazar el principio de beneficencia de manera absoluta, "sino que más bien se limitan a desear sustituir su propio principio por el de otra persona" (Engelhardt, 1995, pág. 122).

que prestan estas personas se basaría en realidad en el principio de permiso y no en el principio de beneficencia. Rechazar la beneficencia por principio conduce a un empobrecimiento esencial de la vida moral, aunque no al rechazo moral de la misma" (p. 124).

Así las cosas, Engelhardt (1995) concluye que, mientras el desconocimiento del principio de permiso justifica que se restringa la autonomía de quien le infringe, vulnerar el principio de beneficencia genera que su infractor deba abstenerse de reclamar para sí la ayuda que él ha denegado a otros (p. 124). Sin embargo, consideramos que estos argumentos apelan a la buena voluntad de las personas para asistir a los demás y no establecen bases para un derecho a la asistencia sanitaria, pues apelando a una ética procedimental, Engelhardt contradice sus propósitos iniciales porque apela a una moral canónica dotada de contenido según la cual un ser humano es despojado de su naturaleza si renuncia a colaborar con sus semejantes, aunque ello recaiga en el campo de la moral y de lo facultativo.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la moral dotada de contenido lo es, independientemente de que sea impuesta por la fuerza, Engelhardt termina validando un discurso sobre lo correcto y aunque afirma que no puede imponerse por vía de la coerción, en el fondo habla de una teoría sobre lo que los seres humanos están obligados a hacer. Así las cosas, consideramos que más de abandonar el concepto de moral canónica dotada de contenido, Engelhardt formula argumentos para establecer que esta, aunque existe, no es obligatoria porque en tal orden moral existe un principio aun mayor que es la libertad para poder separarse de lo moralmente correcto.

## 2.3. La superación del concepto sustantivo de bien o bondad

> *"Si nos comportamos con los demás de la misma forma que deseamos que otros se comporten con nosotros, podemos estar imponiendo a los demás nuestra visión concreta de la vida buena".*
>
> H.T. Engelhardt, *Los fundamentos de la bioética,* 1995: 126.

Una vez realizada la enunciación de los principios, sus diferencias, fundamentos y propósitos, Engelhardt (1995) se pregunta por la definición del principio de beneficencia, ante lo cual contesta "es simplemente el principio de hacer el bien" (p. 126), lo cual le lleva a una nueva pregunta, consecuencia de tal respuesta, que se formula en los siguientes términos: "¿En qué consiste hacer el bien que hay que hacer?[64] (p. 115).

De manera preliminar, Engelhardt acepta la imposibilidad de establecer un concepto universal del bien debido a la gran variedad de opiniones que se construyen alrededor de tal concepto, las cuales, incluso, pueden generar "que muchos considerarán trágicos en el sentido de imprudentes" (Engelhardt, 1999, pág. 14). Sin embargo, tal subjetivismo no es un problema si encuentra límites en el presupuesto básico para la convivencia de toda sociedad:

[64] Esta inquietud es recurrente en Engelhardt quien afirma que las teorías de la justicia en realidad son intento de justificar acciones como buenas. Dotar de contenido el término bien dependerá entonces de la afinidad que se tenga con el utilitarismo, el liberalismo y el libertarismo. De allí que exista una dificultad insalvable de establecer un concepto de justicia canónico. En ese sentido señala que: "Dado que los criterios acerca de lo que constituye el bien son divergentes, y no se puede establecer ninguno de esos criterios como moralmente canónico, no se podrá impedir con autoridad moral que las personas persigan pacíficamente, en solitario o en unión con otras personas que dan su consentimiento, su propio ideal de vida buena. Imagínese que las personas que componen una comunidad intentan alcanzar un nivel más elevado de salud y al mismo tiempo reducir los gastos sanitarios dejando de fumar y haciendo ejercicio físico. ¿Qué sucederá con los fumadores sedentarios que consideran que estos objetivos no merecen la pena, y aducen que un mejor estado de salud no compensará los gastos que causará el hecho de que un mayor número de personas viva durante más tiempo? Con frecuencia, la capacidad de libre elección de los individuos impide que se alcance el criterio público de buena voluntad. Las personas que difieren de la visión ortodoxa consideran que la libertad tiene mayor importancia que cualquier otro bien, o bien, adoptan un criterio diferente de la buena vida, que confiere un valor relativo diferente a los gastos y beneficios. Ellos nos recuerdan que la comunidad carece de autoridad para prohibir que los individuos se aparten de la norma, y subrayan la tensión existente entre el respeto por la libertad y la actuación caritativa, especialmente a nivel social" (Engelhardt, 1995, págs. 133-135).

el principio de permiso. De esta manera, pueden existir e incluso convivir diferentes concepciones del bien[65] y de ellos pueden desprenderse acciones concretas, siempre y cuando no se afecte la libertad como presupuesto de la existencia de otros derechos. Incluso, dado que existe la obligación moral, más no legal, de hacer el bien, cada uno hará el bien como le parezca, siempre y cuando ello no desconozca el principio de permiso.

En palabras de Engelhardt (1995): "Hacer a otros algo que ellos consideran su bien será obligatorio o supererogatorio en la medida en que, de acuerdo con el propio sentido moral del agente, dicha acción no sea un perjuicio para el destinatario" (p. 128). De esta manera, la interpretación de la beneficencia en una comunidad moral específica servirá para establecer las pautas que deben acatarse para cuando se asuma la responsabilidad de hacer el bien a los demás. A su vez, afirma que "si pretendemos hacer el bien a un individuo de otra comunidad moral, con una visión diferente de la jerarquía de beneficios y perjuicios, y del límite entre acciones obligatorias y de acciones súper obligatorias, tendremos que adaptar a la nueva situación nuestra propia visión[66] de lo que es el intercambio adecuado de cargas en

[65] La imposibilidad de determinar que es el bien o lo bueno, es un presupuesto que Engelhardt considera necesario tener en cuenta en toda discusión moral. Así, afirma que la pregunta acerca de lo que es bueno o malo hacer no tiene una respuesta unívoca, dado que: "Se trata de una pregunta heurística: orienta a los individuos hacia la búsqueda de una explicación de las consecuencias buenas y malas, que sea justificable de forma racional en la medida de lo posible. Sin embargo, tal explicación variará, en la medida en que diferentes individuos aceptan distintas jerarquías de beneficios y perjuicios. También variará dependiendo de si el bien se considera independiente del agente moral o relativo a éste, y dependiendo de qué importancia se otorga al hecho de que las personas puedan actuar según su propia visión del bien, etc. Lo mejor que se puede hacer es articular el principio de beneficencia «Haz el bien a los demás» en comunidades morales concretas. Las interpretaciones particulares de lo que es bueno y malo constituyen objetivos dignos de ser perseguidos, aunque sin olvidar el carácter absoluto de la preocupación general por hacer el bien y evitar el mal" (Engelhardt, 1995, pág. 132).

[66] Sobre el particular Engelhardt propone un ejemplo en el cual hay varias visiones de lo bueno, sin que existe un parámetro para determinar cuál opción es mejor: "Considérese el caso de un médico en la comunidad A, que sostiene que es importante salvar vidas, incluso cuando la probabilidad de éxito sea reducida y los costes muy elevados. En esta comunidad se destina más de 3% del Producto Nacional Bruto (PNB) sólo a la asistencia crítica, y más del 18% del BNP a la asistencia sanitaria. El médico se escandaliza cuando visita la comunidad B, que sólo invierte el 4% de su Producto Nacional Bruto en sanidad, y el 3% en cuidados intensivos, al tiempo que invierte el 5% del PNB en filosofía y las bellas artes. ¿Cometen las personas de la comunidad B un error? ¿Tienen una concepción equivocada de la beneficencia médica?, o, ¿tienen por el contrario una concepción correcta de cómo ser caritativo con los demás al proporcionarles fácil acceso al buen arte, así como a una erudición de mayor calidad en el área de las Humanidades (suponiendo que tal excelencia se pueda alcanzar mediante una mayor inversión) (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, pág. 126).

favor de los demás" y actuar sin desconocerle su principio de permiso (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, pág. 126).

Engelhardt afirma que, a pesar de la subjetividad del concepto de bien, existe un deber moral de realizarlo, pues ello nos permite acceder a la comunidad moral. De esta manera habremos de diferenciar entre una ética imperativa y aquella benéfica[67]. Sobre el particular consideramos que puede observarse claramente una pretensión de emplear la doctrina kantiana sobre imperativos, para de esta manera establecer y justificar las obligaciones morales que subyacen a la vida en comunidad. De ello se desprende que la idea del principio de permiso es una relectura kantiana del concepto de imperativo categórico, presupuesto básico para el ejercicio de los derechos y de la vida en comunidad, el cual no resulta facultativo, sino que es obligatorio, incluso por medio del uso de la fuerza, pues las personas no pueden ser empleadas como medios y tal máxima tiene carácter universal[68]. En esa misma línea, la idea del principio de beneficencia se relaciona con los imperativos hipotéticos, que se identifican por ser contingentes y no obligatorios desde el punto de vista legal, más sí desde la moralidad para poder pertenecer a una comunidad y ser un sujeto moral.

Desde esta óptica, ambos principios, el de permiso y el de beneficencia son obligatorios desde una perspectiva moral, pero su diferencia radica en las consecuencias de su inobservancia: mientras que en el primer caso se encuentra legitimado el uso de la fuerza, como instrumento válido por parte de la sociedad para doblegar la voluntad del sujeto; en el

---

[67] El hecho de expresar el principio de beneficencia con la máxima «Haz el bien a los demás» lleva implícito el reconocimiento de que todo discurso acerca de lo que más conviene a los demás presupone un juicio particular sobre qué constituye lo que más conviene a los demás. (Engelhardt, 1995, págs. 126-127)

[68] El uso de la fuerza encuentra justificación para defender la idea suprema del respeto por la libertad de la persona. En palabras del autor: "El principio de no hacer el mal es el elemento más vinculante de la preocupación moral por la beneficencia, por alcanzar el bien, ya que la malevolencia es el rechazo del bien ¿Queremos decir con esto que se puede utilizar la fuerza contra la persona malevolente? Si la persona que es objeto de la malevolencia da su consentimiento al acto malevolente, entonces se realiza un acto inicuo autorizado, y se triunfa sobre cualquier base secular general para utilizar la fuerza defensiva o punitiva, ya que el núcleo de la legitimidad moral secular es la autorización. Con todo, actos malevolentes cometidos contra futuras personas que no pueden dar su consentimiento legitiman el uso de la fuerza defensiva. La idea contra la malevolencia no requiere que se tenga que presuponer una visión moral concreta. Además, cualquier persona que actúa de forma malevolente, y de forma no autorizada, carece de motivos para protestar cuando sea, a su vez, agredido por la fuerza defensiva" (Engelhardt, 1995, pág. 123).

segundo, no puede constreñirse a persona alguna para llevarlo a cabo. Así, primero, existe un deber moral y una obligación de observar el principio de permiso y, segundo, hay un deber moral, pero no una obligación de observar el principio de beneficencia. En palabras de Engelhardt, esto se expresa de la siguiente manera:

> "(…) la moralidad en una sociedad pluralista secular es el ejercicio de hacer el bien dentro de los límites impuestos por la autoridad moral en comunidades que defienden visiones morales opuestas.
>
> Las condiciones necesarias para la posibilidad de una comunidad moral *particular* son, pues, a) interés en perseguir el bien y evitar el mal manteniéndose dentro de b) las limitaciones que impone la autoridad moral, esto es, el permiso. Los perjuicios y los beneficios adquieren su relieve moral concreto dentro del contexto de una comunidad que posee una visión moral concreta. El principio de permiso señala la verdadera frontera de todas las comunidades morales. Violarlo significa convertirse en enemigo de las comunidades morales en general. Sin embargo, respetarlo no equivale sin más a ser miembro de una comunidad moral, y ello porque, en parte, el principio de permiso es únicamente un principio de tolerancia. Es un principio negativo. El principio de permiso no es algo posterior, sino previo, a cualquier beneficio o perjuicio concreto. Sólo por medio del principio positivo de beneficencia adquiere contenido la vida moral. De esta manera, el hecho no de ser caritativo no es sinónimo de ser enemigo de la comunidad moral. Un individuo que persiga su propio bien solitario, pero sin violar los derechos de los demás, penetra en una especie de limbo moral. Solo afirmando el principio de beneficencia nos podemos embarcar en la empresa de vertebrar una comunidad moral y de dotar de contenido a la beneficencia" (Engelhardt, Los fundamentos de la bioética, 1995, págs. 129-130).

De esta manera, Engelhardt pretende fundamentar el principio de beneficencia como una condición para la moralidad del ser humano, para que este sea parte de una comunidad, tenga lazos de fraternidad y pueda exigir la solidaridad de sus semejantes, pero deja claro que la condición necesaria para la vida en comunidad reside en el principio de permiso. Su propósito es dar respuestas a preguntas como ¿qué justifica hacer el bien? ¿por qué conviene pertenecer a una comunidad con contenido moral particular? ¿por qué es una buena idea ayudar a los demás? partiendo de la premisa de que ello no es una obligación legal y que sólo puede exigirse un acto moral con autoridad en el caso de que afecte el principio de permiso. En ese sentido considera que:

> "los principios de permiso y de beneficencia fundamentan y a la vez resumen dos puntos de vista morales esenciales: a) aquel en función del cual se considera qué significa actuar con autoridad, dentro de los propios derechos, y b) aquel otro en función del cual se considera que significa hacer el bien y evitar el mal. Cada uno de ellos se justifica por su vinculación a un elemento ineludible de significado. El principio de permiso resulta ineludible en la medida en que nos hemos preguntado si nosotros (o cualquier otra persona) hemos actuado rectamente, es decir, con autoridad moral. Por su parte, el principio de beneficencia resulta ineludible en la medida en que se pregunta acerca del bien que se ha de hacer a los demás o del mal que se les ha de evitar. Dichos principios expresan la circunstancia de que el punto de vista moral es un criterio de beneficencia, dentro de las limitaciones determinadas por el respeto hacia las personas" (Engelhardt, 1995, págs. 132-133).

Todas estas explicaciones, la identificación de los principios morales y la obligatoriedad de estas en escalas de jerarquías, constituyen una introducción necesaria para el problema que Engelhardt se propone a tratar en sus fundamentos de la bioética: el relacionado con la justicia. Su preocupación por la asignación de recursos para el servicio de salud pública, así como el establecimiento de un sistema sanitario de un solo nivel, son preocupaciones latentes en este autor.

A partir de la caracterización que Justiniano realiza en sus *Instituta,* afirma de idéntica manera que la justicia tiene como objeto "el deseo constante y perenne de entregarle a cada uno lo que le es debido", aspecto que considera pacífico, pero sobre el cual subyace una dificultad real y compleja: "determinar qué se debe a quién y por qué" (Engelhardt, 1995, pág. 135). En su criterio, tal preocupación tiene un impacto significativo en los dilemas éticos relevantes, como el aborto y la eutanasia, pero aún más en la creación de esquemas de salud pública a cargo de los contribuyentes. Es sobre este último que manifiesta sus más serias preocupaciones y por tanto una mayor atención, dados los cuestionamientos que se generan a partir de este, tales como: ¿existe un derecho a la asistencia sanitaria? ¿el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones idénticas para todos sus usuarios? ¿Cómo jerarquizar las necesidades en los sistemas de salud? ¿Qué legitimidad tiene el concepto de justicia en materia de salud para la apropiación de recursos?[69]. Las respuestas a estos interrogantes serán desarrolladas en los siguientes apartados.

[69] Cfr. Engelhardt, 1995. Capítulo IX.

## 2.4. La inexistencia de un derecho humano a la salud

> *"No existe ningún derecho moral secular fundamental humano a recibir asistencia sanitaria, ni tan siquiera un «mínimo decoroso». Tales derechos deben ser creados".*
>
> H.T. Engelhardt, *Los fundamentos de la bioética,* 1995: 126.

Para Engelhardt, la salud, la medicina y la libertad son conceptos que se encuentran interrelacionados y que articulan el discurso que normalmente acompaña la defensa por un sistema de asistencia sanitaria. Dado la complejidad que ello genera, derivada del gasto público necesario para su financiación, son cada vez más frecuentes los discursos sobre *la buena vida* fundamentados en una especie de religión de carácter laico que vela los intereses del bienestar general.

En su criterio, el establecimiento de las condiciones que deben darse para llevar una *buena vida,* repercuten en las libertades individuales con independencia, de que la salud se entienda como libertad negativa o como un ideal positivo, pues el contenido del discurso sobre el correcto empleo de bienes públicos para su financiamiento parte de la observancia de unos valores que tienen lugar en un momento histórico determinado y un contexto específico (Engelhardt, 1999, pág. 12)[70]. Por ello, Engelhardt (1995), considera que la

[70] De esta manera para Engelhardt (1999) el éxito de la medicina para triunfar sobre algunas patologías sobre las hace algún tiempo era imposible resistir, ha generado la tentación de establecer la obligatoriedad de una política sanitaria, pues la prevención o el tratamiento oportuno puede llevar a que se controle la enfermedad o a que sus consecuencias no produzcan un impacto mayor. Esta tentación es la que constituye su objeto de estudio y su crítica más dedicada. En palabras del autor: "Son estas tentaciones el centro de mi estudio crítico. Son tentaciones que marcan el nacimiento de un nuevo puritanismo laico cuyo fin es lograr una población sana. En primer lugar, hay que entender que la lucha por la salud puede transformarse fácilmente en una ideología omniabarcante o en una religión laica sobre la salud. Al fin y al cabo, la fascinación de un estado entregado a promocionar la salud es muy poderosa. La salud nos mantiene en esta vida y nos hace sentir que la dominamos. En una era post-cristiana, en la que esta vida lo es todo para el ser humano, cualquier opción que pueda prolongar la vida y preservar la salud puede alcanzar valores muy elevados. Cuando el cielo deja de ser la meta de la vida humana, esta vida y la salud en este mundo cobran mayor importancia. Asimismo, la idea de salvación pierde interés y credibilidad frente a una finitud que no puede ser trascendida. A menudo el resultado es una lucha

imposición de un determinado sistema de salud pública, que pretenda uniformizar las diferentes visiones morales, los intereses y la posibilidad de decidir, es un acto de "fervor ideológico totalitario", que no tiene en cuenta las limitaciones de la moral secular estatal, así como tampoco respeta la "autoridad que el individuo posee sobre sí mismo, así como su propiedad" (p. 401).

En nuestro criterio esta sentencia de Engelhardt es la razón por la cual fundamentó el deber de ayudar a los demás como un principio de segundo orden, cimentado sobre el principio de beneficencia, más relacionado como una obligación de orden moral que corresponde a una máxima de actuación del ser humano. De esta manera, un derecho humano a la salud no existiría y un servicio de salud por parte del Estado sería un acto de caridad, pero en ningún momento facultaría a este a establecer contribuciones forzosas para recaudar los recursos necesarios para tal propósito, pues la solidaridad no puede ser impuesta, sino que debe partir del consenso y autorización de todos los contribuyentes.

Por tanto, afirma que las únicas acciones estatales que no requieren el permiso de las personas son aquellas relacionadas con la garantía del principio de permiso. En tanto, que la libertad como medio para garantizar libertades básicas, asociadas a la protección de la persona contra toda forma de intromisión por parte de sus semejantes en incluso frente al poder estatal, es presupuesto para la existencia de una comunidad pacífica y la realización de la persona, se presupone la legitimidad del uso de la fuerza por parte del Estado, como si se tratase de un imperativo categórico. En su entender, los únicos derechos que posee la persona por el simple hecho de existir son aquellos relacionados con la garantía del principio de permiso y por tanto no puede predicarse la existencia de derechos humanos en los casos en los cuales su fundamentación recaiga en visiones particulares de lo bueno o sobre la obligación moral de ser benéficos.

---

frenética por la salud y por posponer la muerte a cualquier precio, algo a lo que Platón ya aludía en La República (República III, 404-408)" (p. 17).

Como lo expone Lema Añón, Engelhardt niega la existencia del derecho a la salud porque considera que las garantías de libertad y propiedad tienen un lugar preponderante frente a otras, razón por la cual no puede existir un derecho que ordene la apropiación de los recursos de las personas sin que medie su consentimiento. Por tanto, "el hecho de que una persona caiga enferma es una incidencia ajena a esta cuestión que, por supuesto, no otorga ningún derecho de asistencia y mucho menos si implica la apropiación coactiva de recursos ajenos" (Lema Añón, 2010, pág. 79).

A partir de ello, considera que "[n]o existe ningún derecho moral secular fundamental humano a recibir asistencia sanitaria, ni tan siquiera un «mínimo decoroso». [Y por tanto] Tales derechos deben ser creados" (Engelhardt, 1995, pág. 401). De esta manera considera que los derechos que no sean constitutivos del principio de permiso son obligaciones morales, carentes de contenido coercitivo, que se sitúan en el ámbito del deber ser y que pueden clasificarse de imperativos hipotéticos. Más allá del limbo moral en el que puedan verse inmersos aquellos sujetos que renuncien a la comunidad benéfica y caigan en la tentación del nihilismo, prosigue, no puede imponerse una visión particular entre extraños morales, sobre el bienestar que sea compatible con la moral secular.

Por tanto, para Engelhardt (1995) la pretensión de establecer como justos los derechos al acceso a la asistencia sanitaria dependerá de la comprobación de que los agentes han dado autorización para crear tal garantía o, lo que es lo mismo, de exigir algo con lo que las personas se han comprometido de manera libre. Por tanto, considera que la dificultad que presentan "los supuestos derechos a recibir asistencia sanitaria, así como las exigencias de justicia e imparcialidad en el acceso a la asistencia sanitaria debería ser aparente" (p. 401). Esto resulta claro porque considera que una vez establecido el escenario en el cual se puede exigir tal asistencia desaparece todo intento de justificación sobre premisas subjetivas.

En consecuencia, asevera que de no probarse el consentimiento por parte de las personas para la financiación de un sistema de salud a cargo de los contribuyentes, no existe fundamento legítimo para imponer la solidaridad, toda vez que la autoridad moral de la

acción colectiva procede de la autorización o del consentimiento y, por tanto, "resulta difícil (para una sociedad en gran escala, de hecho, materialmente imposible) obtener la legitimidad moral que permita imponer en el sistema sanitario una de entre las muchas visiones existentes de la beneficencia y de la justicia", pues al fin y al cabo como señala el autor, "existen tantas teorías de la beneficencia, de la justicia y de la imparcialidad como existen grandes religiones" (Engelhardt, 1995, pág. 401).

Por tal razón, el establecimiento de un derecho a la asistencia sanitaria que genera la obligación de que las personas entreguen parte de sus ingresos para su financiamiento es inmoral, no sólo por la vulneración de las libertades básicas, sino por la indeterminación de las contingencias que debe cubrir el mismo. De esta manera, "la coerción estatal para aportar al sistema público o nacional de salud, es esencialmente arbitraria e inmoral y el derecho al cuidado sanitario, si es que tiene que ser establecido, debe reconocerse como la creación limitada de una política gubernamental de seguros y no como expresión de un derecho fundacional al cuidado sanitario o como reclamo de equidad o igualdad" (Engelhardt, 1997).

Sobre la base de tales premisas, el autor considera que la justicia no puede estar vinculada a una moral canónica dotada de contenido, esto es a una forma de concebir lo bueno, pues es imposible respetar la libertad de todos y, a la vez, conseguir lo que más convenga a cada uno a largo plazo.

Este entendimiento de la libertad no es correcto desde nuestro punto de vista. La libertad no puede entenderse simplemente como la limitación a la acción estatal, sino con la posibilidad de hacer cosas que para nosotros resultan importantes, asunto sobre el cual volveremos en capítulos posteriores, pero basta con decir que esta comprensión de la libertad resulta vacía y corresponde a un derecho trascendental de no intromisión, más que a una libertad auténtica. No contribuir con los demás cuando necesitan ayuda, no es un acto de libertad, es un acto de egoísmo. Por supuesto que algunos actos de egoísmo son protegidos por el Estado e incluso son bien vistos (como la protección de la propiedad privada), pero no se puede distorsionar el concepto de libertad, para que encaje en las pretensiones de personas

que viven en la sociedad, se benefician de ella, pero al momento de establecer responsabilidades quieren asumir que no existen más personas que ellos mismos.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que, para Engelhardt, imponer un concepto de moral para la materialización del principio de beneficencia, argumentando que ello corresponde a la concreción de la justicia con fundamento en principios imparciales, vulnera el imperativo del principio de permiso. Por tanto, conceptos como el de justicia social resultan insostenibles y arbitrarios toda vez que pretenden imponer una moral canónica dotada de contenido sobre toda la sociedad, estableciendo un concepto único del bien y sobre la base de una supuesta imparcialidad. En sus términos "Hablar con ligereza de la justicia y de la imparcialidad en materia sanitaria puede por tanto inducir a error moralmente, ya que sugiere la existencia de una visión ortodoxa concreta de la justicia y la imparcialidad a la que todas las personas tienen motivos de apoyar" (Engelhardt, 1995, pág. 402). Para fundamentar este punto cita el planteamiento sobre las falacias de la justicia social, que el profesor Friedrich Hayek (1976) presentó en los siguientes términos:

> "Como la mayoría de las personas intuyen, la «justicia social» no es una inocente expresión de buena voluntad para con los menos afortunados, sino que se ha convertido en una insinuación deshonesta, según la cual debemos dar nuestro consentimiento a la solicitud de todo interés especial, que no puede aducir ninguna razón real para que tengamos que hacerlo. Para que el debate político sea honesto, las personas tienen que darse cuenta de que esta expresión es intelectualmente vergonzosa, caracteriza a la demagogia y al periodismo barato y los pensadores responsables deben avergonzarse de utilizarlo, ya que [,] una vez reconocida su vacuidad, su uso es deshonesto (Hayek, 1976, pág. 97)".

Desde esta perspectiva, para Engelhardt (1995) resulta inaceptable justificar un derecho a la asistencia sanitaria inalienable y propio de la existencia de la persona, pues estas características son propias de los derechos que se desprenden del principio de permiso, dado

que la creación de un sistema de asistencia sanitaria con recursos colectivos no supone un problema moral, siempre y cuando parta del consentimiento de los individuos, pues este "siempre tiene la autoridad moral secular para utilizar sus propios recursos, aunque se enfrenten a las concepciones vigentes de justicia e imparcialidad" (p. 403-404), asunto diferente a la imposición de un sistema sanitario de un solo nivel y global, lo cual considera inmoral debido a que establece un derecho a exigir una parte del producto del esfuerzo de los demás, fundamentado en teorías o explicaciones concretas del bien, lo cual puede generar desacuerdos "con las decisiones de personas que no desean participar y pueden, de hecho, oponerse moralmente a la realización de un determinado sistema sanitario" (p. 404).

De manera concreta, considera que el establecimiento de un sistema sanitario de un solo nivel restringe la libertad de las personas para acceder a un servicio con mejores prestaciones, incluso si tienen los medios para ello, con lo cual se vulnera el principio de permiso, pues cada quien debería tener la posibilidad de invertir sus recursos para mejorar su salud y, por tanto, el Estado debe abstenerse de intervenir en las decisiones que conciernen exclusivamente a la persona y cuya materialización no desconoce los derechos básicos de otros. A su vez, considera que la imposición de un sistema sanitario global tendría repercusiones serias en el desarrollo de nuevas tecnologías e investigación médica, pues no habría incentivos para empresas privadas dedicadas a ello, al no existir demanda.

De hecho, lo anterior genera que el propio Estado se abstenga de invertir en investigaciones para la cura y tratamiento de enfermedades, pues un descubrimiento científico en el campo de la medicina generaría la obligación de garantizar que todos accedan al mismo, lo cual resulta incompatible con la realidad de todo sistema de financiación: la finitud de los recursos (Engelhardt, 1995, pág. 404). Así, si el Estado tiene como propósito la racionalización de los recursos, resulta una consecuencia lógica que quienes adoptan las decisiones sobre gasto público se abstengan de incentivar prácticas que aumentan la presión fiscal.

## 2.5. La imposibilidad de un derecho a la asistencia sanitaria óptima e igualitaria

> *"La doctrina que propugna la instalación de una red de seguridad que permita recoger a quienes caen, ha sido sustituida por el dogma de que es obligado facilitar una justa participación a todos, incluso a aquellos plenamente capaces de permanecer de pie".*
>
> *The Economist*, 15 de marzo de 1958.

Gran parte del ataque que Engelhardt realiza sobre la asistencia sanitaria global (entiéndase por global aquella que cobija a todos los habitantes de un determinado Estado) se fundamenta en que considera imposible llevar a cabo los objetivos que esta propugna. En sentido estricto, considera que hablar de este término, sin reparar en sus consecuencias reales, es un engaño colectivo que no tiene en cuenta la realidad y que corresponde, más bien, a una estrategia política populista.

Para sustentar su afirmación, Engelhardt (1995) cita cuatro objetivos de la política sanitaria que en su criterio se compaginan muy mal, debido a lo contradictorio, por ser excluyentes entre ellos. Estos son: "1. La prestación de la mejor asistencia sanitaria posible para todos. 2. La prestación de una asistencia sanitaria igual para todos 3. La libertad de elección por parte de prestatarios y consumidores de asistencia sanitaria. 4. La contención de los costes sanitarios" (p. 403).

Las razones de su disenso se concretan en que considera imposible que se preste la mejor asistencia sanitaria posible a todos y se contengan los gastos al mismo tiempo, dado que afirma que: "No se puede prestar igual asistencia a todos y a la vez respetar la libertad individual de perseguir de forma pacífica, junto con otros, la propia visión de la sanidad o de utilizar los propios recursos y energías como cada cual decida. No se puede mantener la libertad en la elección de asistencia sanitaria y al mismo tiempo contener sus costes. Tampoco

es proporcionar a todos igual asistencia, y que al mismo tiempo sea la mejor, recursos, debido a la misma insuficiencia de los recursos" (Engelhardt, 1995, pág. 403).

En su criterio, las dificultades expuestas, no sólo tienen origen en el conflicto entre los principios de libertad y beneficencia, sino en la dificultad insalvable de definir o encontrar un acuerdo sobre lo que significa buscar los mejor en el campo sanitario. De hecho, afirma que objetivos que se pueden percibir como preponderantes, resultan excluyentes pues no existe una metodología que permita graduar o jerarquizar propósitos. En efecto, se hace el siguiente cuestionamiento: "¿qué es más importante, ofrecer una asistencia igual para todos o la mejor posible a las clases menos favorecidas?" (Engelhardt, 1995, pág. 404).

A su modo de ver, existen muchos más ejemplos que demuestran la imposibilidad de conciliar los objetivos de la asistencia sanitaria de un solo nivel y global. Aunque parezca que tal situación tiene origen en la moralidad de la autoridad moral, o la visión secular diversa, o los límites del poder humanos frente a la muerte y el sufrimiento, la realidad es que la dificultad radica en no entender que la desigualdad es una condición natural de la sociedad y que los recursos para tratar los padecimientos humanos son limitados[71]. Estas situaciones son algo real y tangible y tenemos que aprender a convivir con ello. Por tanto, un esquema de asistencia sanitaria debe: "1. Aprobar la desigualdad en el acceso a la sanidad como un hecho moralmente inevitable, que se basa en la existencia de recursos privados y de la libertad humana. 2. Respaldar el hecho de que poner precio al salvamento de vidas humanas forma parte de la creación con fondos públicos de un sistema de asistencia sanitaria efectivo con respecto a los costes" (Engelhardt, 1995, pág. 404).

En relación con la desigualdad, Engelhardt considera que el hecho que unas personas tengan recursos económicos, mientras otros carecen de ellos, no deviene que tal situación sea

[71] Estos presupuestos, fundamentales para iniciar una discusión de materia de asistencia sanitaria, se han desconocido por cuestiones de conveniencia política. "No se ha querido admitir ni la inevitabilidad moral de la desigualdad en el ámbito sanitario, ni la necesidad de racionar la asistencia sanitaria en programas públicos si se quieren contener los costes. Se considera que admitir estas circunstancias es algo ideológicamente inaceptable". (Engelhardt, 1995, pág. 405).

injusta. Así, encuentra cercanía con el pensamiento de Nozick referente a los límites del poder público en la asignación de recursos y la consecuente creación de derechos, específicamente en la idea de la necesidad de que las personas reales expresen un consentimiento real, como presupuesto básico para garantizar sus derechos, lo cual, como puede observarse, influenció la idea de Engelhardt sobre el principio de permiso.

De otra parte, y como suele suceder cuando se expone Nozick, Engelhardt se aleja del planteamiento de Rawls[72], pues en su criterio no le atribuye a la libertad el carácter de principio sino el de valor, razón por la cual, con el propósito de crear instituciones justas "no exige que los implicados den realmente su consentimiento, y, consiguientemente, permite la restricción del derecho a la autodeterminación con el fin de alcanzar objetivos sociales importantes" (Engelhardt, 1995, pág. 429). Por lo tanto, no asume que la desigualdad genere injusticia *per se,* dado que la igualdad no tiene un valor intrínseco, esto es, que no tiene valor por sí misma, sino que obedece a un aspecto de la naturaleza de las relaciones sociales inevitable.

Sobre el particular, Lema Añón (2010) considera que Engelhardt considera que tanto la salud, como la enfermedad, son cuestiones del azar o de la suerte, que no tienen relación con la justicia y que no pueden fundamentar un imperativo para acceder a la asistencia

[72] Engelhardt realiza una presentación extensa de los principales planteamientos de las obras de Rawls y Nozick, en lo que se refiere a la correcta asignación de recursos. Gran parte de su análisis se resume en la siguiente cita: "John Rawls en A Theory of Justice y Robert Nozick en Anarchy State, and Utopia ofrecen concepciones opuestas de la justicia y la imparcialidad. Defienden sugerencias divergentes acerca de la naturaleza de la justicia en materia sanitaria. Ofrecen un contraste entre la justicia entendida primordialmente como una estructura [,] es decir, un modelo de distribución susceptible de ser revelado racionalmente, frente a una visión de la justicia entendida primordialmente como un procedimiento, es decir, un asunto de negociación imparcial. Rawls presenta en A Theory of Justice la perspectiva ahistórica como recurso explicativo, desde la cual se puede descubrir el modelo adecuado de distribución de recursos y, por lo tanto, presumiblemente, de la distribución de recursos sanitarios. En esta concepción se da por sentado que los derechos con base social tienen prioridad moral. Por el contrario, Nozick presenta una explicación histórica de la distribución justa, en la cual la justicia depende de lo que los individuos han acordado hacer con, y por los demás. Nozick defiende que los derechos con base individual son moralmente superiores a los derechos con base social. Contrariamente a Rawls, quien afirma que es posible descubrir un modelo idóneo de asignación de recursos, Nozick dice que es imposible, y que en su lugar únicamente podemos identificar las características de un proceso justo de configuración de derechos a la asistencia sanitaria" (Engelhardt, 1995, pág. 423).

sanitaria, pues ello conllevaría a concluir que la enfermedad es una cuestión de injusticia y como tal es necesaria la intervención humana para su corrección.

Estas cuestiones sobre el azar y la suerte, que repercuten en la vida de las personas y sobre las cuáles, en su criterio, no se puede predicar injusticia alguna[73], son las que Engelhardt denomina la lotería natural y social, conceptos que define en las siguientes palabras:

> "Utilizamos el término «lotería natural» para identificar los cambios en la fortuna que resultan de fuerzas naturales y no directamente de la acción de las personas. La lotería natural determina la distribución de los bienes naturales y sociales. El término «lotería natural» contrasta con el de «lotería social», que utilizamos para identificar los cambios en la fortuna que no son consecuencia de fuerzas naturales, sino de la acción de las personas. La lotería social configura la distribución de bienes sociales y naturales [,] ambas, junto con las propias decisiones libres, determinan la distribución de los bienes naturales y sociales. A pesar de ser el resultado de acciones personales, la lotería social se designa como lotería a causa de la compleja e impredecible interacción de las elecciones personales, a causa del carácter impredecible de los resultados que no se amoldan a un modelo ideal, y porque los resultados son consecuencia de fuerzas sociales, no las elecciones inmediatas de las personas sometidas a ellas". (Engelhardt, 1995, págs. 405-407)

[73] En esta afirmación de Engelhardt puede verse su cercanía a las tesis de Hayek sobre el concepto de injusticia, como se puede desprender de la siguiente aseveración realizada por el profesor de origen austriaco: "Puesto que sólo las situaciones que son fruto deliberado de la voluntad humana pueden considerarse justas o injustas, los resultados particulares de un orden espontáneo no podrán ser justos ni injustos: si el hecho de que A tenga mucho y B poco no es el resultado intencionado o previsto de la acción de alguien, no podrá hablarse de justicia o injusticia. Veremos que lo que se denomina justicia «social» o «distributiva» carece de hecho de significado en el seno de un orden espontáneo y que tan sólo cobra sentido dentro de una organización" (Hayek, 1973, pág. 222).

A partir de ello, Lema Añón (2010) considera que para el profesor estadounidense las desigualdades entre las personas, que se derivan del azar, no son un asunto del cual deba ocuparse la justicia por ser simplemente hechos desafortunados, razón por la cual Engelhardt admite que:

> "es difícil trazar una distinción clara entre lo injusto y lo desafortunado, pero sostiene que es el único criterio adecuado para admitir reclamaciones legítimas en materia de salud: será una reclamación legítima la que se derive de un daño causado injustamente por un tercero, pero no simplemente de una necesidad. Por el contrario, si se admite la posibilidad de que las necesidades se conviertan en criterios para admitir demandas a terceros, si se admite la posibilidad de que las necesidades creen derechos, se estará violando la autonomía de las personas -el núcleo del liberalismo- pues se permitiría al Estado legitimar medidas coactivas frente a los derechos de libertad y propiedad" (p. 79-80).

Por ello, para Engelhardt (1995) resulta necesario el establecimiento de una frontera que divida las acciones justas de las desafortunadas, dado que existe una tendencia a crear derechos ante la existencia de necesidades, lo cual implica que se establezca el imperativo de exigir los recursos de los demás como si fuesen propios, como si hubiese algo injusto en el hecho de tener más que los demás, ya sea por la fortuna o incluso por el propio esfuerzo, como si triunfar fuera algo malo, o lo único loable o normal fuera estar en un constante estado de necesidad. En palabras del autor "la lotería natural crea desigualdades y sitúa a unas personas en desventaja, sin crear por ello en otras la obligación moral secular, clara y manifiesta de ayudar a los necesitados" (p. 408).

En ese sentido, Engelhardt considera que, aunque resulte desafortunado que una persona no tenga los medios para tratar un padecimiento, ello no puede generar un cargo de conciencia sobre otras personas, ni establecer una relación de identidad entre la buena fortuna y la maldad. De ello se desprende la siguiente afirmación: "[el] que unos sean más

afortunados que otros por disponer de más recursos, no es ni más ni menos arbitrario o injusto que el hecho de que algunos tengan mejor salud, mejor aspecto o más talento. En cualquier caso, designar circunstancias desafortunadas como circunstancias injustas, sin referirse a violaciones del principio de permiso, exige imponer una visión particular de la beneficencia o de la justicia" (p. 413). En su criterio, los hechos desafortunados que tienen origen en la fuerzas naturales y sociales y que repercuten en la vida de las personas, pueden ser mitigados a partir del *igualitarismo del altruismo*, el cual de define por oposición al *igualitarismo de la envidia*. La definición de estos, por ser de importancia cardinal, se transcribe *in extenso*:

> "El igualitarismo de la envidia afirma que en un segundo mundo es peor que el primero si, *ceteris paribus*, el segundo mundo difiere del primero en que en el segundo mundo hay una persona que vive en mejores condiciones que las demás, sin que nadie resulte perjudicado. Desde este punto de vista se podrá interpretar la buena fortuna como algo injusto. En primer lugar, se afirma que la buena fortuna de tener más que los demás es injusta si la suerte no basa en ningún tipo de principios, si simplemente sucede y no es merecida. Según la explicación de Rawls, del que hablaré breve, la buena fortuna es justa si redunda en beneficio de la clase menos afortunada, de otro modo, la buena suerte ocurre injustificadamente, sin garantía de justicia y es, por tanto, injusta. En segundo lugar, la buena suerte es rotundamente injusta al alterar la igualdad. Este tipo de igualitarismo legitima la acción de quitarles algo a quienes, debido a la buena fortuna, han recibido más. En su forma más contundente, legitima el conseguir que todos estén peor situados, si con ello se consigue la igualdad. Esta actitud igualitaria saca partido de la envidia porque justifica «un sentimiento moral de disgusto, indignación o rencor hacia la superioridad de [otra persona] en su felicidad, éxito, reputación o posesión de todo objeto deseable>. Esta forma de igualitarismo es inmoral, en términos seculares generales, porque afirma el rencor, en el sentido de que aprueba el uso de la fuerza coercitiva para quitar algo a los que tienen más con el fin de situar a todos en el nivel de los menos afortunados. Desde esta perspectiva,

> no se admite que la buena suerte sea algo que no está basado en principios morales, algo que no es justo ni injusto. La fortuna de algunos y la consiguiente (esto es comparativa) desgracia de otros, no se contempla como algo que simplemente sucede, sino que justifica la exigencia de que haya que rectificar esas circunstancias" (Engelhardt, 1995, págs. 415-416).

Para Engelhardt, la superioridad de la teoría de Nozick sobre la de Rawls tiene lugar porque este último parte de una concepción ahistórica del mundo, dado que no entiende que la mayoría de los objetos vienen ligados a una persona debido al principio de propiedad privada[74] y, aunque pueda pensarse que otro tipo de mundo resolvería los problemas propios de la buena o mala fortuna, lo cierto es que el mundo necesita de soluciones reales para personas reales. En ese sentido, considera que:

> "una posición como la Rawls ofrece un principio de justicia distributiva, que los individuos racionales sólo consideran normativo si las personas no se poseyeran ya a sí mismas y a los objetos de forma privada, y además abrazaran ciertas visiones concretas de la racionalidad y de la justicia. Sin embargo, las personas ya se poseen a sí mismas y a los objetos de forma privada, tal como arguye Nozick y como hemos demostrado en el capítulo V de este libro. La libertad no representa simplemente un valor entre otros, sino que es la fuente de autoridad moral expresada en forma de la elección o del permiso. Es la fuente de la autoridad moral cuando colaboran extraños morales" (Engelhardt, 1995, pág. 429).

---

74 Sobre tal asunto Zúñiga Fajuri señala: "Al igual que Nozick, entonces, Engelhardt estima que 'si se posee una propiedad en virtud de una adquisición justa o de una transmisión justa, los derechos de esa propiedad no se verán afectados por la tragedia o la necesidad ajena. Sencillamente se posee una propiedad'. Por ello, la prueba para saber 'si una tercera persona puede quitarnos parte de nuestros recursos para ayudar a los más necesitados no consiste en saber si vamos a sufrir con la transferencia de bienes, sino si hemos dado nuestro consentimiento (...) en la colaboración con los extraños morales la autoridad procede del principio del permiso'" (Engelhardt, 1995, págs. 409-410), citado en (Zúñiga Fajuri, 2006, pág. 42).

En consecuencia, afirma que la cantidad de recursos que deben destinarse a la atención sanitaria no puede establecerse desde una posición inicial en un mundo imaginario, con personas inexistentes, en un contexto que no ha tenido lugar en la historia de la humanidad y que probablemente nunca se dará, sino que debe reconocerse que la única vía para lograr establecer con éxito relativo la cantidad de recursos necesarios para satisfacer la demanda de recursos de salud, es la celebración de un acuerdo.

En consonancia con lo expuesto, Engelhardt (1995) aduce que "no debemos intentar lo imposible para derivar principios normativos dotados de contenido como si fueran conejos en una chistera filosófica, sino que, por el contrario, la autoridad se obtiene a partir del consentimiento otorgado por individuos reales" (p. 430). Sobre la base de ello, considera que la aplicación del concepto de "*igualitarismo de la envidia*" en el ámbito sanitario conllevaría a que se afirme que un mundo en el que unos pocos pudieran acceder a procedimientos de salud complejos es peor que uno en el cual nadie tuviera la oportunidad de ello, es decir, que no importa que se limite el desarrollo científico o que se conlleve al sufrimiento y muerte de los seres humanos siempre y cuando se consiga la igualdad.

Así las cosas, el igualitarismo de la envidia no tiene en cuenta la igualdad como medio, sino como un fin valioso en sí mismo, sin importar las consecuencias que de ello se derive y pretendiendo realizar un imposible en la práctica. Es por ello, que Engelhardt se aparta de la propuesta de Rawls, quien afirma que la desigualdad es algo inevitable, pero que existen desigualdades injustas, como aquellas que no redundan en el beneficio de los demás.

Esta aproximación a la justificación de la igualdad desde la teoría inquieta a Engelhardt quien considera que propuestas como las de Rawls legitiman la apropiación de recursos, desconociendo el principio de permiso y la propiedad sobre el propio individuo, aun cuando esto es incorrecto, pues no puede apelarse a una ética de la compasión forzosa o de la apropiación del esfuerzo personal en favor de otros quienes se encuentran en situación difícil no necesariamente por la lotería natural, sino por sus propias decisiones.

De esta manera, resulta imperativo cambiar la concepción del igualitarismo relativa a la consecución de la igualdad como fin último y establecer un nuevo concepto que respete el principio de permiso. En criterio de Engelhardt, esto sólo se logra a partir de un igualitarismo del altruismo el cual apela a la compasión ajena para ayudar a quienes sufren. Este igualitarismo sostiene que un segundo mundo es peor que el primero en el evento en que:

> "uno de los habitantes del segundo mundo padece dolor, deformidad, incapacidad, o muere prematuramente y todo esto no sucede en el primer mundo. A este igualitarismo no le preocupa si alguien tiene más que lo demás, sino si alguien sufre. Las desigualdades no se desvalorizan por sí mismas, sino que se desvaloriza el sufrimiento o el hecho de que alguien carezca de un bien importante. La igualdad de bienes, capacidades, posesiones y experiencias no se valora en sí misma, sino se valora el bien a conseguir por medio de una intervención concreta" (Engelhardt, 1995, pág. 417).

Así las cosas, el igualitarismo del altruismo reflejaría una obligación de abstención, en el sentido que a pesar de encontrar válidas las preocupaciones sobre brindar tratamientos de alto costo a los sujetos que lo necesiten, establece que no se puede negar tal tipo de prestación a las personas que tengan recursos suficientes para pagarlo. De esta manera, Engelhardt (1995) concluye que el igualitarismo del altruismo debe ser la guía para la adopción de las decisiones que implican afectar recursos de propiedad colectiva, dado que cuenta con la legitimidad derivada de la observancia del principio de permiso (p. 417).

En nuestro criterio una dosis de altruismo suena reconfortante para entender que los seres humanos sienten empatía unos por otros, pero dejar todo a la suerte de que algunos sientan que sus obligaciones morales les instan a contribuir con los demás parecer ser una ruta peligrosa que puede afectar nuestra vida en sociedad. El problema con el altruismo es que no establece responsables por su inobservancia, sino que corresponde a una decisión libre de cada persona. El asunto es que la actividad económica no sólo genera riqueza, sino tiene

como consecuencia que se afecte al ambiente en múltiples maneras, como la contaminación, las enfermedades laborales, las enfermedades endémicas producto de la extracción, los cambios en los hábitos de los trabajadores, etc.

En todo caso desde la perspectiva de Engelhardt podría aseverarse que este es un asunto responsabilidad empresarial que debe ser sufragado a cargo de los culpables, pero en la realidad los procesos para establecer responsabilidades a partir de obligaciones directas o incluso aquellas no estipuladas en contratos, pero que se desprenden de los principios del derecho, tardan años. Así las cosas ¿quién responde mientras todo esto tiene lugar? Incluso ¿quién responde en el caso en el cual no se establezca con certeza un nexo causal entre una actividad que afecta la salud y la actividad desarrollada por un particular?

Estas son preguntas que nos hacen reflexionar sobre la responsabilidad estatal subsidiaria, pero que no están en el orden del día de Engelhardt y de la teoría libertaria, en general. Asumir que la caridad resolverá los problemas es un acto irresponsable, pues se deja al arbitrio del destino y de las buenas intenciones, la suerte de millones de seres humanos que no tienen los medios necesarios para acceder a los procedimientos y tratamientos médicos que brinda el mercado. De esta manera, la posición asumida por Engelhardt es confortable, pero a veces nuestra humanidad nos indica que es necesario incomodarnos por la necesidad de millones de seres humanos que no pueden siquiera pensar en estas reflexiones desde la comodidad de sus hogares, o desde un hospital, pues han sido desprovistos de toda la ayuda que, desde esta perspectiva, solo la caridad puede comprar.

## 2.6. Consideraciones sobre la limitación de los recursos para la financiación de la asistencia sanitaria

> *"Supongamos que se acepta, como yo lo acepto, ese razonamiento para justificar la acción del Estado en la eliminación de la pobreza: para establecer, por así decirlo, un límite mínimo en el nivel de vida de cada miembro de la sociedad. Pero queda la duda de cuánto y cómo hacerlo. No veo la forma de decidir sobre «cuánto», como no sea de acuerdo con la cantidad de impuestos que estamos dispuestos a pagar (al menos la gran mayoría de nosotros) para ese propósito. La cuestión de «cómo» se presta a más discusión".*
>
> Milton Friedman, *Capitalismo y libertad*, 1966: 243.

Para Engelhardt resulta necesario establecer de una vez por todas que deben limitarse los costos asociados al servicio de asistencia sanitaria, pues si bien resulta lamentable que muchas personas no puedan restablecer su salud o llevar una vida con un impacto menor derivado de una patología, es menester reconocer que debido a la finitud de los recursos deben renunciarse a tratar a algunas personas con enfermedades que requieran tratamientos costosos, so pena de generar que sea imposible el tratamiento para una gran cantidad de sujetos con enfermedades que impactan en menor medida el sistema de salud.

Sobre la base de lo expuesto, considera necesario establecer qué acciones específicas para tratar el sufrimiento, la discapacidad y las enfermedades son menos eficaces, pues "como miembros de la sociedad tecnológica nos vemos obligados a diseñar políticas sobre cómo afrontar nuestra finitud. Dado que aumentar las inversiones en salud sólo nos permitirá posponer la muerte, pero no evitarla, y dado que el éxito de todas las alternativas sólo es probable, la política sanitaria tiene el carácter de una elección libre sobre cómo especular con el sufrimiento, la discapacidad y la muerte prematura de los miembros de nuestra sociedad. Debido al carácter limitado de nuestros recursos, así como de nuestros conocimientos, debemos apostar con prudencia por nuestra salud en la busca de aquellos bienes que realmente nos importan" (Engelhardt, 1999, pág. 13).

A su modo de ver, ello sucede porque los tratamientos de salud no pueden asemejarse a las acciones encaminadas a brindar cobijo y alimentación, las cuales pueden determinarse monetariamente con relativa precisión, en tanto que las prestaciones necesarias en el ámbito del restablecimiento de la salud son indeterminadas y más en enfermedades crónicas. Por tal razón considera que:

> "la pérdida en la lotería natural concerniente a la salud puede consumir recursos importantes ganándose poco a cambio. Frecuentemente sólo se consigue alivio, pero a un coste elevado. Con todo, más importante que evitar gastos que pueden resultar agobiantes, para satisfacer deseos sanitarios (por ejemplo, postergar la muerte durante un tiempo mediante el uso de cuidados intensivos) es el problema de seleccionar la explicación dotada de contenido y correcta de la justicia, para así poder distinguir de forma ortodoxa entre necesidad y deseo, y poder convertir las necesidades en derechos". (Engelhardt, 1995, págs. 410-413)

Sobre la base de lo expuesto, asevera que la distribución equitativa de la asistencia sanitaria resulta problemática, hecho no sólo sustentado por su persona sino por el informe redactado en 1983, por la Comisión Presidencial "*Securing Access to Health Care"*, cuyas conclusiones se precisan a continuación:

> "1. Aunque, al menos en teoría, sea concebible dotar a todos de niveles iguales de cobijo decoroso, no podemos mantener o devolver a todos un igual estado de salud. Muchas necesidades sanitarias no se pueden satisfacer del mismo modo que las de alimentación y cobijo.
>
> 2. Si dotaremos a todos con la misma cantidad de fondos para adquirir asistencia sanitaria, o con la misma cantidad de servicios, esas cantidades

> podrían ser excesivas para unos e insuficientes para otros, que podrían haberse beneficiado de una mayor inversión en tratamiento e investigación.
>
> 3. Si se intenta proporcionar igual asistencia sanitaria, en el sentido de permitir seleccionar la asistencia sanitaria únicamente a partir de una lista predeterminada de terapias disponibles, o a través de algún plan controlado de asistencia sanitaria como son los planes de asistencia sanitaria responsables (ante el gobierno) con la que se asistirá a todos para impedir que el rico tuviese acceso a una mejor calidad sanitaria que el pobre, habríamos confiscado inmoralmente la propiedad privada y restringido la libertad individual de unirse en relaciones y asociaciones voluntarias" (Engelhardt, 1995, pág. 413).

Aunado a ello, expone que la preocupación por la limitación de la utilización de recursos sanitarios también era un asunto relevante en la antigua Grecia, lugar donde se presentaba el debate entre las expectativas infinitas frente a los recursos finitos. De esta manera, señala que para Platón carecía de sentido el tratamiento prolongado de enfermedades de carácter crónico, dado que era poco lo que la medicina podía hacer para el restablecimiento de la salud. Por tal razón, el filósofo griego consideraba que el ciudadano debía aceptar su muerte, así como sus propias limitaciones, además de entender que los recursos para el tratamiento de su enfermedad son finitos y que incluso, invirtiendo gran cantidad de ellos, no se garantizaba una gran calidad de vida.

Pero, el asunto que Engelhardt (1995) resalta más de Platón, es el entendimiento que tenía sobre la función de la asistencia sanitaria, la cual no tiene por objeto la protección del derecho individual a la sanidad, sino el sustento de la Polis (p. 405-407). En síntesis, la limitación de los recursos para la asistencia sanitaria encuentra un límite en el interés de lo público y, por tanto, no puede hablarse de un derecho individual a las prestaciones de salud.

A partir de ello, considera necesario reconocer que, debido a las limitaciones de los recursos para el establecimiento de un sistema de asistencia sanitaria, deberá crearse una definición sobre lo que implica un nivel decoroso o mínimo de asistencia. Este deberá corresponder al deseo de cada comunidad y conllevará a inconformismos, pero es la única vía para hacer viable la construcción del referido sistema. A manera de ejemplo expone que en el Reino Unido el mínimo de asistencia no incluye tratamientos de diálisis para toda persona, pues establece un máximo de edad para recibir tal beneficio. A su vez, en los procedimientos de cirugía coronaria sólo se tienen en cuenta pacientes cuya intervención tengan altas probabilidades de éxito.

Sobre el particular, Zúñiga Fajuri afirma que para Engelhardt existe una suerte de condición humana que impide que se consolide un paquete mínimo de asistencia sanitaria, toda vez que, al ser el conocimiento médico limitado y basado en la probabilidad, no hay certeza sobre los resultados de un procedimiento o tratamiento. A partir de ello, considera que para el profesor estadounidense resulta una premisa básica que "dada la finitud de los recursos y los ilimitados posibles tratamientos médicos, las inversiones en cuidado sanitario deben tener en cuenta las probabilidades de éxito o fracaso. Las inversiones deberán ser acotadas y será necesario apostar" (Zúñiga Fajuri, 2006).

A su vez, Zúñiga asevera que Engelhardt considera relevante la adopción de decisiones sobre el acceso a procedimientos médicos por parte de las personas con menores ingresos, sobre la base de sus posibilidades de éxito o fracaso (Zúñiga Fajuri, 2006, pág. 41), razón por la cual, desde esa óptica el filósofo de Austin acepta que "cuando los recursos no son suficientes, debemos tolerar que las personas experimenten el sufrimiento, la discapacidad o la muerte, pues la libertad para usar la propia riqueza hace inevitable la creación de desigualdades en las oportunidades y en los resultados; la libertad cuestiona la posibilidad de un derecho uniforme e igual al cuidado sanitario" (Engelhardt, 1997, págs. 181-183).

Ahora, en el terreno de lo hipotético, Engelhardt afirma que, en algunas comunidades, habrá serias discusiones sobre los servicios que deben prestarse en niveles mínimos. Por ejemplo, en comunidades religiosas, no se aceptaría que se proporcionen servicios de aborto. "Por consiguiente, será moralmente problemático decidir en qué debe consistir el «paquete» básico de asistencia sanitaria en el Reino Unido" (Engelhardt, 1995, págs. 434-435). Sobre ese mismo asunto, Engelhardt en el análisis que realiza sobre la nacionalización de la salud expone:

> "Ciertos comportamientos individuales que repercuten en la salud son ahora asunto de interés público. Un amplio abanico de conductas es hoy motivo de estudio para los profesionales de la medicina. Conductas tales como fumar, beber, hacer dieta, las relaciones sexuales e incluso la violencia doméstica y la criminalidad se han convertido en objeto de investigación para la medicina" (Engelhardt, Salud, medicina y libertad: Una evaluación crítica, 1999, pág. 14)[75].

Por ello, considera que el camino para solucionar estas controversias es la negociación a niveles micro comunitarios, grupos sociales pequeños cuyos integrantes tienen una visión común sobre lo que significa la buena vida. En su criterio, las comunidades

---

75 En el mismo escrito Engelhardt asevera que las situaciones que convergen en interés de la salud generan que se cree una especie de religión laica sobre la salud, la cual se inmiscuye en todas las prácticas que tengan por objeto el mejoramiento de la salud o la prohibición de conductas que afecten tal bien, por vía de regulación, lo cual es perfectamente posible (no deseable) debido a la gran cantidad de información con la cuenta el Estado en la era de la ciencia y la tecnología. Sobre el particular expone que para cumplir tales objetivos el Estado tendría que "exigir a sus ciudadanos practicar ejercicio físico, moderación, llevar una dieta sana, abstenerse de tabaco, practicar el sexo seguro, acudir a revisiones médicas y un lavado de cerebro general sobre lo que se considera una conducta sana. Todos aquellos cuyos estilos de vida y valores no se adecuarán a la idea dominante de salud y bienestar se considerarían insumisos. Entre ellos podríamos encontrar desde católicos tradicionales, que probablemente rechazarían los diagnósticos prenatales y el aborto selectivo, pasando por quienes encontrarían beneficio en fumar, beber en exceso, quienes renunciarían al ejercicio físico a favor de escribir libros mientras se deleitan con copitas de Oporto, hasta aquellos cuyo estilo de vida aumentaría considerablemente el riesgo de sufrimiento, discapacidad y de muerte prematura. El resultado puede ser un puritanismo laico cuya finalidad no sea ya la vida eterna, sino la defensa de una visión muy particular de la prosperidad del ser humano. Tal visión deja poco espacio a quienes poseen puntos de vista alternativos sobre el bien" (Engelhardt, 1999, págs. 20-21).

religiosas pueden ser un buen ejemplo sobre la adquisición paquetes concretos de asistencia sanitaria. Para ilustrar tal idea propone el siguiente cuadro fáctico:

> "Podemos imaginar, por ejemplo, que la Iglesia Católica Romana exigiría que sus fieles entregasen un 40% del diezmo que deben a la Iglesia a la asistencia sanitaria, para así evitar tener que apoyar una asistencia moralmente impropia (el aborto o la eutanasia, por ejemplo), y de este modo establecer un «paquete» básico a escala mundial para todos sus miembros. Así, todos los católicos romanos podrían llevar consigo en todo el mundo un «paquete» básico de servicios garantizado, que concordaría con sus compromisos morales. Quienes deseasen algo más, podrían adquirirlo. La asistencia se recibiría *secundum status"* (Engelhardt, 1995, pág. 435).

A partir de ello, Engelhardt (1998) considera que los amigos morales no tendrían dificultad para establecer los contenidos mínimos de la asistencia sanitaria, dado que en este tipo de comunidades se comparte una visión común y sustancial del bien, cuyas raíces se encuentran, con frecuencia en la religión, por lo cual tienden a dotar de contenido metafísico su concepto sobre la moral con los consecuentes compromisos que ello conlleva. De esa manera, los amigos comunes pueden hallar puntos de acuerdo en aspectos usualmente conflictivos como el aborto, la eutanasia o las técnicas de reproducción asistidas, pues tienen una idea compartida de bienestar humano que aplican sobre tales materias (Engelhardt, 1998, págs. 115-121).

Por otra parte, aduce que en las comunidades cuyos miembros no comparten una visión moral en común, será el dialogo entre ciudadanos el que establezca tales paquetes de asistencia o delegue en los expertos en política pública en materia sanitaria las decisiones sobre las prestaciones definidas como básicas. Sobre el particular, Zúñiga (2006) afirma que para Engelhardt el papel de la democracia limitada es permitir que tanto los individuos como la comunidad "puedan pacíficamente perseguir sus propias visiones de lo que es el florecimiento humano y lo que es un apropia do cuidado sanitario. Luego, sólo si el Estado

ha adquirido sus propios recursos legítimamente, estaría en libertad de responder con ellos a la cuestión sanitaria" (Zúñiga Fajuri, 2006, pág. 41).

En criterio de Engelhardt (1999) como algunas comunidades no comparten una idea común sobre que significa el bien, el bienestar y la prosperidad de los seres humanos, siempre habrá ideas distintas sobre la manera y la cantidad en que deberán invertirse los recursos para tratar la enfermedad, la discapacidad e incluso la muerte. Así, con fundamento en la diferencia y en el respeto a la misma, que se deriva de la aceptación de los límites de quien detenta la autoridad moral laica, debe existir un lugar para las "alternativas morales divergentes", lo cual implica "reconocer una especie de derecho moral a la privacidad de las comunidades" (Engelhardt, 1999, pág. 28).

A partir de ello, se puede comprender que algunas comunidades limiten la prestación de prestaciones, esto es que existan servicios no cubiertos, o lo que es lo mismo varios niveles de prestación de servicios de salud, que pueden ser comprados por parte de las personas que tengan los medios para ello, sin que pueda predicarse injusticia alguna por ello, pues "utilizando una metáfora de Gilbert Welch, podemos decir que se puede ofrecer a todos asistencia sanitaria de tipo *coach* de forma que nadie reciba tratamiento de tipo *stand-by*, pero siempre habrá alguien que reciba asistencia del tipo *business class y first class"* (Engelhardt, 1995, págs. 435-436)[76].

76 En relación con las decisiones adoptadas en el seno de una comunidad, Engelhardt considera que valiosas son las enseñanzas que aportó sobre la materia el que fue el programa de cobertura en salud denominado «Plan de Oregón». Para este autor, tal propuesta es uno de los mejores ejemplos sobre la forma de crear una oferta de contenido mínimo de asistencia sanitaria, a partir de procesos democráticos y de una visión conjunta sobre los sacrificios permitidos para tener una plan accesible y realista, para personas que no tenían los medios para solventar necesidades en materia sanitaria, específicamente aquellas situadas por debajo de la línea de pobreza. Este, básicamente, consistió en establecer un tope de gasto para las intervenciones médicas con el fin de aumentar la cobertura en servicios con menor gasto.

De esta manera, se pretendió establecer "un nivel de asistencia que garantizara un descenso de la tasa de morbilidad y de mortalidad igual que el conseguido mediante la asistencia básica garantizada en otros muchos países. Se confiaba poder exigir a todos los patrones que ofrecieran este «paquete mínimo a sus empleados. Se hizo una encuesta para determinar qué importancia otorgan los ciudadanos a los diversos servicios de asistencia sanitaria que se ofrecían. Se realizaron reuniones públicas en cuarenta y siete de los cuarenta y nueve condados de Oregón para investigar el interés mostrado por diferentes tratamientos. Después de todo, hay que decidir si un «paquete» básico de asistencia debe cubrir tanto cuidados básicos como cuidados intensivos para neonatos, cuyo peso sea inferior a los quinientos gramos. El Plan de Oregón estaba firmemente

A nuestro modo de ver esto no resuelve el problema de la falta de asistencia sanitaria, sino que explica como las personas que no tienen obligación legal alguna de contribuir con otros, salvo la obligación moral contingente de ello, pueden establecerse reglas de juego para determinados tipos de planes de beneficio. Esto de ninguna manera es novedoso y no aporta algo significativo a la pregunta sobre la obligación de reconocer un derecho a la asistencia sanitaria a las personas que no tienen como costearlo, pues no es más que la explicación del funcionamiento de un contrato en el cual las partes, de manera libre, establecen unas obligaciones y estipulaciones sobre lo que desean, y esto se convierte en ley para estas. En esta idea de libertad contractual expuesta por Engelhardt las partes pueden establecer estipulaciones adicionales, como la prestación de servicios especiales si se paga una prima mayor partiendo de un contrato que establece obligaciones de base, por debajo de las cuales no se puede entender satisfecho el objeto contractual.

---

a favor de la prestación de asistencia sanitaria a varios niveles. No se consideraría a los profesionales sanitarios responsables civil o penalmente si no proporcionaban tratamiento, en el caso de que el tratamiento en cuestión no estuviese cubierto por el Plan de Oregón básico, pero ellos hubiesen indicado su conveniencia y la necesidad de adquirirlo con medios privados.

El Plan de Oregón no llegó a configurarse como un programa global y reductor de gastos para los ciudadanos de Oregón debido a que la ley federal y los limitados derechos efectivos de los Estados obligaron al Plan de Oregón a abordar únicamente cuestiones de Medicaid y del seguro obligatorio para empleados, y también debido a la intrusión del Americans with Disabilities Act (el Plan Oregón no ofrecía cuidados intensivos para los recién nacidos peso inferior a 500 gramos, ni trasplantes de hígado a alcohólicos que no hubiesen dejado de ingerir alcohol durante seis meses, y estas omisiones se consideran discriminatorias). Con todo, el plan demostró que se podía establecer un diálogo entre los ciudadanos, los políticos y los expertos en materia sanitaria, cuyo objetivo fuese crear un «paquete» básico de cuidados sanitarios sin interferir en el derecho de los individuos a adquirir un mejor cuidado básico o cuidados adicionales. Sentó las bases de un importante logro cultural: reconocer y trabajar dentro de las limitaciones impuestas por el carácter probabilístico de la realidad del ámbito sanitario y por la naturaleza limitada de la autoridad moral, de la vida humana y de los recursos humanos.

El Plan de Oregón representó un primer paso vacilante y la difícil ruptura con la ideología norteamericana acerca de la sanidad y los engaños a que conducía. Visto en esta luz el Plan de Oregón tenía la virtud especial de reconocer: a) la inevitabilidad moral de la desigualdad en el ámbito sanitario; b) la necesidad moral de crear el carácter adecuado de los «paquetes» básicos de asistencia sanitaria, antes que descubrir el contenido apropiado; c) la necesidad moral de reconocer la finitud de la vida y de los recursos y, por consiguiente, de poner un precio al salvamento de vidas y al tratamiento del sufrimiento, de la incapacidad y de la deformidad; d) la concesión moral de responder con compasión y altruismo, expresada en la configuración de un «paquete» básico sanitario financiado con recursos públicos; e) el desafío moral que supone sostener una cultura secular capaz de jugar con la vida y el sufrimiento humanos en presencia de autoridad y visión moral limitadas; y la necesidad moral que conduce al carácter limitado de todos los proyectos seculares, inclusive el de tratar médicamente la enfermedad, la incapacidad y la deformidad". (Engelhardt, 1995, págs. 435-437)

## 2.7. La justificación de un sistema de asistencia sanitaria

> *"No es posible prestar la mejor asistencia sanitaria posible a todos y contener los gastos al mismo tiempo. No se puede prestar igual asistencia a todos y a la vez respetar la libertad individual de perseguir de forma pacífica, junto con otros, la propia visión de la sanidad o de utilizar los propios recursos y energías como cada cual decida. No se puede mantener la libertad en la elección de asistencia sanitaria y al mismo tiempo contener sus costes. Tampoco es proporcionar a todos igual asistencia, y que al mismo tiempo sea la mejor, debido a la misma insuficiencia de los recursos".*
>
> H.T. Engelhardt, *Los fundamentos de la bioética,* 1995: 404.

En criterio de Engelhardt (1995), los cambios sobre la vida generados por los acontecimientos que no precipitamos y sobre los cuales no tenemos ninguna incidencia, resultan un buen incentivo para la creación de un sistema que sopese las consecuencias de las contingencias adversas. Por tanto, debe entenderse que la constitución de un sistema de asistencia sanitario no es más que

> "el intento colectivo de asegurarse contra las pérdidas sufridas en la lotería natural y social planeando racionalmente la beneficencia humana. Su función es restarle fuerza a las tragedias de la naturaleza, así como a las elecciones inicuas e indiferentes de las personas, incluyendo a quienes no muestran compasión hacia los necesitados. Son constructos sociales dirigidos a liberar a las personas de algunas ansiedades asociadas al miedo a la enfermedad y a la muerte. Son uno de tantos intentos humanos de hacer más llevadera la naturaleza a las personas" (p. 433).

Sin embargo, a pesar de la conveniencia de la creación de un sistema de asistencia sanitario, Engelhardt es categórico al señalar que este sólo puede instituirse sobre la base de la observancia del principio de permiso. Aunado a ello, deberán prohibirse las restricciones

para el acceso a servicios diferenciales, como las que se derivarían de los sistemas de carácter global, con un solo nivel de prestación.

Para Engelhardt (1995) resulta inmoral tratar de establecer un sistema que no cumpla con expectativas reales y que no reconozca la inevitabilidad de la desigualdad. De esta manera, asevera que debe existir un compromiso por parte de la sociedad para respetar los acuerdos, entre estos los relativos a la garantía de "cierta cuantía de asistencia sanitaria para todos, mientras que, por otra parte, permite a quienes tienen recursos adquirir servicios mejores o adicionales" (p. 433-434).

En su criterio, sólo desde la diferencia es posible mantener un sistema de asistencia sanitaria basado en el principio de permiso, pues un sistema de varios niveles tiene la capacidad de conciliar el compromiso de ayudar a los demás, con la búsqueda del bienestar individual. De hecho, señala que las ventajas de un sistema multinivel se concretan en el respeto de la autonomía, la adscripción a una comunidad moral y la superación de la amenaza del nihilismo.

Por tanto, mientras que en un sistema igualitario se propugna por la supresión de la tendencia humana de invertir recursos privados en la búsqueda de una mejor vida para los seres queridos, un sistema de varios niveles reconoce tan legítima pretensión, además de: "a) apoyar a proveedores y consumidores individuales contra intentos de intrusión en su derecho a la libre asociación y a la utilización de sus propios recursos, aunque b) puede permitir la creación de derechos positivos a recibir asistencia sanitaria para los individuos que no han resultado beneficiados en la lotería social" (Engelhardt, 1995, págs. 433-434).

Estas consideraciones, aunadas a las relativas a la limitación de recursos económicos, llevan a Engelhardt a proponer un modelo de solución al problema de establecer asignaciones en materia de asistencia sanitaria, el cual, debido a su importancia, se transcribe *in extenso*, a continuación:

Principio de asignación de la asistencia sanitaria:

"A. El principio de permiso permite actuar a las personas que poseen recursos comunes de forma benéfica creando un «paquete» sanitario, que se puede garantizar a otros estableciendo expectativas básicas concernientes al tratamiento. Este principio reconoce las siguientes limitaciones morales seculares:

1. La inevitabilidad moral de un nivel privado de asignación de asistencia sanitaria.

2. Un nivel de sanidad público puede, pero no tiene que ser financiado con fondos públicos.

3. Toda clasificación o comparación de necesidades y deseos en materia sanitaria tiene que ser creada porque no existe una clasificación o comparación canónica normativa, que se pueda descubrir secularmente, de las necesidades y deseos sanitarios entre sí o con otras necesidades y deseos.

4. En casi todas las circunstancias moralmente defendibles, la asistencia sanitaria se tiene que proporcionar a varios niveles, de modo que cuando se ofrece un «paquete» básico al indigente, las personas acaudaladas puedan adquirir «paquetes» más amplios.

5. Un plan global, como el existente en Canadá, está prohibido porque viola principios fundamentales de la moralidad secular y es, en este sentido, inmoral.

6. La desigualdad en la asistencia sanitaria es moralmente ineludible, ya que los individuos son libres de diferir en el alcance de sus necesidades y recursos.

B. Máxima: Da a quienes necesiten asistencia sanitaria lo que ellos, tú, u otras personas estéis dispuestos a pagar o a proporcionar gratuitamente" (Engelhardt, 1995, pág. 437).

A partir de esto, se puede establecer que el principio de asignación de la asistencia sanitaria es un intento por parte de Engelhardt de establecer que el fundamento de la autoridad moral secular que vincula a extraños morales proviene del permiso que estos han dado; de esta suerte, se trata de una metodología que pretende dejar por fuera elementos sustantivos ya que no intenta definir lo bueno, conveniente o moralmente apropiado.

El propósito de Engelhardt es evidenciar la fragilidad de la argumentación sobre la moralidad canónica dotada de contenido, pues todo lo expuesto tiene por objeto demostrar que hasta los niveles más básicos de salud son reflejo de "elecciones implícitas y explícitas de objetivos y valores; implican que ciertos objetivos y valores se clasifican en un nivel más alto que otros" (Engelhardt, 1995, págs. 438-439). Por tanto, el hecho que las personas mueran por no recibir la misma asistencia médica no debería llevarnos a considerar que se trata de "delincuencia moral" o que hemos sido injustos, más bien, aunque la pérdida de una vida humana sea lamentable, debe confortarnos la idea de la finitud y de que en ejercicio de la libertad de los hombres y mujeres se ha adoptado la opción más razonable, dentro de las posibilidades que apareja el principio de permiso. De manera concreta señala:

"También debe regir la sinceridad en cuanto al verdadero coste de dichas opciones: en determinadas ocasiones llevar una vida menos sana ahorrará dinero a la sociedad. No es suficiente el consentimiento libre e informado, de modo que pacientes potenciales puedan rechazar intervenciones sanitarias no deseadas. A su vez es necesario entender que el concepto de salud está

> condicionado por unos valores, y que jerarquías distintas de bienes y riesgos darán lugar a distintas interpretaciones acerca de la manera más adecuada de preservar la salud" (Engelhardt, 1999, págs. 15-16).

Para Engelhardt (1995), resulta claro que "nuestra capacidad para descubrir secularmente lo que conviene hacer colectivamente es limitada. La autoridad moral que poseemos para exigir a otros que estén de acuerdo con una visión moral o una concepción dotada de contenido de la justicia y de la imparcialidad concreta es restringida" (p. 439). Sin embargo, en algunas situaciones la acción colectiva se encuentra justificada y no es incorrecta en sí misma, sobre todo cuando se ejecuta para proteger las condiciones básicas para la adopción de decisiones. En ese sentido:

> "la protección de la población frente a enfermedades contagiosas con consecuencias graves para la salud puede interpretarse como una defensa de los límites de la tolerancia. Si un individuo enfermo aumenta el riesgo de contagio en el resto de personas, y por lo tanto está actuando con violencia hacia los demás, éstas pueden defenderse sin necesidad de recurrir a una idea completa y particular sobre el buen comportamiento moral. Basta con reconocer la responsabilidad de cada persona para consigo misma para rechazar el contacto con aquellas que sufran enfermedades peligrosas. Un tema distinto es usar la coacción para disuadir a la gente de seguir ciertas conductas que puedan perjudicar su propia salud. En primer lugar, tales conductas no suelen violar los derechos de otras personas" (Engelhardt, 1999, pág. 21).

Renunciar a la pretensión de la modernidad y entender cuan diferentes somos es un primer paso para resolver los problemas, es por ello por lo que "cuando no podamos descubrir de forma conjunta qué debemos hacer, tendremos que acordar pacíficamente seguir nuestros propios caminos" (Engelhardt, 1995, pág. 439). A su modo de ver, hay que adecuar los

propósitos a lo real, al pensamiento contemporáneo que se distancia de buscar la verdad absoluta, los fines de la humanidad y la homogeneidad.

El pesimismo tal vez resulta un arma contundente contra todo intento de encontrar el sentido de la existencia o un sentido de la solidaridad. De esta manera Engelhardt plantea que es necesario volver sobre nosotros mismos, sobre nuestra finitud, sobre nuestra realidad, sobre la inexistencia de la naturaleza humana como guía de acción, sobre la constatación de ser extraños morales que deben construir consensos sobre lo negociable y tener en consideraciones que cuando adoptamos decisiones sobre las comunidades estamos regidos por límites, sobre los que se sustenta nuestra legitimidad, pues en tales escenarios nos es dado un poder en el cual actuamos como seres cuasi divinos.

En ese sentido, Engelhardt (1995) aduce que la composición de los valores que estructuran el lenguaje de la enfermedad y de la salud son creados, con la consecuencia de despojarnos de toda visión trascendente basada en designios supra humanos[77]. Por ello, manifiesta que, en su lugar, debe haber una reorientación hacia lo que podríamos denominar un nuevo *asidero trascendental,* en el cual las personas sean el centro y la fuente del significado que les permita emitir juicios sobre sí mismos (p. 443), pues necesario relevar de elementos místicos y sagrados a la naturaleza humana para poder comprender qué podemos

77 Para Engelhardt el desencanto generado con el fracaso del proyecto moderno permite evidenciar que los incluso los valores que tenemos por supremos, aquellos que permiten la creación de derechos y que se presumen deónticos, se encuentran en una escala móvil y que su graduación se da por los intereses que pretenden proteger: "Esto puede ilustrarse imaginando un análisis consecuencialista para identificar qué políticas resultarían más beneficiosa para el estado, sus miembros y su sistema sanitario. En tal caso, la propia estructura del estado y sus compromisos para con la salud variarán en función del orden jerárquico que uno establezca para los valores de libertad, igualdad, prosperidad y seguridad, incluyendo la seguridad contra la enfermedad, la discapacidad y la muerte prematura. El resultado también dependerá del riesgo que uno esté dispuesto a correr. Aunque uno sea partidario del utilitarismo, los resultados variarán en función de los beneficios que le aporten a lo largo del tiempo, lo cual es muy importante en lo que se refiere a la asistencia sanitaria, pues hay que decidir cómo comparar, por ejemplo, lo positivo de vivir una juventud desenfrenada, pero con secuelas en la salud durante la vejez, con las ventajas de llevar un ritmo de vida más moderado con mayores garantías de salud en el futuro. Para hacer cualquier comparación es necesaria una perspectiva previa basada en una normativa desde la cual poder juzgar y comparar: una guía de intuiciones, una teoría sencilla del bien, un buen sentido para equilibrar los intereses éticos, un canon sobre cómo ordenar los principios del bien, etc. Lógicamente, para poder establecer dicha perspectiva previa es necesaria otra perspectiva anterior. En resumen, es imposible empezar sin eludir el problema, sin iniciar una cuenta atrás hacia el infinito o sin incurrir en un círculo vicioso" (Engelhardt, 1999, pág. 23).

exigir de los demás, en tanto seres libres y en tanto pertenecemos a una sociedad con limitaciones. Por tanto, replantear a los seres humanos en el terreno de lo secular permite demostrar, como expone Protágoras, que la persona es la medida de todas las cosas, porque esta es la que da contenido al mundo (p. 444).

Entendida esta finitud como medida del deber, Engelhardt afirma que tenemos el deber de ser virtuosos, ante lo cual surge la pregunta sobre el significado e implicaciones de tal concepto. Sin dudarlo responde que de conformidad con Aristóteles "la virtud o excelencia (*arete*) tiene que ver con el medio, y que, de hecho, es una especie de medio" y que de conformidad con los escolásticos la virtud es lo que hace que una persona y sus acciones sean buenas" (Engelhardt, 1995, pág. 450). En este punto, afirma su idea de una virtud carente de contenido sustantivo, una referida al procedimiento, al medio para alcanzar algo, aquello que Kant define como fuerza voluntad moral, y que considera el vehículo por medio del cual se canaliza el principio de permiso. Así, en su criterio, el enfermo virtuoso o el dispensador de asistencia sanitaria virtuoso, en una sociedad laica y pluralista, es:

> "el que ha desarrollado como hábito la voluntad de respetar la libertad de los demás y de intentar conseguir su bien, al tiempo que tiene en cuenta los perjuicios y beneficios. Sus virtudes fundamentales serán entonces la tolerancia, la liberalidad y la prudencia. La tolerancia es una virtud primordial en la moral del respeto mutuo. Dado el choque de ideas discrepantes sobre la vida buena, todos tendremos que fomentar una predisposición a tolerar que los demás desarrollen sus propias ideas sobre la vida buena, por muy equivocadas o depravadas que éstas sean, en la medida en que estas ideas estén marcadas por similar tolerancia. La intolerancia se convierte así en el vicio fundamental. Por su parte, la moral del bienestar y de la solidaridad social apoya la liberalidad, la predisposición moral desarrollada de dar con generosidad para ayudar a los demás. También será necesaria la prudencia para conseguir un saldo positivo de beneficios frente a los perjuicios. La

intolerancia, la mezquindad y la imprudencia serán los vicios que principalmente socaven esa moral" (Engelhardt, 1995, pág. 450).

A su modo de ver, sólo de esta manera es posible encontrar un equilibrio entre los extremos de imponer una concepción sobre el bien basado en un propósito divino o mesiánico y la amenaza nihilista del sin valor. Por ello, considera que sólo sobre la base de la tolerancia deben evaluarse y poner en la mesa de negociación las diferentes concepciones sobre la buena vida[78], incluso si son incompatibles, erróneas o conlleven a fracaso palmario, pues este es el precio que se ha de pagar para garantizar la autonomía y la libertad.

Así, el autor vuelve nuevamente a donde empezó: a las múltiples interpretaciones del bien, pero resolviendo el problema de la justificación de la acción moral —aunque esta carezca de contenido y sea un reflejo del fracaso del proyecto occidental, sobre el cual se edifica la crítica posmoderna—. Sin embargo, Engelhardt confía en que su investigación demuestre la necesidad de crear una bioética secular sobre mínimos que no se afirman como fines últimos, sino como condiciones necesarias para la adopción de decisiones que respeten la diferencia.

A partir de ello considera que el propósito de la moralidad de una bioética secular no es establecer un modelo de reglas para vivir la vida, sino "vincular a extraños morales que se encuentran y colaboran pacíficamente, ya que es lo poco que comparten personas provenientes de distintas comunidades morales y portadoras de visiones diferentes" (Engelhardt, 1995, pág. 452). Por tal razón, aun en el evento en que consideremos que haya

78 Engelhardt (1999) expone que no debe relacionarse el concepto de buena vida, con un alivio a la presión fiscal del Estado. A veces puede darse que coincida tal concepto con un mejoramiento de las finanzas públicas, pero "a menudo se olvida que una vida sana no significa necesariamente un ahorro para el estado. Postergar la muerte mediante la promoción de un estilo de vida sano puede garantizar longevidad incluso después de la jubilación, lo cual supone ampliar la duración de las pensiones, así como de la atención sanitaria o del cuidado del paciente cuando éste desarrolla Alzheimer, por ejemplo. En este sentido, puede ser que estilos de vida más descontrolados constituyan un ahorro para el estado. Por ejemplo, si bien el consumo de tabaco significa un gasto para el sistema sanitario público, la muerte prematura de un fumador supone para el estado una pensión menos a pagar y menos gastos en atención médica durante la vejez" (p. 21).

cosas absolutamente erróneas, estamos compelidos a ser tolerantes y a respetar los acuerdos fundados en el principio de permiso[79].

Este entendimiento de la comunidad basado en el principio de permiso y la tolerancia afirma la existencia de comunidades de diversa índole, incluso religiosa[80], y más que socavarlas es una salvaguarda contra decisiones que pretendan establecer un sentido concreto del bien. En su entender, sólo de esta manera es posible convivir con quienes tenemos profundos desacuerdos, pues la diversidad moral, así como aquella en la definición en las concepciones del bienestar son presupuestos básicos de un estado pluralista y laico. Aunado a ello, considera que ha demostrado que la indeterminación también abarca las definiciones de salud, de enfermedad y discapacidad, por lo cual ahora más que nunca, en un mundo *post-tradicional y post-moderno* la única salida debe ser la libertad de los individuos con estrictas limitaciones en aspectos básicos constituidos en el principio de respeto (Engelhardt, 1999, pág. 28).

De esta manera, concluye que tanto la moral y la bioética secular se fundamentan en los límites que le impone la razón y la autoridad. La primera de estas que nos demuestra que no es posible hallar una concepción absoluta sobre el bien sin desconocer la pluralidad de las

---

79 Esta idea también fue objeto de desarrollo por parte de Engelhardt, en un texto posterior, el cual señala: La esencia de la salud en un mundo post-tradicional y postmoderno tiene que ser la libertad de los individuos y de las comunidades para actuar de formas que otros considerarán totalmente equivocadas y portadoras de una idea errónea del bienestar. Esta es la esencia del drama del Edén. La libertad siempre encierra una posible tragedia (Engelhardt, 1999, pág. 28).

80 Engelhardt (1995) profundiza en este tema con el propósito de sustentar que las convicciones más profundas sobre lo correcto no pueden entenderse por fuera del marco del reconocimiento de la diferencia, pues por más que el ser humano considere tener razón sobre la buena vida, negando la concepción que otros tienen al respecto, está compelido a garantizar el pensamiento diverso del otro, pues ello fundamento que los demás respeten el suyo. Sobre tal asunto expone: "Nos vemos compelidos a vivir nuestras vidas en dos dimensiones morales. Por un lado, y en virtud de pertenecer a una comunidad moral real y concreta, tenemos un compromiso con determinadas concepciones morales de lo que es una buena asistencia sanitaria, en razón de lo cual seríamos buenos baptistas, hindúes, católicos romanos o judíos. Sin embargo, en la medida en que nuestra comunidad no incluye a todas las demás, necesitamos acercarnos a ellas dentro de los límites de una moral secular y pluralista. Si nuestro único contacto con esa moral secular y pluralista tiene lugar cuando nos encaminamos a la línea que delimita la propiedad del propio enclave moral, pacíficamente establecido, de nuestra comuna comunista, de nuestra comunidad Amish, o de nuestro desierto ortodoxo, reconocemos la existencia de limitaciones morales seculares, en cuanto que no llevamos la imposición de nuestros criterios más allá de esa línea, y en cuanto que esperamos una tolerancia recíproca hacia nuestra propia manera de vivir" (p. 453).

sociedades humanas. La segunda que impone una barrera para hacer uso de la fuerza contra quienes piensen de manera diferente. Es por ello, que las decisiones que se adoptan en materia de asistencia sanitaria requieren de hombres y mujeres que, conscientes de su finitud y de su deber de actuar de manera virtuosa, comprendan que, más allá de imponerse un deber de solidaridad que atenta contra la libertad, deben crearse lazos de generosidad y tolerancia (Engelhardt, 1995, págs. 450-453).

Si bien la idea de finitud nos demuestra las limitaciones que como humanos tenemos frente a los problemas de la vida, consideramos que un derecho a la asistencia sanitaria no tiene la pretensión de revertir situaciones que por su naturaleza tiene resultados inevitables, pues no tiene por objeto que se curen todas las patologías o que las personas dejen de enfermarse, pues si bien la prevención puede generar la reducción de los índices de morbilidad e incluso muchos problemas de salud, el derecho a la asistencia sanitaria tiene otro tipo de objetivo relacionado con el acceso a un sistema de salud financiado por el Estado.

En ese sentido consideramos que los argumentos expuestos por Engelhardt desde el campo de la bioética, que estudiamos en este capítulo, llaman la atención sobre nuestras limitaciones para incidir en el proceso natural que es la vida, pero generan profundas inconformidades sobre los que como seres humanos podemos hacer por los demás, pues una libertad encausada al egoísmo y al culto de la individualidad difícilmente puede sostener un sistema social que necesita de redes de colaboración no sólo para vivir de manera armónica, sino para generar riqueza e incluso garantizar la existencia del mercado de bienes y servicios que tanto defienden los libertarios.

A veces damos por acreditadas nuestras más preciadas libertades por el simple hecho de existir, pero no tenemos en cuenta que la gran mayoría de ellas tienen lugar en un escenario específico: la sociedad. Damos por sentado que tenemos derecho a votar, a tener una ciudadanía, a tener parques, carreteras, incluso bancos y entidades financieras, pero en muchas ocasiones no somos conscientes que ello sólo puede existir si actuamos de manera conjunta.

Como miembros de una sociedad tenemos compromisos para con nuestros semejantes a menos que decidamos abstraernos del mundo entero e irnos a un lugar donde no haya más presencia humana que nuestra persona. De esta manera, la solidaridad no es un asunto de cortesía o de buenas intenciones, es el precio por gozar de todos los beneficios de la vida en común, pues sin duda la vida es más fácil cuando pertenecemos a algo.

Por supuesto que los límites de tal solidaridad deben establecerse de manera clara, pero no podemos cerrarnos a la posibilidad de contribuir en beneficio de otros, pues de manera indirecta esto repercute en la calidad de vida de todo un colectivo, incluidos nosotros. Cerrar la puerta a la solidaridad como un deber normativo legal, es abandonar a la comunidad social y dejar al arbitrio de las circunstancias nuestra propia existencia, pues las condiciones que determinan nuestra vida pueden cambiar en cualquier momento.

Establecer la obligación de contribuir con los otros puede obedecer a un asunto de beneficio mutuo, así como también a un asunto ético. Sin embargo, independiente de la respuesta que tal interrogante presenta, resulta más adecuado pensar en alguna de esas opciones que pretender que una doctrina fundada en el egoísmo y el individualismo pueda traer más beneficio a nuestras vidas que el apoyo conjunto.

# V. ENFOQUES ECLÉCTICOS

*"La principal dificultad con los argumentos utilitarios es que no son capaces de proporcionar una base segura para el derecho a un mínimo decente para todos".*

Allen Buchanan, *El derecho a un mínimo decente de atención médica*, 1984: 60.

*"En núcleo del enfoque de la capacidad no es entonces sólo lo que la persona realmente termina por hacer, sino también lo que ella es de hecho capaz de hacer, elija o no aprovechar esa oportunidad".*

Amartya Sen, *La idea de la justicia,* 2010: 265.

*"La forma correcta de fundamentar la igualdad moral no pasa, casi con toda seguridad, por ninguna supuesta igualdad de facultades".*

Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia*, 2007: 59.

La divergencia es una cualidad de los investigadores de la filosofía, la política y el Derecho. A partir de ello se han formulado las más importantes teorías y se han creado nuevos paradigmas sobre temas en los cuales se creía haber dicho la última palabra. Todos los autores estudiados han dado una lucha solitaria para defender sus ideas en contra de adversidades de todo tipo, incluso desde la academia. Tal trabajo muchas veces da frutos y se fundan importantes sistemas de pensamiento, doctrinas y modelos para la solución de los problemas que nos aquejan como seres humanos y que caen en el campo de los razonamientos no empíricos o que van más allá de la propia experiencia. En tal terreno especulativo tratamos de encasillar las diferentes formas de pensar y reaccionar a determinados problemas y ubicamos a tales autores junto a otros que se aproximan a sus formulaciones, pero ello no quiere decir que sean idénticos, sino que comparten rasgos estructurales en el manejo de un tema.

Sin embargo, en algunas ocasiones, no es posible cumplir con tal capricho, dado que existen teorías que no pueden clasificarse, dado que sus autores establecen premisas muy cercanas a algunas corrientes de pensamiento, pero en determinados puntos establecen rupturas irreconciliables con estas. En otros casos, sus propuestas son tan únicas que puede decirse que estamos asistiendo a la consolidación de un paradigma para el cual no tenemos nombre alguno. Ese es el caso de los autores que analizaremos en el presente capítulo, quienes recogen importantes insumos de las tradiciones estudiadas, pero que presentan rupturas importantes frente a estas y por tanto no puede adjudicárseles el pertenecer a una escuela de pensamiento, incluso a pesar de que se autoproclamen como pertenecientes a alguna.

Conocido por muchos como un libertario Allen Buchanan comparte las ideas relacionadas con la ilegitimidad de emplear un discurso basado en la moral que tenga efectos sobre las libertades básicas de las personas, tampoco cree en un derecho a la asistencia sanitaria, pero a diferencia de los miembros de la escuela libertaria considera que puede financiarse un sistema de salud por vía impositiva, lo cual genera una profunda ruptura tal doctrina.

De otra parte, Amartya Sen formula un programa para el desarrollo humano basado en el reconocimiento de libertades y a pesar de tener una fuerte influencia kantiana y de Rawls, no puede ubicarse en una orilla de pensamiento específica, sus ataques a la economía de bienestar, a la distribución igualitaria de recursos sin tener en cuenta los problemas para su transformación, el papel del Estado como agente redistribuidor, hacen de su propuesta un pensamiento único.

Finalmente, Martha Nussbaum, quien se autoproclama liberal y quien muestra un profundo respeto por la teoría de Rawls, toma distancia de las tesis fuertes del liberalismo relacionadas con el establecimiento de una razón práctica orientada a una jerarquía de valores fijos y estables por ser correctos en sí mismos. Su teoría del enfoque de capacidades establece

rupturas con Rawls en materia de la legitimación de la apropiación, el contrato social, los sujetos que se encuentran presentes en la posición original, entre otros.

Por supuesto, estos temas serán abordados de la manera más rigurosa que sea posible dentro de nuestras limitadas capacidades para exponer toda una vida de servicio en unas cuantas páginas, pero no por ello se realizará un estudio superficial, sino que presentaremos los elementos estructurales de sus programas académicos y sus componentes teóricos.

# 1. BUCHANAN Y LA CRÍTICA A LA COBERTURA UNIVERSAL

> *"Si el supuesto derecho se entiende como el derecho a todo lo que se puede hacer para lograr un nivel significativo de salud para todos, entonces la afirmación de que existe ese derecho se vuelve inverosímil simplemente porque ignora el hecho de que en circunstancias de escasez el total el gasto social en salud debe verse limitado por la necesidad de asignar recursos para otros bienes".*
>
> Allen Buchanan, *El derecho a un mínimo decente de atención médica*, 1984: 56.

## 1.1. La inexistencia de un derecho universal a la asistencia sanitaria

En criterio de Buchanan los desacuerdos filosóficos sobre la atención médica tienen como punto de partida dos interrogantes. El primero de ellos versa sobre la existencia del derecho a un *mínimo decente* de asistencia sanitaria, en tanto que el segundo cuestiona que comprende el término *mínimo decente*, esto es, sus presupuestos esenciales y sus límites.

Aunque pueda considerarse que existe una relación de dependencia entre los referidos cuestionamientos, como si el segundo dependiera de la validación del primero y plantearan un orden lexicográfico, Buchanan considera que es posible desarrollarlos de manera independiente, dado que el análisis del término *mínimo decente* no presupone la existencia de un derecho vinculado a este (Buchanan, 1984, pág. 57).

Efectuada esa precisión, Buchanan afirma la inexistencia de un derecho universal a la asistencia sanitaria, pero, a su vez, pretende justificar la necesidad de establecer un mínimo decente de asistencia sanitaria. Como lo expone en su artículo "*The Right to a Decent Minimum of Health Care*" de 1984, el objetivo de su investigación es demostrar la falsedad de la premisa que sostiene que la formulación de un mínimo digno de asistencia sanitaria con

respaldo coercitivo se encuentra fundamentada exclusivamente en la existencia de un derecho universal a la asistencia sanitaria (p. 56-57).

La formulación del planteamiento de Buchanan se puede concretar a que el supuesto derecho al mínimo decente de asistencia sanitaria es contingente, dado que se origina por las circunstancias especiales de un individuo y no por su simple existencia, razón por la cual no puede asemejarse a un derecho humano por carecer del presupuesto de universalidad. En su entender, afirmar que un derecho es universal implica que su observancia tenga lugar más allá de consideraciones utilitaristas, concepciones morales o limitaciones presupuestales, pues corresponde a la fórmula: A tiene derecho a X, y no A debería tener derecho a X o sería bueno que A tuviera derecho a X. También, significa se aplique a todas las personas indistintamente y no a algunas debido a su participación en acciones, relaciones o acuerdos especiales (Buchanan, 1984, págs. 57-58).

En nuestro criterio es arbitraria la forma en que Buchanan establece las premisas sobre el derecho a un mínimo decente de atención en salud, dado que parte de un supuesto, que no es necesariamente cierto: que se supone que el mínimo decente en salud debe entenderse en relación con la sociedad. De allí parte su argumentación, pero de entrada pierde objetividad porque es una idea propia, que no tiene sustento empírico. De hecho, gran parte de las discusiones en materia de salud, y sobre las cuales Buchanan quiere realizar un estudio, precisamente se concentran en el hecho de la universalidad y de unas prestaciones básicas que no correspondan a criterios subjetivos sobre la racionalización de recursos, sino a la objetividad de las necesidades de los seres humanos.

La idea de un "mínimo decente en materia de salud" resulta contradictoria con la idea de un mínimo permitido, o mínimo disponible, que es lo que puede percibirse de la premisa de Buchanan. Esta premisa sobre las garantías asociadas a la disponibilidad de recursos, aunadas a las complicaciones derivadas del acceso igualitario a las garantías constituyen los fundamentos de una teoría que, en nuestro criterio, parten de un equívoco, como se señaló.

Incluso, Buchanan considera como un "atractivo" de la idea de un mínimo decente en salud la idea de la igualdad fundada en la disponibilidad de los recursos, asunto que para nosotros no brinda un incentivo apodíctico o estrictamente necesario, porque consideramos que las razones que pueden fundamentar la idea de la universalidad no se cimientan sobre la eficacia en la distribución, en la administración de recursos, o en la externalización de costos, sino en razones de índole práctico asociados a la condición humana.

De hecho, los ataques de Buchanan sobre la universalidad, como el mismo lo señala, se concentran en las ideas utilitarias o en la relectura de Rawls que efectúa Norman Daniels, relacionada con la justificación de un derecho a la asistencia sanitaria. Sobre este último afirma que las personas sólo podrían escoger un derecho a un mínimo decente en salud, si y sólo sí conocen la información respecto de la sociedad en la cual viven y de los recursos disponibles para configurar tal derecho, lo que genera la imposibilidad de establecerlo a partir de un mecanismo como el velo de la ignorancia, lo que cual conlleva a reforzar la idea, que expusimos en un primer momento sobre el abordaje del problema que tiene Buchanan: que parte de la premisa de que un mínimo decente está asociado con una sociedad en específico.

Sobre este punto, hay que hacer justicia a Rawls, pues no puede establecerse una teoría de la justicia distributiva en materia de salud, sino se siguen a cabalidad con sus postulados y en ese orden de ideas, no puede ponerse a decir a Rawls lo que no quiere decir o lo que no pretende abordar. Resulta sencillo para Buchanan (1984) señalar incongruencias en la teoría propuesta por Rawls, cuando en realidad los bienes primarios son previos al análisis de disponibilidad de recursos, pues actúan como imperativos categóricos, y no como pretende dar a entender Buchanan, en el sentido de afirmar que los derechos, incluso aquellos que parten de la posición original, o incluso si no los tomamos como derechos sino como bienes primarios, están condicionados al mercado (p. 61).

Así, desde su percepción, es inadecuado el manejo abstracto que Rawls hace sobre la configuración de garantías básicas para la creación de una norma con vocación de universalidad, asunto sobre el cual consideramos que incurre en un equívoco, pues, más allá

de las dificultades de la teoría rawlsiana, tal carácter abstracto resulta vital para la creación de un contenido sustantivo imperativo, que trascienda los ordenamientos jurídicos y las consideraciones utilitarias relativas a los recursos.

Con esto no queremos abstraernos de la importancia determinante de los recursos para garantizar un derecho a la asistencia sanitaria, sino que recalcamos la importancia de determinar en qué momento se realiza tal análisis, esto es, si debe analizarse antes de la adjudicación de los derechos o con posterioridad a ello. Para el caso de Daniels y Rawls, ello debe darse en el primer evento, para Buchanan esto es imposible, pues no puede llevarse a la práctica y, por tanto, debe realizarse con posterioridad. Así, entendemos el debate que existe entre Buchanan y las teorías liberales igualitarias y es que tal autor no puede abstraerse del mundo en el cual debe aplicarse tales normas y entiende el asunto sobre el derecho que es y no sobre el que debe ser.

Por tanto, un mínimo de asistencia sanitaria no puede fundarse en presupuestos deónticos o en juicios prácticos que estrictamente señalen que es lo que debe hacerse, sino en lo que es posible hacer teniendo en cuenta que vivimos en un mundo en el cual los recursos están distribuidos de una forma en la cual impera la desigualdad. En ese sentido, para Buchanan (1984) las teorías liberales contractualistas no brindan una base firme para establecer un derecho universal a la asistencia mínima en materia sanitaria, pues, tal como lo explicarían las teorías libertarias, este tipo autores confundieron los imperativos morales de caridad o de beneficencia con aquellos relativos a la justicia (p. 65).

## 1.2. La propuesta de un mínimo decente de salud

> *"Otra circunstancia que también debe tenerse en cuenta es la capacidad de desarrollo de las necesidades humanas. Si estas necesidades pueden crecer y, como a veces se observa, pueden hacerlo hasta el infinito, podría parecer que los límites de las cantidades de bienes requeridas para su satisfacción se amplían sin cesar y hasta que alcanzan amplitudes totalmente indeterminadas y que, por consiguiente, es de todo punto imposible que el hombre consiga una previsión que cubra la totalidad de sus necesidades".*
>
> Carl Menger, *Principios de economía política,* 1996: 73.

Sin embargo, aun cuando no existe una obligación universal, Buchanan asevera que si se puede establecer un mínimo decente de salud para todos, pero con carácter contingente, pues parte de: (i) derechos especiales, (ii) argumentos prudenciales; y, (iii) la caridad efectiva, como pasaremos a observar:

(i) Sobre los derechos especiales afirma que son los que establecen obligaciones sobre determinados grupos o personas, por contraposición a un derecho universal que establece un reclamo a favor de todo tipo de persona. Ahora bien, en el caso de atención en salud, Buchanan considera que los reclamos no pueden partir de un reclamo generalizado o universal, sino que tiene que estar enfocado en determinados sujetos, para justificar tal afirmación asevera que, por lo menos, existen tres razones:

Primero, la necesidad de rectificar las injusticias que tienen o han tenido lugar, por parte de las instituciones. Un ejemplo sobre el particular, señala, son las sufridas por los nativos americanos y los afroamericanos, los cuales deben tener un conjunto especial de prestaciones dado su historial de tratamiento injusto, tanto por los gobiernos, como por la sociedad en general, las cuales generaron afectaciones sobre su salud.

Segundo, la necesidad de compensar a quienes de manera injusta han sido expuestos a riesgos para su salud o a daños permanentes, por las actuaciones ejercidas por corporaciones o particulares, específicamente por la contaminación o por la afectación de su calidad de vida.

Tercero, la necesidad de compensar a quienes han realizado sacrificios para el bienestar social, como en los eventos en los cuales se presta servicio militar y debido a ello se sufre un problema de salud (Buchanan, 1984, pág. 67).

(ii) En relación con los argumentos de prevención del daño Buchanan considera que resulta útil establecer una protección a un mínimo decente de salud porque de esta manera se reducen los índices de morbilidad y mortalidad. Aunado a ello, expone que de existir una obligación moral esta no se constituye por un derecho a la atención médica, sino uno a la prevención del daño, la cual sí puede tener una connotación universal, pero no por cuestiones éticas, sino porque es la mejor manera de proteger a la sociedad.

(iii) Sobre los argumentos prudenciales Buchanan considera que a diferencia de los anteriores se enfatiza más en los beneficios que en la prevención, de esta manera afirma que la atención básica crea una fuerza laboral más productiva, o incluso mejora las competencias de las personas encargadas de la seguridad nacional. Esto, por supuesto, no implica que las personas tengan derechos morales, ya sea de raigambre especial o de carácter universal, en el caso de prestación de servicios de salud.

Para Buchanan (1984) la confluencia de estos argumentos, esto es, los derechos especiales, la prevención del daño y los argumentos prudenciales, sobre la base de su acceso igualitario, satisface los objetivos de quienes persiguen la consolidación de un derecho a un mínimo decente sanitario, sin caer en las inconsistencias que se presentan en su concepto y fundamentación. De esta manera, afirma que es posible establecer un programa para la atención de las personas que no se base en un derecho moral universal.

Así las cosas, los asuntos relativos a los índices de morbilidad en determinados grupos poblaciones no tienen que revertirse o subsanarse sobre la base de que son moralmente inaceptables, sino una injusticia derivada de la falta de establecer políticas que establezcan derechos sobre determinados grupos discriminados, aunado a argumentos de orden de prevención y prudenciales. En ese sentido, insiste en que las injusticias derivadas de las precarias condiciones en materia de salud de los grupos vulnerables, no se pueden fundamentar en la vulneración de un derecho universal a un mínimo decente de atención médica, sino en el fracaso para rectificar tales situaciones (algunas pasadas y otras presentes), a partir de medidas enfocadas a cumplir con estándar de protección razonable para todas las personas (p. 68).

Ahora bien, Buchanan expone que los recursos para establecer tales tipos de programas tienen que partir de la transformación de la obligación moral de contribuir para mejorar la vida de nuestros semejantes a una obligación de carácter legal. Sin embargo, insiste y somos categóricos al replicarlo: esto no parte de un supuesto derecho universal o siquiera de un derecho de los demás a exigir algo, pues su fundamento realmente es que redunda en el bienestar colectivo. Sobre el particular, dos son los argumentos para establecer los precitados deberes legales:

El primero de ellos es que las personas que quieren contribuir a un mínimo decente de salud muchas veces consideran que deben controlar la manera en que se invertirán tales recursos a partir de la participación personal en tales asuntos, pues consideran que su ayuda es marginal y tiene poca incidencia, dado que tales programas tienen lugar incluso si él no hace tal contribución. Este es un argumento del tipo: no contribuyo porque otro seguramente lo hará por mí y, en ese sentido mi ayuda no resulta necesaria y es insignificante. Por tal razón es mejor que yo decida en que quiero invertir el dinero, para observar resultados verificados por mi propia persona. El segundo argumento se desprende del primero y es que los individuos sólo estarían en la obligación de contribuir, si y sólo sí los demás son obligados a ello, dado que de esta manera se garantizaría la provisión suficiente para garantizar las

inversiones para un mínimo sanitario decente, sin que el dinero resulte invertido en otro asunto.

Visto de esta manera, el primer argumento señala que las personas consideran que es mejor no realizar tal inversión o contribución (de manera personal lo puede invertir mejor, o incluso no invertirlo), mientras que el segundo se trata de un problema de garantía, la cual sólo se satisface si se obliga a que todos tengan que realizar aportes.

Sobre la base de estos argumentos Buchanan (1984) considera que estos argumentos resultan importantes para las contribuciones forzosas, porque contrario a lo que se piensa el problema que subyace a estas no se genera por el debate entre las motivaciones propias del individuo (egoísmo) y las motivaciones morales de ayudar a los demás, sino por la dificultad de que ante la ausencia de cumplimiento, las personas que realizan esfuerzos para contribuir para mejorar la situación de los demás por medio de la beneficencia tienen serias barreras para cumplir con tal cometido (p. 72).

La respuesta a tal problema, prosigue, es que se establezcan mecanismos para sancionar la falta de contribución, pues de esta manera cada individuo puede estar seguro de que todos contribuirán y que lo que efectivamente aporte no será un importe marginal, sino que será una parte de múltiples esfuerzos colectivos que alcanzaran una suma significativa para llevar a cabo los programas de salud. Sobre esto último es categórico, pues señala que, en efecto, se trata de financiamiento de programas, pero no del reconocimiento de derechos.

## 1.3. La beneficencia forzada no selectiva

> *"La libertad no puede ser absoluta. Vivimos en una sociedad interdependiente. Algunas limitaciones a nuestra libertad son necesarias para evitar otras restricciones todavía peores. Sin embargo, hemos ido mucho más lejos de ese punto. Hoy la necesidad urgente estriba en eliminar barreras, no en aumentarlas.*
>
> Milton y Rose Friedman, *Libertad de elegir,* 1983:104.

Buchanan expone que por lo menos dos críticas pueden formularse en contra de su enfoque, críticas que se fundamentan en la limitación de la libertad de los seres humanos: (i) que los principios morales pueden ser exigidos por vía legal y, por tanto, son de obligatorio cumplimiento; y, (ii) que la función del Estado es obligar a sus ciudadanos a ser moralmente virtuosos. No obstante, asevera que los argumentos sobre la beneficencia forzada no tienen por objeto el cumplimiento obligatorio de principios morales básicos, así como tampoco dotar al Estado de la función del ser el guardián de la moral, sino el cumplimiento de un principio moral importante, en los casos en los cuales la ausencia de su aplicación pueda llegar a generar problemas de acción conjunta coordinada (p. 74).

Aunado a ello, Buchanan (1984) afirma que muchas personas se resisten a que se les imponga la obligación de realizar actos de benéficos para una colectividad de la cual no tienen conocimiento, dado que consideran que es de la esencia del concepto de *beneficencia* que esta se preste de manera voluntaria y a una persona o a un grupo de estas escogido por quien realiza el acto (p. 75).

Esta conceptualización resulta importante pues da carácter al contenido de la obligación de beneficencia y no se refiere a su carácter moral, sino al legal. Los argumentos en contra de la discrecionalidad para elegir a los sujetos favorecidos por ella ciertamente, manifiesta Buchanan, no provienen de la moralidad, específicamente de la teoría kantiana, pues si bien en la introducción a la metafísica de las costumbres Kant expone que no puede

negarse ayuda a los demás, so pena de renunciar a la ayuda de estos, también lo es que esto obedece al campo de lo moral y del deber práctico que tenemos como seres humanos, el cual de todas manera debe ceder ante la autonomía como principio que direcciona el comportamiento y que maximiza la libertad, en este sentido debería querer desearse ayudar a los otros, pero no es una obligación ni un imperativo categórico.

Incluso existen sendos argumentos para exponer que la beneficencia debe ser selectiva. El primero de ellos, es que debido a que los recursos de los individuos son tan limitados, la ayuda enfocada resulta eficaz y con un resultado verificable, pues puede diluirse en un esfuerzo colectivo. El segundo, es que puede ejercerse un mayor control sobre los recursos y los esfuerzos, razón por la cual hay una mayor probabilidad de éxito si se presta tal ayuda a quienes están cerca.

Entonces, ¿cuál es el fundamento para reevaluar el carácter discrecional de la beneficencia? Claramente no proviene de la teoría moral, sino de una cuestión de eficiencia, en el entendido en que con la suma de contribuciones individuales puede llegar a prestarse una cobertura mayor, sin incurrir en costos excesivos. Sin embargo, esto no resulta determinante para establecer que la beneficencia deba ser indeterminada, afirma Buchanan, sino que son razones de eficiencia y racionalización de recursos que deben ser tomadas en cuenta, pues la idea es interferir lo menos posible en las libertades o en los recursos ajenos.

Independientemente de estos argumentos Buchanan (1984) reconoce que las críticas del libertarismo pueden persistir, en el sentido de que la propuesta sobre un mínimo sanitario decente puede interferir en el derecho a la libertad y a la propiedad privada. No obstante, Buchanan aquí hace una declaración fuerte y es que expone que los libertarios no tienen como fundamentar cuales son los derechos morales básicos vulnerados con ello, máxime si no existe un derecho ilimitado contra la interferencia estatal, la coerción o la propiedad privada, así las cosas, a los libertarios, afirma, les queda la difícil tarea de probar la existencia de derechos irrestrictos y en caso de que logren con tal cometido, exponer de qué manera se vulnerarían (p. 78).

A partir de ello, expone que, aunque no esté de acuerdo con la adjudicación de derechos universales en el campo de la asistencia sanitaria, lejos se encuentra de estar alineado con la concepción que el libertarismo tiene sobre el particular, pues su propuesta no es desconocer las obligaciones que existen frente a los demás, o el papel determinante que tiene el Estado para garantizar la adjudicación de mínimos decentes en materia de salud. Así, Buchanan establece una propuesta de beneficencia forzada no basada en derechos, aunque reconoce que el problema que subyacería, aunque no es suyo, ni es el objeto de su investigación, es el de la determinación del mínimo decente, esto es, el asunto de su especificidad. Sin embargo, cierra su exposición afirmando que tal contenido mínimo lejos de resultar una laguna del derecho, corresponde más bien a un ejercicio que debe realizarse por parte de la ciudadanía, por medio de la elección colectiva, en el cual se fijen los límites, sin que las prestaciones reconocidas se comporten como derechos, sino como deberes obligatorios para los demás.

Los alcances de las contribuciones aportadas por la teoría de Buchanan en el campo de la asistencia sanitaria son invaluables. La creación de un sistema de atención básica, a la que denomina "mínimo decente", a partir de razones fundadas en la reivindicación, la prudencia y la protección de los daños, establece una ruptura con las teorías que pretenden hacer una defensa desde la obligación moral que tenemos para con nuestros semejantes. Aunque en nuestro criterio puede haber más razones para la ceración de un sistema de atención básico, nos llama la atención los cuestionamientos que realiza a la moral como fuente de obligaciones y su contenido. Con base en ello surgen preguntas del tipo: ¿Hasta qué punto hemos considerado que la moral implica que ayudemos a los demás porque ello es bueno en sí mismo, o nos hace sujetos bondadosos? Es probable que debamos reevaluar tal concepto de la moral o incluso las motivaciones que justifican la ayuda a las demás personas desde el campo de la moral.

Buchanan también nos lleva a reflexionar sobre el concepto mismo del término beneficencia, en el sentido de indicar que no necesariamente conlleva a un ejercicio selectivo

de la ayuda, pues no existe una razón para darle tal entendimiento, o por lo menos desde una evaluación analítica. A esto añade un argumento de peso: si tenemos dos formas de hacer las cosas ¿qué nos conlleva a escoger aquella que reporte menores beneficios, cuando ello no desconoce las garantías básicas y no cercena un derecho?

Esta idea de una caridad impersonal nos deja profundas impresiones sobre tal concepto e incluso sobre la manera en que puede ser replanteada una eventual ayuda forzosa hacia los demás. Sin embargo, a pesar de tales bondades, surgen varias críticas a su teoría, las cuales surgen por el estatus de las personas objeto de las contribuciones forzosas ¿si no existe un derecho de estas, entonces en que se basa tal obligación? A primera vista podría pensarse que corresponde a una política estatal de ayuda, muy diferente a que los ciudadanos puedan hacer un reclamo para exigirla. Esto, por supuesto, implica que los gobiernos tendrían la facultad de cambiar de política pública y de favorecer otro tipo de programa dependiendo de las necesidades de la población o de los acuerdos que la ciudadanía valide.

Esto toma la forma de un Estado que debe ayudar a lo menos favorecidos, pero que no tiene la obligación de ello. No obstante, esto resulta contraintuitivo para una teoría que se aprecia de establecer un mínimo de atención en salud, esto algo básico en la salud para garantizar que una persona sea tratada de manera justa, pues si tal asunto es tan importante no puede ponerse en riesgo o estar determinado por la voluntad estatal. La idea de un mínimo decente de atención en salud claramente establece una obligación en cabeza del Estado, pues de otra forma no podría establecerse una contribución forzosa y la consecuencia de una obligación estatal es que las personas demanden la misma, pues desde un punto de vista analítico o conceptual la idea de obligación establece alguien que demande su cumplimiento.

Tales argumentos llevan a preguntarnos ¿de qué otra manera se puede exigir el cumplimiento de tal obligación si no es por medio del establecimiento de un derecho? e incluso a cuestionar ¿de qué manera se garantiza que el dinero recaudado por el Estado, a partir de contribuciones de beneficencia forzosas, se destine de manera efectiva a la creación de un esquema para garantizar un mínimo de atención decente en materia sanitaria?

Las políticas de Estado suelen cambiar a lo largo del tiempo, es un asunto de la dinámica política, y nada impide que hoy un Estado invierta en salud y mañana lo haga en mejorar sus redes de transporte o destine el dinero al financiamiento del gasto público en diversos temas, ya sea reduciendo la proporción de recursos destinados a la salud o eliminando los mismos.

A partir de ello, tal vez lo único que obliga al Estado a destinar los recursos de contribuciones forzosas a campos específicos es la creación de derechos en cabeza de personas que demanden las prestaciones asociadas a estos, pues esto reduce la discrecional estatal en el manejo de recursos públicos y establece erogaciones forzosas, para satisfacer contenidos innegociables. Incluso, si el propósito de Buchanan es no establecer obligaciones que difícilmente puedan ser satisfechas por el aparato estatal o que impliquen que los aportes de la beneficencia forzosa sean desproporcionados o estén siempre al alza, pueden establecerse contenidos básicos objeto de negociación sobre la base de su adopción por vía del reconocimiento del derecho, dejando los que no constituyan "un mínimo decente" por fuera de la fuerza normativa.

Es difícil ubicar a Buchanan en una escuela de pensamiento. Aunque en su fundamentación en relación con la inexistencia de un derecho universal o la reclamación por parte de cualquier persona de un derecho a la asistencia sanitaria se acerca al liberalismo tipo Hayek, es claro que se aparta del nobel quien no reconoce ningún tipo de derecho, ni siquiera especial, en estos casos, sino un servicio público para la atención de personas.

Los elementos críticos aportados por Buchanan son importantes, se le puede cuestionar que asimila un derecho a un esquema de responsabilidad y prudencia similar a un esquema de aseguramiento. En ese sentido, los seres humanos que no clasifiquen en los criterios de reivindicación histórica, daño directo por parte de personas públicas o privadas, o que se han sacrificado por una sociedad, no tendrían un derecho a un mínimo decente en salud. Millones de personas están por fuera de tal lista y demás condiciones expuestas por

Buchanan y, sin embargo, no podrían ejercer sus derechos básicos por falta de un servicio de salud o de un derecho a la asistencia sanitaria. Aún en casos de necesidad o de una renta que no permita el desarrollo de las capacidades más básicas del ser humanos, tales personas no tendrían un derecho a que la sociedad prestara su ayuda de manera solidaria.

Aunado a ello, consideramos que la propuesta formulada por Buchanan resulta insuficiente para garantizar un mínimo de asistencia sanitaria decente, porque no establece obligaciones estatales para la garantía de un derecho a ello, sino que legitima la provisión de recursos por medio de contribuciones forzosas, lo cual es un paso importante para ello, pero no es suficiente. Sin perjuicio de lo expuesto, Buchanan ciertamente aporta importantes elementos reflexivos para formular una teoría integral a la asistencia sanitaria, los cuales serán retomados con posterioridad.

# 2. AMARTYA SEN Y EL DESARROLLO HUMANO

> *"La concepción del desarrollo como un proceso de expansión de libertades fundamentales lleva a centrar la atención en los fines por los que cobra importancia el desarrollo y no sólo en algunos de los medios que desempeñan, entre otras cosas, un destacado papel en el proceso".*
>
> Amartya Sen, *Desarrollo y libertad,* 2000: 19.

El concepto de desarrollo como un proceso de expansión de las libertades que en realidad poseen los individuos, contrastando sus visiones clásicas, que se concentran en el aumento del producto interno bruto, de las rentas personales, de la industrialización, de los avances tecnológicos o de la fortaleza de una divisa frente a otra, es la idea central en la propuesta que el profesor Amartya Sen realiza frente a los grandes problemas mundiales como el hambre, la pobreza, la falta de asistencia sanitaria, entre otros.

En su criterio, las investigaciones que pretenden determinar si la libertad de participación política —que incluye instituirse como opositor— contribuye al desarrollo, parten de un supuesto incorrecto, pues este tipo de garantías son constitutivas de este. Desde esta perspectiva, el proceso de expansión de libertades es paralelo, más no antecede, al desarrollo (Sen, 2000, págs. 55-56).

Afirma que, si bien los indicadores como el PIB o las rentas personales pueden reflejar datos que, basados en comparaciones, determinan la riqueza y su crecimiento al interior de una sociedad resultan insuficientes para establecer de manera plena el desarrollo de esta, dado que el crecimiento económico no es sinónimo de desarrollo, ni su definición exacta, sino uno de sus muchos indicadores, sin lugar a duda uno importante, pero no uno que abarque todo. En sus palabras:

> "Una persona que no pueda expresarse libremente o participar en las decisiones y los debates públicos, aunque sea muy rica, *carece* de algo que tiene razones para valorar. El proceso de desarrollo, cuando se juzga en función del aumento de la libertad humana, ha de incluir la eliminación de las privaciones de esta persona" (Sen, 2000, págs. 55-56).

En ese sentido, el desarrollo, más que preocuparse exclusivamente de asuntos macroeconómicos y de la medición del ingreso, debe ocuparse más de mejorar nuestra vida y libertades, pues ello nos permite superar las restricciones, integrarnos a la sociedad y adoptar decisiones autónomas. Por tanto, Sen (2000) considera al desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales que pueden ser disfrutadas por las personas y que tienen un lugar preponderante para evitar privaciones catastróficas en los derechos que deriven en hambrunas, los índices de mortalidad y morbilidad, e incluso en capacidades que son necesarias para llevar a cabo sus proyectos de vida como las relacionadas con competencias básicas como la lectura, la escritura, la matemática básica y la democracia (p. 55).

En sí la capacidad de una persona se refiere a las diferentes combinaciones de funciones que puede conseguir. Así las cosas, la capacidad es un tipo de libertad fundamental "para conseguir distintas combinaciones de funciones (o en términos menos formales, la libertad para lograr diferentes estilos de vida). Por ejemplo, una persona rica que ayune puede conseguir los mismos resultados funcionales en lo que se refiere a comer o a nutrirse que una persona desfavorecida que se vea obligada a pasar hambre, pero la primera tiene un «conjunto de capacidades» diferente al de la segunda (la primera *puede* decidir comer bien y estar bien nutrida, mientras que la segunda no)" (Sen, 2000, pág. 100).

A su vez, expone que el concepto de funciones refleja las diferentes cosas que una persona puede valorar hacer o ser[81]. Para ser más preciso afirma que: "las funciones valoradas

[81] En este punto Sen retoma lo expuesto en Equiality of What (1980), Commodities and Capabilities (1985), e Inequality Reexamined (1992).

pueden ir desde las más elementales, como comer bien y no padecer enfermedades evitables, hasta actividades o estados personales muy complejos, como ser capaz de participar en la vida de la comunidad y respetarse a uno mismo" (p. 99). En consonancia con lo expuesto, afirma que la pobreza debe entenderse como la privación del ejercicio de las capacidades básicas y no solamente como la falta de ingresos, aunque resulta claro, señala, que la ausencia de estos es una de las principales causas que explican por qué las personas no puedan ejercer tales capacidades.

La idea de las capacidades en realidad no es un asunto exclusivo y novedoso de Sen, ya que se puede rastrear hasta T.H. Green (1836-1882) quien en rechazo del utilitarismo expuso que la libertad humana era necesario crear una serie de condiciones para que las personas fuera capaces de realizar sus propias selecciones entre varias alternativas y este poder de decisión fuera de tal naturaleza que estuviera protegido ante las intervenciones de la sociedad (Green, Harris, & Morrow, 1986).

Esta afirmación le permite establecer una de las principales premisas de su teoría y es que existen factores externos al capital, generalmente determinados por el contexto social, que influyen de manera determinante en la restricción al ejercicio de capacidades. Sobre el particular expone que las personas que tienen una provisión de recursos económicos, pero que padecen de una enfermedad cuyo tratamiento sea oneroso al tal punto que se le dificulte sufragarlo, es en realidad pobre, aun cuando su ingreso esté por encima de la media o incluso entre los más altos (Sen, 2000, pág. 122).

En ese sentido, Sen afirma que la riqueza o la renta no deben ser valoradas por sí mismas, pues no constituyen una forma adecuada de juzgar las ventajas de las personas, pues, aunque constituyen un factor muy importante para determinarlas no tiene en cuenta elementos constitutivos de estas como los determinantes sociales o la lotería natural. Tal como lo expone Nussbaum (2007), la propuesta de Sen a la teoría de Rawls es reemplazar la idea de bienestar, fundamentada en los ingresos y las riquezas y materializada en los bienes

primarios, por una lista de capacidades que tendrían por objeto brindar un instrumento que permitiera un cálculo más acertado sobre las variaciones sobre la calidad de vida (p. 171).

Uno de los argumentos para tal idea es que tanto la riqueza, como los ingresos resultaba inadecuados para realizar una medición del bienestar de una persona que presentara una discapacidad, como por ejemplo que tuviera la necesidad de movilizarse por medio de una silla de ruedas, dado que puede darse el caso de que se realice una comparación entre este sujeto y uno que pueda desplazarse de manera «normal» por no presentar tal dificultad y, a pesar de tener un ingreso o riqueza similar, el empleo de sus capacidades marcarían grandes diferencias en su calidad de vida (Sen, 1980, págs. 353-369).

Por supuesto, Rawls no podría aceptar tal cambio en su teoría, pues afectaría la misma como sistema, dado que afectaría el diseño de su principio de diferencia, aunado a que algunas de los elementos de la lista de capacidades de Sen no son considerados como un bien primario por parte de Rawls, pues este último podría llegar a considerar a la salud como un bien necesario, pero su garantía se satisface a partir de la distribución de los medios para que pueda sufragarse, sin tener en cuenta los problemas de la transformación de los bienes, dependiendo el sujeto destinatario de los mismos[82].

Como alternativa a la medición de ventajas por la vía de la riqueza, afirma que el estudio de las capacidades otorga mejores datos para establecer la libertad de las personas o las ventajas en términos comparativos. Esto adquiere una relevancia mayor si se tiene en cuenta que hay bienes, cualidades o condiciones que no son sujeto de transacción y por tanto no pueden negociarse en el mercado, ni siquiera por el mejor postor, como en el caso de la salud. Así las cosas, la renta es tan sólo un factor para alcanzar la libertad, muy importante, por cierto, pero no el único. Por tanto, "al juzgar las ventajas que unas personas tienen en comparación con otras, tenemos que mirar las capacidades generales de las cuales unas y

[82] Cfr. Nussbaum (2007), pág. 171 y ss.

otras consiguen disfrutar. Este es ciertamente un argumento importante para usar como base de evaluación el enfoque de capacidad y no el enfoque de recursos." (Sen, 2010, pág. 283).

Si se entiende que la falta de libertades fundamentales, la pobreza y la enfermedad son constitutivos del desarrollo y no una meta final del mismo, entonces puede apreciarse una relación de causalidad entre estos problemas y el subdesarrollo, dejando de lado la relación inversamente proporcional según la cual se estima que la falta de desarrollo, en términos de ingreso de capital, es culpable de estos asuntos. Por ello, Sen (2000) asevera que la evidencia de un mundo con niveles de ingreso históricamente altos da cuenta de que el problema del desarrollo no puede atribuirse exclusivamente de las rentas, sino a la ausencia de libertades. En su criterio:

> "A pesar de que la opulencia mundial ha experimentado un aumento sin precedentes, el mundo contemporáneo niega libertades básicas a un inmenso número de personas, quizá incluso a la mayoría. A veces la falta de libertades fundamentales está relacionada directamente con la pobreza económica, que priva a los individuos de la libertad necesaria para satisfacer el hambre, para conseguir un nivel de nutrición suficiente, para poner remedio a enfermedades tratables, para vestir dignamente o tener una vivienda aceptable o para disponer de agua limpia o de servicios de saneamiento. En otros casos, la privación de la libertad está estrechamente relacionada con la falta de servicios y atención social públicos, como la falta de programas epidemiológicos o de sistemas organizados de asistencia sanitaria o de educación o de instituciones eficaces para el mantenimiento de la paz y el orden locales" (p. 20).

En su entender, esto permite explicar porque en algunos países, aun con ingresos altos, una gran cantidad de personas apenas logran acceder a un sistema de saneamiento y asistencia básicos, incluso carecen de agua potable, con lo cual gran parte de los esfuerzos

de su vida son dedicados a la supervivencia para no tener una muerte prematura debido la morbilidad y a la falta de oportunidades que ello acarrea.

Teniendo en cuenta lo expuesto, algunas personas son más vulnerables a los cambios, incluso en las economías fuertes con grandes incrementos anuales del PIB, y a partir de ello pueden sufrir grandes privaciones en sus garantías básicas. En criterio de Sen, esto justifica los esquemas de protección social, los cuales tienen por objeto evitar que las personas caigan a niveles paupérrimos de denegación de derechos y, en consecuencia, en la miseria. Este esquema de aseguramiento básico es denominado por Sen (2000) como "*seguridad protectora*" que comprende la prestación de ayudas permanentes establecidas en la ley, a través de las instituciones públicas, para evitar los efectos nocivos del desempleo, las hambrunas, la insalubridad y las enfermedades, entre otros (p. 59).

Contrario a lo expuesto por algunas escuelas de pensamiento, el establecimiento de redes de ayuda, como una obligación estatal, no es un lujo que pueden darse los países ricos o, como lo expone Engelhardt, un asunto ético que deba suplirse a partir de las acciones caritativas (Engelhardt, 1995). En criterio de Sen (2000) la creencia implícita en la economía moderna, según la cual el desarrollo económico es un proceso previo al establecimiento de garantías prestacionales como el establecimiento de un sistema de asistencia sanitaria financiado con recursos públicos, es un prejuicio al cual la evidencia científica ha dejado sin valor, puesto que, dado que la expansión de los servicios sociales puede jalonar el crecimiento económico en un proceso sincrónico, la previsión contra las contingencias referidas incrementa el propio desarrollo. Por ejemplo, en las economías del Este asiático se ha observado un crecimiento económico, en el momento que decidieron prestar atención a estos asuntos. Sobre el particular, señala:

> "La consecuencia más importante del éxito que han tenido las economías del Este asiático, comenzando por la de Japón, quizá haya sido haber socavado ese prejuicio implícito. Estas economías comenzaron relativamente pronto a expandir en gran escala la educación y, más tarde, la asistencia sanitaria y, en

> muchos casos, tomaron esta medida *antes* de romper las ataduras de la pobreza general. Y han recogido los frutos de lo que sembraron. De hecho, como ha señalado Hiromitsu Ishi, la prioridad del desarrollo de los recursos humanos se observa especialmente en los primeros tiempos del desarrollo económico japonés, que comenzó con la era Meiji (1868-1911), y ese énfasis no se ha intensificado con la prosperidad económica cuando ha aumentado la riqueza y la opulencia de Japón" (p. 61).

Atiendo a las críticas a sus argumentos, que se presentan por la certeza de la limitación de recursos públicos para garantizar las referidas prestaciones, Sen (2000) considera que su financiación se justifica por sus costes relativos. Así las cosas, expone que este tipo de servicios son muy intensivos en trabajo (lo cual se traduce en mano de obra barata debido a la gran oferta de prestadores) y sus costes son comparativamente menores en los países en desarrollo, con economías pobres e ingresos por salario mucho menores (p. 68), pues los costos comparativos son parámetros importantes al momento de decidir qué gastos deben priorizarse en un país, máxime si las ventajas asociadas al financiamiento de prestaciones básicas como la salud puede dejar de percibirse como un gasto y catalogarse como una inversión, pues "[e]l hecho de que la educación y la asistencia sanitaria también contribuyan a acelerar el crecimiento económico se suma a las razones para poner un gran énfasis en estos sistemas sociales en las economías pobres, sin tener que esperar a «hacerse rico» primero" (p. 69).

Al igual que Sen, consideramos que existen poderosas razones para promover, por lo menos, la garantía de servicios de salud, educación y alimentación, a cargo del Estado, pues devienen no sólo en un importante motor de la economía, por la cantidad de puestos de trabajo que se generan, por la dinamización de la economía y por satisfacer las condiciones básicas para que una persona pueda dedicarse a vivir y no a sobrevivir, resulta claro que otras teorías consideran que los derechos, incluso los civiles y políticos, son la contracara del crecimiento económico y una talanquera para el desarrollo.

Como lo expone el nobel, algunos economistas consideran que el endurecimiento de los sistemas políticos e incluso la denegación de los derechos humanos fomenta el desarrollo. Esto podría ser objeto de un intenso debate, basta ver el crecimiento de la renta en países, con severas restricciones a los derechos, como China o Singapur para generar toda tipo de reacciones. Sin embargo, consideramos estéril o infundado dar cabida a ese tipo de premisas, pues resulta evidente que parten de concepciones del desarrollo diferentes. En el caso en el caso de la acepción que se fundamenta en el incremento de las rentas, el PIB, la industrialización o el fortalecimiento de las divisas, aun con un gran sacrificio de los derechos fundamentales y humanos (que podemos denominar *desarrollo basado en el incremento de la riqueza*), sobran ejemplos de lo eficiente que pueden llegar a ser algunos regímenes brutales para aumentar las arcas estatales a partir de un ahorro en gasto público.

De otra parte, en el evento en que la concepción de desarrollo implique un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutan los individuos, las cuales resultan importantes para el enriquecimiento de la vida humana y el evitar privaciones derivadas del hambre como la inanición, la desnutrición, la morbilidad evitable y la mortalidad prematura, o gozar de las libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir, calcular, participar de la vida política, ejercer la libertad de expresión, y en fin de expandir otras libertades básicas, se estaría en la significación propuesta por Sen (Ruiz Rivera, 2014, pág. 117).

De manera concreta Sen expone que las restricciones a las libertades que impiden el desarrollo producen catástrofes económicas. Esta relación puede constatarse por el hecho de que en las democracias pluripartidista no hay hambrunas notables, dado que, en un país, por muy pobre que sea, existen poderosos incentivos políticos para prevenirlas.

En este punto compartimos lo expuesto por Sen, pues las libertades políticas que implican la elección de gobernantes por medio de elecciones, el control a la conformación del poder político, un sistema de veedurías, la posibilidad de revocar el mandato, el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de prensa, constituyen mecanismos que permiten valorar o calificar la gestión de los gobernantes, e incluso sancionarles en el evento de adoptar

decisiones incorrectas sobre el manejo económico. Por tanto, cuando los agentes[83] en una economía tienen plena conciencia de sus derechos se produce un efecto de corrección de prácticas económicas nocivas ya sea por la socialización que debe efectuarse de estas para contar con su aprobación o la amenaza de castigar a los partidos políticos por un manejo incorrecto de las señales previsibles del comportamiento del mercado.

Este es el papel constitutivo de las libertades básicas para el desarrollo. Una ciudadanía que invierta su tiempo en ejercer vigilancia sobre los recursos públicos, que tenga plena capacidad para emitir un voto de confianza a sus gobernantes a partir del análisis de resultados en términos de aumento del bienestar, precedido por una valoración fundamentada en la educación y no la simple opinión, puede generar la optimización de los recursos finitos con los que cuenta un Estado.

La valoración sobre el desarrollo basada en indicadores de aumento de rentas debe ser reevaluada, pues coincidimos con Sen en que el crecimiento económico es un insumo muy importante en el proceso de desarrollo de un país, pero que existen limitaciones estructurales para que los excedentes se transformen en bienes que produzcan una mejora en la vida de los agentes. En este punto, es pertinente tener en cuenta que, en términos del desarrollo, la renta no es valiosa por sí misma, sino por su capacidad para obtener bienes cuyo precio es distorsionado por la negación de derechos básicos o las diferencias de clase, género, raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, creadas por los seres humanos. Tal vez uno de los mayores problemas consiste en estandarizar la cantidad de recursos que debe destinarse para la satisfacción de los derechos,

[83] En criterio de Sen el uso del término «agencia» exige algunas aclaraciones: "La expresión «agente» a veces se emplea en la literatura sobre economía y sobre la teoría de los juegos para referirse a una persona que actúa en representación de alguna otra (dirigida quizá por un «principal») y cuyos logros deben evaluarse a la luz de los objetivos de alguna otra (el principal). Aquí no utilizamos el término «agente» en ese sentido, sino en el más antiguo —y «elevado»— de la persona que actúa y provoca cambios y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos, independientemente de que los evaluemos o no también en función de algunos criterios externos. Este estudie se refiere principalmente al papel de agencia del individuo y como participante en actividades económicas, sociales y políticas (que van desde participar en el mercado hasta intervenir directa o indirectamente en actividades individuales o conjuntas en el terreno político y de otros tipos)" (Sen, 2000, pág. 36).

cuando en realidad no se tiene en cuenta la suma agregada de costes que implica su transformación en una garantía *ius* fundamental real es disímil.

Sen está en desacuerdo con las teorías sobre la igualdad de recursos, pues considera que estos no constituyen un mecanismo para la libertad genuina, dado que las personas tienen diferentes niveles de habilidad para poder transformar estos bienes y lograr con ello los niveles de funcionamiento requeridos para tener una vida en condiciones dignas. Así, parte del hecho empírico de que los recursos son importantes en el entendido de lo que pueda hacerse con ellos y, desde esta perspectiva, resulta evidente que, dependiendo de las condiciones materiales de existencia, las habilidades, los gustos y le conocimiento, los bienes se gestiones de diversas maneras y no todas ellas conllevan a una libertad real.

Incluso, Sen va más lejos al señalar que las diferencias físicas también generan un impacto determinante en la transformación de los recursos en bienes y servicios. Factores como el embarazo, el sexo, el ambiente y las enfermedades, generan dinámicas diferentes en la adopción de decisiones y en el bienestar asociado a recursos. Sobre el particular afirma que "si tomamos en cuenta dos personas con ingresos y otros bienes primarios y recursos idénticos (como están caracterizados en las propuestas de Rawls y de Dworkin), una de ellas puede ser enteramente libre para evitar la desnutrición y la otra no sería libre de ninguna manera para lograrlo" (Sen, 1992, pág. 33).

En nuestro criterio, el asunto expuesto por Sen es de la mayor relevancia, los recursos no nos son preciados por la cantidad que de estos podamos acumular, lo son en la medida en que nos permitan intercambiarlos para obtener bienes y servicios y, con ello, nos facilitan la vida e incluso no permitan invertirlos en las cuestiones que son importantes para nosotros. Aunado ello, resultan necesarios para proporcionarnos una vida en condiciones dignas. En este sentido, su valor es importante por su transformación, pero esta no se da igual en todos los casos.

Es un hecho que la inversión que se realiza de recursos personales e impersonales tiene consecuencias diversas dependiendo de las condiciones en las cuales ello tiene lugar. Resulta revelador lo que sucede con las personas que ganan de la noche a la mañana incrementan su capital debido a la fortuna, situación en la cual su falta de conocimiento sobre inversiones les impide optimizar los recursos adquiridos y en muchos casos terminan perdiendo todo su dinero e incluso siendo más pobres de lo que eran antes de tal situación.

A su vez, las enfermedades juegan un papel muy importante en la posibilidad de transformar los recursos en bienes, dado que las limitaciones asociadas a problemas físicos o psicológicos se acentúan en un mundo que no entiende la diversidad y la posibilidad de asumir que las personas puedan desarrollar diversas tareas, cuando han perdido la capacidad para realizar las que normalmente desarrollaban. La igualdad de recursos difícilmente puede acabar con la discriminación, dado que los problemas de esta son estructurales y no sólo dependen de factores económicos, sino de aquellos asociados a la ideología, a los valores y ética que impera en la sociedad.

Frente a este asunto compartimos la postura de Sen (2000), en el sentido de indicar que las rentas reales idénticas no solucionan problemas, dado que no reportan el mismo nivel de utilidad cuando son trasformadas por los seres humanos, dado que las funciones de las demandas también son diferentes (p. 93), teniendo en cuenta que las diferencias basadas en la edad, el sexo, las condiciones demográficas, los índices de morbilidad, generan consecuencias disimiles e impactan de manera diversa en la calidad de vida, incluso entre las personas que viven en un mismo hogar (p. 94).

Para entender mejor este punto es pertinente analizar que se entiende por necesidad y como la resolución de estas requiere un enfoque diferenciado. Para Sen (2000) el concepto de necesidad depende de las libertades que se requieran en un contexto específico (p. 99). Para ello, sigue Smith (1776) quien entendía por estas:

> "(…) no sólo los bienes que son indispensables para vivir, sino también cualesquiera otros que, según las costumbres del país, sería indecoroso que no tuvieran las personas respetables, incluidas las de clase inferior. Por ejemplo, una camisa de lino no es, estrictamente hablando, necesaria para vivir. Los griegos y los romanos vivían, supongo, cómodamente y no tenían lino. Pero hoy día, en la mayor parte de Europa, un jornalero respetable se sonrojaría si se tuviera que aparecer en público sin una camisa de lino, cuya carencia se entendería como ese vergonzoso grado de pobreza en el que se supone que nadie puede caer si no es causa de una conducta disipada. La costumbre también ha hecho de los zapatos de cuero algo necesario para vivir en Gran Bretaña. A la persona respetable más pobre de cualquier sexo le daría vergüenza aparecer en público sin ellos" (p. 469-471). (Smith, 1776, págs. 469-471).

En ese sentido, Sen (2000) considera que la satisfacción de necesidades requiere de la obtención de bienes, pero por la libertad que estos generan y no por su el valor en sí mismos (p. 99). Por tal razón, considera que el reparto paritario de la renta, por más alta que sea, genera diferentes grados de satisfacción de necesidades, o incluso que no sean suplidas. Tal como lo expone existen por lo menos cinco determinantes que impactan en la forma en la cual las personas transforman la renta y satisfacen sus necesidades y que demuestran que un ingreso paritario, no necesariamente genera condiciones propicias para el desarrollo y la libertad, como pasa a reseñarse:

1. *Heterogeneidad personal*. Debido a las diferencias entre las personas relacionadas con su enfermedad, edad y sexo, sus necesidades son diferentes, lo cual también afecta la cantidad de recursos que empleen en satisfacer las necesidades. En este sentido las variables son tan complejas e indeterminadas que difícilmente se pueda establecer grupos de sujetos a los cuales se les pueda dar un trato idéntico, por lo menos desde los recursos y no presenten ventajas o desventajas frente a otros. Incluso, puede llegarse al punto de determina que las transferencias de renta no pueden hacer nada por la situación de una persona (p. 94).

2. *Diversidad relacionada con el medio ambiente*. Las diferencias también se presentan por el ambiente y por el clima, pues resulta claro que dependiendo del lugar donde habite una persona necesitará satisfacer diferentes tipos de necesidades y así mismo se presentarán problemas diversos. Así, no necesita lo mismo una persona que viven en el mismo pueblo que otra, con la misma temperatura, y los mismos factores ambientales, pero cuya casa queda cerca el río. De manera similar, las personas son afectadas por enfermedades diferentes dependiendo del sitio donde habiten, o de la facilidad o dificultad en que por factores geográficos puedan acceder a medicamentos e incluso en relación con la contaminación también se puede percibir diferencias significativas, pues no todos los seres humanos reaccionan de la misma manera ante esta, así como las consecuencias pueden variar por dependiendo del tiempo de exposición, entre otros factores (p. 94-95).

3. *Diferencias de clima social*. Los factores sociales como la delincuencia o los niveles de alfabetización generan diferencias significativas sobre las necesidades de los seres humanos. Sobre este punto Sen afirma que incluso en los casos de epidemias y contaminación, existen diferencias importantes sobre el abordaje del problema y sus soluciones que dependen del entorno social.

La pandemia del SARS-CoV-2 es un claro ejemplo de ello, pues ante una misma cepa de un virus, el comportamiento social implica la adopción de diferentes medidas en los países, e incluso en zonas de la misma ciudad o municipio. La reacción social frente a las decisiones adoptadas por las autoridades, como en el caso del confinamiento, depende en gran parte de la disciplina social, del respeto por la autoridad, pero también del grado de marginación al cual han sido sometidas algunas personas o grupos sociales.

Así mismo se puede observar que la distribución de recursos para mitigar las consecuencias de la pandemia no genera los mismos resultados en toda la población, pues algunas personas tienen la capacidad de transformar escasos recursos en una renta que les permita sobrevivir a tal situación, o incluso tener el conocimiento sobre economía y finanzas

básicos para poder sobrellevar la crisis, situación que no sea da en toda la población y en la cual tiene una incidencia determinante los condicionamientos y factores sociales.

4. *Diferencias entre las perspectivas relacionales.* Sobre el particular se puede observar que la renta no puede apreciarse en términos absolutos, sino en el contexto en el cual se percibe y dentro de las convenciones y costumbres propios de cada sujeto. Sen expone que una persona que percibe una renta comparativa alta puede ser pobre en el percentil más rico, pues por más que su renta sea más alta que el promedio no es suficiente para el estilo de vida que demanda al vivir en un entorno elitista.

Incluso, sin ir tan lejos, puede observarse que las personas necesitan de mayores recursos para cubrir gastos de vestuario en las sociedades más favorecidas económicamente, que aquellos necesarios que los necesarios para vestir decorosamente y no sonrojarse (tal como lo expuso Smith) en las comunidades más pobres. De esta manera, se puede apreciar que las diferencias pueden variar entre sociedades, pero también al interior de estas (p. 94).

5. *Distribución dentro de la familia.* Finalmente, Sen (2000) considera que la familia es un ejemplo claro sobre como las rentas producen diferentes resultados dependiendo de los destinatarios. Un ingreso paritario al interior de las familias no significa que cada uno de sus miembros gocen de los beneficios de una renta alta, pues las cuestiones relacionadas con la edad, el sexo e incluso la confianza, establece diferentes tipos de repartos.

Aunado a ello, incluso en el evento en que se realizaran repartos idénticos entre sus miembros, resulta evidente que no todos transformarían de la misma manera los recursos en oportunidades o en elementos para satisfacer sus necesidades, dado que las necesidades varían entre los miembros, pero también la capacidad para transformar la renta, lo cual es evidente no sólo por las diferencias entre edades y sexo, sino porque cada individuo al interior de la unidad familiar tiene sus propias aspiraciones, deseos y proyectos de vida, razón por la cual sus necesidades varían, al igual que los medios que requieren para suplirlas. (p. 95-96).

Así la idea sobre una renta común o el aumento de los ingresos, poca influencia tienen ante los problemas estructurales derivados de la falta de capacidades para la transformación de recursos en oportunidades y libertad. La cultura del consumismo, propia y necesaria del capitalismo, conlleva que nos ilusionemos con una posible cura a la discriminación y al logro del ser humano digno, a partir del aumento de los recursos disponibles para cada persona. Sin embargo, resulta claro que este paliativo no cambia en nada, que las personas con menores ingresos gasten, en proporción, muchos más recursos, para lograr las condiciones básicas para poderse desarrollar libremente como sujetos y tener plena capacidad para adoptar decisiones sobre lo que desean y valoran.

Por supuesto que los recursos disponibles para ser transformados en bienes juegan un papel importante, pero más que ello, debe realizarse un cambio radical en la manera en la que como sociedad tratamos a nuestros semejantes. Programas políticos como el reconocimiento de una renta básica incurren en los mismos males que se denuncian sobre el capitalismo, parten del individualismo y la creencia, sin fundamento, de que el dinero resuelve todos los problemas asociados a la discriminación.

Para evidenciar esto no hay que ir muy lejos, muchas personas que obtienen subsidios no pueden emplearlos para producir cambios significativos en sus vidas. Por supuesto, sería falso aseverar que tales ayudas no les proporcionan recursos valiosos para mejorar sus vidas, pero ello no les saca de la pobreza ni de su situación marginal, sino que la perpetua, a partir de la dependencia estatal. Parte de lo expuesto por Cohen y por Scanlon resulta revelador y aplicable: en muchas ocasiones las personas no tienen la culpa de la adquisición de gustos caros, pues resulta evidente que el actual sistema de valores conlleva a que las personas gasten su dinero en artículos de moda o en bienes en apariencia suntuosa, pero vale la pena preguntarse hasta qué punto tales productos resultan innecesarios.

En un sistema de valores que juzga a las personas por su apariencia y que les establece un techo de cristal el cual solo pueden romper jugando al juego del consumismo, queda poco espacio para encontrar culpables o para sindicar a las personas de cultivar gustos costosos.

Es necesario un cambio de actitud, pues no se trata de proveer de recursos a las personas y pensar que con ello se resuelve el problema del acceso a bienes preciados como los tratamientos de salud, sino que el asunto es más profundo y parte del reconocimiento de la diferencia, de nuestra finitud como seres humanos y de la empatía por los demás.

Por más que se inviertan recursos en el tratamiento de las enfermedades, estas seguirán apareciendo y seguirán siendo endémicas en aquellos lugares donde ha reinado la indiferencia. Esto nos conlleva a identificar las causas y el origen, pero no de la enfermedad sino del sistema de valores que naturaliza que las personas puedan vivir en condiciones desprovistas de dignidad por tener la mala suerte de no tener los recursos económicos para afrontar tales problemas o por la mala gestión de las administraciones locales.

## 2.1. La oposición desde la teoría del liberalismo igualitario

> *"El mismo Sen no ha propuesto un esquema preciso y políticamente realizable para poner en práctica su concepción de la igualdad, y el tono de su discusión sugiere que la crítica no es práctica sino teórica… Afortunadamente contamos con excelentes razones para rechazar la interpretación «natural» de Sen, teniendo en cuenta que, como ya he dicho, su objetivo es separarse mucho más de la igualdad de bienestar que lo que nos hemos alejado Rawls y yo mismo".*
>
> Ronald Dworkin, *Virtud Soberana,* 2003: 328-329.

Ronald Dworkin fue, quizá, uno de los contradictores más fuertes de la teoría de Sen. Desde su perspectiva, Sen no ofrecía una teoría alternativa a las que defienden la igualdad basada en recursos (Dworkin, 2003, pág. 327). A su modo de ver resulta evidente que las personas difieran en su capacidad para lograr su felicidad, dado que factores como la fortuna, la personalidad, las ambiciones o la sensibilidad ante el sufrimiento de otros influyen en la manera en la que adoptan decisiones que les acerque o aleje de tal objetivo.

En criterio de Dworkin, a pesar de lo positivo que pueda significar que las personas tengan un ideal de felicidad y una buena opinión acerca de ellos y sobre la consideración que tienen respecto a sus semejantes, no existen argumentos suficientes para defender que las personas deban ser iguales en la capacidad de lograr situaciones deseables, pues esto conllevaría a que los gobiernos intervinieran en tal propósito, con el propósito de alcanzar tal tipo de igualdad, con efectos devastadores sobre la libertad.

Dworkin considera que la propuesta de Sen va muy lejos, pues una teoría de la justicia sobre la distribución coherente tendría el propósito de igualar a las personas respecto de los recursos que necesitan para la felicidad, el autorrespeto y otros anhelos similares, pero no como lo pretende Sen: "intentar que [las personas] sean iguales en su capacidad total para alcanzar esos objetivos, sean cuales fueran sus ambiciones, proyectos, gustos, disposiciones,

convicciones y actitudes" (Dworkin, 2003, pág. 329). Precisamente en este punto es donde se hace más evidente y fuerte la crítica de Dworkin sobre Sen, pues afirma que este último tiene por objeto separarse mucho más de la igualdad de bienestar de lo que tanto Rawls como él lo han realizado. Así, la teoría basada en la consecución de capacidades parte de una concepción errada del bienestar, pues lo entiende como el logro de todas las cosas o los estados que la persona considera importantes para vivir una buena vida, a pesar de la subjetividad que ello conlleva.

En criterio de Dworkin (2003) esto es caprichoso, pues hay tantas concepciones de bienestar como de personas, y las dificultades para alcanzar la felicidad y otro tipo de realizaciones "no serían atribuibles a diferencias entre recursos personales e impersonales, sino a diferencias en relación con sus elecciones y personalidad y las elecciones y personalidad de otros individuos" (p. 330). Sobre estas premisas afirma que la propuesta del enfoque de capacidades de Sen no constituye una alternativa frente a la igualdad de recursos, sino que se trata del mismo ideal, pero expresado en lenguaje diferente, es decir, se comporta como una analogía o un parafraseo de lo que tanto critica.

A su modo de ver las personas desean y deben tener recursos para aumentar sus capacidades, para funcionar en sociedad, pues resulta evidente la necesidad de ello para lograr tal fin, así las cosas, en el fondo, la teoría de Sen apela a la igualdad de recursos personales e impersonales y no a la felicidades o bienestar que las personas puedan lograr mediante sus elecciones.

Sobre el particular consideramos que la interpretación que Dworkin realiza sobre la teoría de Sen no tiene en cuenta que los recursos personales e impersonales no constituyen un fin en sí mismo, sino un medio, pues la finalidad no es el poder conseguir un nivel de bienestar, sino la que consiste en la posibilidad de haber optado por X bienestar, cuando se tenía la posibilidad real de haber adoptado otros cursos de acción.

Así, la teoría de Sen no apela por la simple consecución de bienes o de un nivel determinado de bienestar, o de la consecución de recursos, sino de la posibilidad de elección, para lo cual los bienes son importantes, pero sólo en la medida en que permitan su transformación en alternativas de selección. De esta manera la crítica propuesta por Dworkin solo es cierta en parte, dado que la igualdad de recursos puede llegar a facilitar la posibilidad de elección, pero Sen va más allá, pues no considera que la tarea de la justicia culmine con tal asignación de bienes, sino que considera ello, como un paso previo, contingente, pero en ninguna medida como una elaboración completa.

Tal vez, tales teorías no sean tan adversas y las objeciones propuestas por Dworkin, en el fondo no sean irreconciliables con la propuesta de Sen, sino que funjan como un paso previo, en algunas ocasiones para lograr el enfoque de capacidades. Su distanciamiento puede deberse a que Dworkin analiza el problema desde una perspectiva crematística y sobre la influencia que los recursos generan en la manera en que las personas adquieren lo que ambicionan, sin embargo, no todas las situaciones en que se limita la libertad o en las cuales existe una aspiración a ella, están atravesadas por la economía, sino por la política. El enfoque de las capacidades parte del respeto por la diferencia y no de su erradicación. Allí, tal vez, se encuentra el punto de inflexión entre estos autores, pues mientras Dworkin tiene como finalidad el principio de igualdad, Sen apela a la libertad.

## 2.2. Los vínculos del derecho a la asistencia sanitaria con el desarrollo como proceso de expansión de libertades

> *"una persona incapacitada puede poseer una cesta mayor de bienes primarios y, sin embargo, tener menos posibilidades de llevar una vida normal que una persona sana que tenga una cesta más pequeña de bienes primarios. Asimismo, una persona de edad avanzada o más propensa a enfermar puede tener más desventajas en el sentido general del término aun teniendo una cesta mayor de bienes primarios".*
>
> Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, 2000: 99.

Para Sen (2000) el criterio que debe maximizarse para alcanzar la libertad no es el de las utilidades como proponen los partidarios del enfoque basado en el bienestar de la teoría utilitarista, ni el de bienes que tienen una prevalencia por ser valiosos en sí mismos sin importar las consecuencias, como en el enfoque defendido por Rawls, sino el de las libertades fundamentales que tienen por objeto el desarrollo de capacidades que permiten adoptar decisiones "para elegir la vida que tenemos razones para valorar" (p. 99).

Desde una perspectiva práctica, esto implica que debe fijarse la atención no sólo en los bienes primarios que resultan indispensables para que el ser humano alcance sus objetivos, sino en las condiciones que permiten un uso adecuado de estos o permitan obtener un beneficio sin sufrir las consecuencias de las desventajas en términos comparativos. En esto radica la crítica que Sen presenta ante Rawls, según la cual no puede valorarse la importancia de los bienes primarios en términos absolutos, sino por las ventajas que ellos generan una vez son transformados en oportunidades para el desarrollo íntegro del ser humano.

Así las cosas, los bienes primarios no son valiosos por sí mismos, sino en la medida que permiten el desarrollo de libertades básicas. Sen los expone en los siguientes ejemplos:

> "[u]na persona incapacitada puede poseer una cesta mayor de bienes primarios y, sin embargo, tener menos posibilidades de llevar una vida normal (o de alcanzar sus objetivos) que una persona sana que tenga una cesta más pequeña de bienes primarios. Asimismo, una persona de edad avanzada o más propensa a enfermar puede tener más desventajas en el sentido general del término aun teniendo una cesta mayor de bienes primarios" (Sen, Desarrollo y Libertad, 2000, pág. 99).

En relación con el concepto de capacidad, Sen (2000) expone que se refiere a las diversas combinaciones de funciones que una persona puede conseguir. Ahora bien, el término *función* expresa las diversas cosas que una persona puede valorar hacer o ser (p. 99).

Aunque se emplee otra terminología, más cercana al utilitarismo, consideramos que Sen termina asemejando los conceptos de bienes primarios y de funciones, pues ambos terminan reflejando su insuficiencia para reflejar estados de bienestar, si no se tiene en cuenta que su posesión o desarrollo pueden derivar en resultados disimiles, dependiendo del agente o individuo sobre el cual recaen (Sen, 1980, pág. 202). Por ejemplo, una persona que ayuna no emplea la función de alimentarse, al igual que alguien que pasa hambre por la pobreza absoluta. Sin embargo, ambos casos, si bien comparten similitud en términos de su resultado, tienen motivaciones distintas y el acto de libertad que media entre ambos resulta abismal[84].

En sentido inverso, pero también útil para la explicación, dos individuos de diferentes denominaciones religiosas que afronten una situación de hambre extrema pueden emplear la función de alimentarse con el mismo producto y en las mismas cantidades, para el ejemplo

[84] Sobre el particular Sen (2000) expone que: "Es posible conceder importancia al hecho de tener oportunidades que no se aprovechan. Éste es el rumbo lógico que hay que seguir si el *proceso* por el que se generan los resultados tiene importancia en sí mismo. De hecho, la propia «elección» puede ser una valiosa función, y tener una x cuando ninguna alternativa puede distinguirse razonablemente de elegir una x cuando existen importantes alternativas. Ayunar no es lo mismo que verse obligado a pasar hambre. El hecho de tener la opción de comer hace que el ayuno sea lo que es, a saber, decidir no comer cuando uno podría haber comido" (p. 101).

mínimas para mantenerse con vida, pero puede que el acto de libertad que media tal empleo de la función sea distinto. Mientras que para uno de ellos le es indiferente el producto que ingesta, puede que el otro considere que no es adecuado, que transgrede sus valores o es una gran infracción a la ley moral.

Sobre la base de lo expuesto, para nosotros el empleo de funciones o la posesión de bienes primarios no redunda por sí misma en un ejercicio de libertad, e incluso en algunos casos ni siquiera es un vehículo para su consecución. Así las cosas, las bondades del desarrollo de funciones o la posesión de bienes primarios no puede juzgarse en términos absolutos, ni ser asumidas como fines en sí mismos, sino como insumos necesarios para el desarrollo de capacidades, diferenciadas en cada ser humano, a partir del respeto a la diferencia y los planes de vida, que redundan en verdaderos actos de libertad.

Desde esta perspectiva, el establecimiento de un sistema sanitario de manera general para toda la población que garantice la atención y la distribución equitativa de los recursos médicos resulta insuficiente para el bienestar humano, si no se tiene en cuenta que las ventajas de este bien básico o función dependerá del contexto y el empleo que pueda darse por parte de los potenciales receptores. Teniendo en cuenta que Sen considera que el desarrollo es un proceso de expansión de libertades, la atención médica es un factor constitutivo de este y no el resultado este, pues los funcionamientos que un ser humano puede alcanzar a partir de una adecuada prestación de este servicio redundan en un incremento de sus capacidades para vivir una vida que valga la pena vivir.

Para Sen el ejercicio de la libertad tiene lugar cuando los sujetos de derecho tienen la posibilidad de hacer uso de sus capacidades, las cuales se ven afectadas por la superación de las condiciones de pobreza, de hambre y a desnutrición, del analfabetismo y por supuesto de las barreras al servicio sanitario, entre otras. La manera en que se hacen exigibles las políticas para superar tales condiciones es por la vía de coerción que es propia del Derecho. Sin embargo, dado que el problema de la eficacia persiste en muchos ordenamientos jurídicos,

considera que es necesario establecer diferencias de grado entre los derechos que se desprenden de las prestaciones necesarias para lograr el incremento de capacidades.

Dicho esto, Sen afirma que las categorías sobre derechos abstractos y derechos concretos, así como las de derechos de trasfondo y derechos institucionales formulada por Dworkin constituyen una herramienta pertinente para entender la adopción de decisiones en materia de política pública.

En relación con los derechos abstractos, Sen (2002) expone que son objetivos políticos sobre los cuales no se tiene certeza sobre la forma en la que deben materializarse, o como deben ponderarse en el caso en el cual entren en conflicto con otros objetivos trazados por la política. Por su parte, los derechos concretos, presentan mayor precisión frente a sus finalidades, sus mecanismos de exigibilidad y sobre todo el peso que tienen frente a otros derechos, lo cual permite resolver los casos en los cuales se presenten colisiones entre estos, o entre estos y otros (p. 13)[85].

Sobre los derechos de trasfondo y los derechos institucionales, Sen (2002) considera que mientras que los primeros establecen justificaciones para que la sociedad adopte decisiones políticas, el segundo grupo provee a las instituciones políticas, debidamente determinadas, una justificación para la adopción de sus decisiones (p. 13). La aplicación de estos se puede apreciar de manera sencilla en los casos en los cuales se considera establecer una prestación propia de un sistema de seguridad social. Por ejemplo, a pesar de que en un Estado exista un compromiso político por parte sus habitantes de erradicar el hambre o la falta de atención en salud, su eficacia dependerá de la categoría a la cual corresponde tal obligación en forma de derecho, pues si las instituciones no corresponden a esta decisión por medio de la adopción de políticas públicas, se estaría ante un derecho de trasfondo y abstracto (Sen, 2002, pág. 14).

[85] Sen en este caso se refiere a lo expuesto por Dworkin (1977) p. 73.

¿Esto implica que los derechos abstractos y de trasfondo en realidad no se comporten como derechos por su falta de precisión, delimitación y, sobre todo, eficacia? En absoluto, las obligaciones que se desprenden de tales derechos pueden ser justiciables, pero hay que tener en cuenta las posibilidades para ello. En la visión de Dworkin, de la cual Sen es crítico, el incumplimiento de tales garantías facultaría a las personas a revelarse e incluso revocar al gobierno (Sen, 2002, pág. 16), con el objetivo de percibir acciones inmediatas sobre el cumplimiento de este, lo cual puede ser un remedio paliativo, pues las causas que configuran la violación pueden persistir e incluso agudizarse en el futuro.

Por su parte, Sen propone la categoría de metaderecho, el cual puede ser definido como el derecho a tener políticas que persigan genuinamente y de manera eficaz la satisfacción de un derecho en el futuro. Así las cosas, las diferencias frente a otros enfoques del Derecho, entre estos el de Dworkin, afirma Sen, es su gradualidad. En palabras de este autor: "Un metaderecho a algo x puede ser definido como el derecho a tener políticas p(x) que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a x." (Sen, 2002, pág. 15). Así las cosas, un *metaderecho* no tiene por objeto la concentración de esfuerzos en lograr la eficacia inmediata de un derecho, sino la búsqueda de acciones políticas que contribuyan al logro este en el futuro. Esto, por supuesto, intenta eliminar cualquier rastro de ineficacia de los derechos complejos y condicionados de manera significativa por el presupuesto, estableciendo un contenido programático.

A manera de ejemplo Sen reseña uno de los principios de la Constitución de la India de 1950, el cual consagró que "El Estado debe, en particular, dirigir sus políticas al aseguramiento […] de que todos los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan derecho a unos medios adecuados de subsistencia." (Sen, 2002, pág. 16), a partir de ello señaló que un derecho como el de no tener hambre era una meta clara que el Estado quería alcanzar, pero que era irrealizable de manera inmediata o en el corto plazo, razón por la cual se estableció un derecho a exigir un conjunto de políticas públicas para que este pudiera ser materializado en el futuro.

Podría pensarse que existe similitud entre la categoría de metaderecho y los derechos de trasfondo de Dworkin, pero ello no es cierto, dado que el metaderecho en realidad no es un derecho, sino que aspira a serlo, razón por la cual se ponen en marcha un conjunto de acciones para lograr tal cometido, en tanto que el derecho de trasfondo expuesto por Dworkin establece obligaciones precisas por su incumplimiento actual, lo cual tiene repercusiones en el escenario de la responsabilidad.

## 2.3. La crítica a la categoría de metaderecho propuesta por Amartya Sen en la materialización de derechos con contenido prestacional

> *"Por otra parte, ya se ha reiterado hasta la saciedad que el gran reto de los derechos humanos no está tanto en su fundamento teórico, sino en conseguir los medios para hacerlos efectivos y realmente universales para todos los seres humanos".*
>
> María José Fariñas Dulce*, Universalidad e interculturalidad,* 2005: 197.

El problema con el metaderecho expuesto por Sen es que suele hacer más frágil aún, a los derechos con contenidos prestacionales. De alguna manera las obligaciones que se desprenden del reconocimiento de un derecho como el de asistencia sanitaria generan que el Estado disponga de todos sus mecanismos, no sólo financieros, sino en el ámbito político, para lograr la eficacia plena del mismo, pero sin quitarle la protección que da el Derecho al mismo, en el sentido en que existe una obligación, un obligado y un destinatario de la protección.

Exponer que existe un metaderecho a la asistencia sanitaria debilita las obligaciones que en este campo tienen los Estados y lo releva a un objetivo importante que puede cumplirse en la medida de lo posible. Esto implica una variación en el grado de exigibilidad, lo cual implica en la práctica no sólo desproveerlo de la categoría de derecho, sino despojarlo de su carácter de principio para, finalmente, etiquetarlo como un valor.

Esto tiene lugar porque la diferencia entre principios y valores tiene relación con su eficacia, con los objetivos perseguidos, con la urgencia de estos y con las acciones inmediatas para satisfacer sus contenidos. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional colombiano en sentencia T-406 de 1992, referenciando lo expuesto por Schneider (1991, pág. 48), afirmó que:

"Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia [,] pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto".

En ese sentido, despojar de la categoría de derecho a las obligaciones con contenido programático presenta grandes inconvenientes en la exigibilidad de los derechos y en último sentido un retroceso en su exigibilidad. Por tal razón, una teoría de la justicia sobre el derecho a la asistencia sanitaria no puede tomar tal categoría para fundamentar las bases del compromiso social con quienes demandan tal derecho.

A nuestro modo de ver las obligaciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales, específicamente en el artículo 2.1, resultan más garantes y afines para la protección de derechos con contenido prestacional, como por ejemplo el de la asistencia sanitaria. En este instrumento, los Estados reconocen tales derechos y se comprometen a adoptar medidas para lograr su cumplimiento progresivo.

Precisamente en este punto es donde se pueden percibir fuertes diferencias en la aplicación de las categorías expuestas por Dworkin y Sen, el primero sobre los derechos de contexto y el último sobre metaderecho. En nuestro criterio, la propuesta de Dworkin puede verse reflejada en el cumplimiento que se exige a quienes suscribieron el PIDESC, pues a pesar del contenido programático de las obligaciones contenidas en ese instrumento y su

grado de eficacia reducido, en ningún momento se les trata como constitutivas del cumplimiento de una política, sino de un derecho. Y es que, a pesar de lo expuesto por Sen, el cumplimiento escalonado de obligaciones, por medio de la formulación, diseño y ejecución de políticas públicas también es propio de los derechos y no necesariamente de una aspiración o un valor social preciado.

Abramovich y Courtis (2004) han profundizado sobre esta idea, específicamente sobre la noción de progresividad inmersa en los derechos de contenido prestacional y han concluido que abarca por los menos dos sentidos que son complementarios:

(i) El primero, es que, como resulta evidente, la satisfacción de los derechos reconocidos en el PIDESC requiere que se desplieguen de manera gradual acciones para su cumplimiento, lo cual implica que, a pesar de no garantizarse la satisfacción plena de tales derechos de manera inmediata, debe establecerse medidas para un cumplimiento escalonado o por metas intermedias (p. 93). Sobre el particular, exponen que el CESCR, por medio de la Observación General número 3, ha dispuesto:

> "La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los

> derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo" (OG. No. 3. ONU, 1990. Punto 9).

Este entendimiento del carácter de progresividad que tiene el CESCR es lo que le separa de la visión concreta que tiene Sen, pues quien vigila el PIDESC considera que se tratan de verdaderos derechos, con obligaciones concretas, pero que se materializan de manera escalonada, en la medida en la que las posibilidades lo permitan. Esto tiene lugar porque a pesar de que el Pacto establezca que la materialización de tales derechos requiera una inversión de tiempo, de ninguna manera faculta a los Estados a negar las prestaciones necesarias para alcanzar determinados niveles de protección básicos, pues constituiría una autorización expresa para que se despoje a los derechos de su contenido prescriptivo.

Por tanto, la connotación de progresividad de los derechos prestacionales, como el caso de la asistencia sanitaria, se refiere al carácter flexible de su eficacia debido a las dificultades para su pleno cumplimiento, toda vez que implica la consecución de recursos que no todos los gobiernos pueden aprovisionar de manera rápida. No obstante, tal carácter flexible implica la existencia de una obligación, la cual consiste en moverse lo más pronto posible hacia la meta de la plena satisfacción. Precisamente en ello consiste el reto real de los derechos humanos, pues a pesar de la importancia de su fundamentación, los aportes teóricos deben enfocarse de manera significativa en "conseguir los medios para hacerlos efectivos y realmente universales para todos los seres humanos" (Fariñas Dulce, Universalidad e interculturalidad, 2005, pág. 198).

Así las cosas, la cláusula que establece que los Estados deben garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, implica una obligación de disponer de todos los medios, hasta el máximo de su capacidad para poder cumplir con tal obligación, por lo cual tales

derechos deben comprenderse dentro de la órbita propia de los principios que optimizan el ordenamiento jurídico y no hacer parte de simples valores deseables, pero no exigibles.

(ii) El segundo sentido de la noción de progresividad, consiste en que la noción de gradualidad implica un sentido de progreso razón por la cual los estándares de protección alcanzados deben respetarse y en ese sentido debe evitarse las medidas de carácter regresivo. Así las cosas, implica el mejoramiento escalonado, pero firme a partir de acciones deliberadas y concretas, que tengan la finalidad específica de cumplir con las obligaciones instituidas en el PIDESC. De esta manera, se establecen unos parámetros identificables que no pueden ser desconocidos por los Estados y cuyo incumplimiento activa la revisión judicial del asunto. A su vez, el Estado no sólo debe progresar en la protección del ámbito sustantivo de los derechos establecidos en el PIDESC, sino que asume de manera simultánea la obligación de evitar la reducción de los niveles de protección alcanzados.

Pero las disposiciones contempladas en los pactos, así como en las observaciones generales, no son las únicas que establecen la garantía progresiva y la prohibición de regresividad de este tipo de derechos86, por ejemplo, el principio 14 A de los Principios de Maastricht establecen la prohibición de suspensión o derogación de legislación necesaria para el ejercicio de un derecho ya reconocido. A su vez, el principio 14 D proscribe la adopción de medidas legislativas o políticas que sean incompatibles o manifiestamente contrarias a las previsiones normativas preexistentes sobre los derechos establecidos en el PIDESC, con la excepción de que ello tenga lugar para mejorar las condiciones de los grupos más vulnerables y se mejore su situación frente a estos derechos.

Estas previsiones no son letra muerta en los ordenamientos jurídicos, ni cumplen con una función estrictamente ilustrativa sobre el deber ser, sino que tiene importantes repercusiones en el campo de la exigibilidad del derecho. Sobre el particular puede

[86] Para profundizar sobre este asunto consultar el capítulo primero sobre el establecimiento de instrumentos para la protección del derecho a la asistencia sanitaria, de manera concreta el relacionado con la pretensión de universalización de un derecho humano a la salud.

observarse el manejo que sobre la prohibición de regresividad y la obligación de progresividad ha tenido el Tribunal Constitucional Colombiano.

En la sentencia T-469 de 2013, en la revisión de una acción de amparo, el referido tribunal estableció que el Estado colombiano había incumplido con las obligaciones sobre progresividad y prohibición de regresividad contempladas en el PIDESC, razón por la cual declaró infundadas las razones que el legislador había expuesto para derogar una pensión por invalidez para las víctimas del conflicto armado, toda vez que establecía una regresividad en los estándares de protección alcanzados, además de inobservar las disposiciones contenidas en el PIDESC que obligaban a los Estados a garantizar el aumento progresivo de este tipo de derechos, hasta el punto de alcanzar un goce pleno.

Incluso, el Tribunal Constitucional Colombiano, siguiendo lo expuesto por el PIDESC, por el CESCR, por los principios de Maastricht y por autores como Abramovich y Courtis, estableció que la adopción de medidas regresivas sobre derechos establecidos en el PIDESC tenían una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podía ser desvirtuada en el evento que se demostrara que las medidas derogadas tenían por objeto el establecimiento de normas que mejoraran el estatus de derechos alcanzados por la población.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional Colombiano revivió la prestación derogada y obligó al Estado otorgar tal prestación, no sólo a quien interpuso el amparo, sino a toda la población que se encontrara en las mismas condiciones y a quienes, aun en el período en el cual la norma no estuvo vigente por su derogatoria, acreditaran los requisitos para su reconocimiento. De manera concreta el Tribunal expuso:

> "(…) el legislador guardó silencio en relación a la pensión por invalidez para víctimas de la violencia, estipulada en el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, reservándose las razones que a bien tuvo para no prorrogar la prestación. Frente a esta situación, la consecuencia es notoria: no se desvirtuó la presunción de inconstitucionalidad sobre la medida regresiva.

En ese sentido, es evidente que el Estado colombiano no satisfizo los presupuestos de orden constitucional, para la adopción de medidas regresivas, encaminadas a derogar la pensión por invalidez para víctimas de la violencia (criterios para la aplicación de medidas regresivas. Supra 5.3). De esa manera, se encuentra acreditado, el incumplimiento de las disposiciones internacionales que versan sobre la materia, puesto que la medida debía ser "justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone" de conformidad con las Observaciones Generales No. 3, 9, 13, punto 45,14, punto 329 de la Comisión del PIDESC.

Esto implica que el Estado tampoco acreditó los presupuestos expuestos en esta sentencia, relativos a razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, para la adopción de medidas regresivas, así como tampoco sustentó su decisión a partir de la existencia de un interés estatal permisible, el carácter imperioso de la misma y finalmente la inexistencia de cursos de acción alternativos o menos restrictivos del derecho en cuestión. Tampoco se efectuó una restricción del alcance de la prestación, puesto que ésta fue sustraída del ordenamiento jurídico de manera total, sin ningún tipo de explicación, disminuyendo el nivel de protección alcanzado por las personas discapacitadas víctimas de la violencia, además de desconocer las disposiciones contenidas sobre la materia, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en la jurisprudencia de esta Corporación.

Por tanto, mal haría esta Sala de Revisión en aplicar la tesis, según la cual, la pensión por invalidez para víctimas de la violencia estipulada en un primer momento en la Ley 104 de 1993 y prorrogada en por las leyes 241 de 1995, 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002, fue derogada tácitamente por la Ley

> 1106 de 2006, pues no puede predicarse derogatoria alguna en materia de derechos sociales, sin que medie justificación alguna, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia" (Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-469, 2013).

En conclusión, los principios de progresividad y prohibición de regresividad constituyen herramientas reales para la exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, incluso de aquellos con alto contenido prestacional como el caso del derecho a la asistencia sanitaria. Estos principios son aplicables al Derecho y establecen responsabilidad a sus infractores, además de establecer una hoja de ruta con mayor probabilidad de éxito que la alternativa de metaderecho formulada por Sen la cual consiste en la creación de un derecho a políticas públicas para lograr un derecho con posterioridad.

Esta diferenciación desde el punto de vista conceptual no es irrelevante, pues tiene fuertes repercusiones en las obligaciones de los Estados con sus nacionales e incluso de los Estados frente a la comunidad internacional. Apelar al derecho, para establecer los sujetos responsables de las obligaciones y dotar de contenido prescriptivo las normas que contemplan la observancia del PIDESC ciertamente resulta más eficaz que los buenos propósitos de los gobernantes, dispuestos en el diseño, formulación y ejecución de políticas públicas, pues estás pueden cambiar dependiendo de los intereses políticos.

La categoría de metaderecho apela más a la voluntad política y ciertamente no tiene en cuenta que las normas establecidas por el Derecho tienen una textura abierta que pueden generar no una, sino muchas políticas públicas dependiendo de los titulares que demanden prestaciones e incluso del grado de afectación o de necesidad que tengan de estas. El establecimiento de un metaderecho parece más un ejercicio inductivo, pues se esperar que específicas políticas públicas generen que no se den las condiciones que generan la afectación de los derechos de los seres humanos, partiendo de un análisis desde lo local y particular hacia lo general.

Sin embargo, debido a que vivimos en una sociedad dinámica, en la cual ciertamente están presentes intereses de clase y pugnas por el poder, resultaría un riesgo que difícilmente pueden correr quienes actualmente necesitan del apoyo y solidaridad de los demás, el hecho de establecer derechos a políticas públicas, pues podrían perderse en el camino dado que los límites de los derechos cambian constantemente máxime si estamos en un mundo que, por primera vez, reconoce nuevos sujetos de derecho y le da voz a quienes jamás la habían tenido.

Ciertamente en un mundo en el cual no existan las diferencias económicas y sociales que generen denegación de una atención, así sea la más básica, en asistencia sanitaria podríamos pensar en establecer obligaciones progresivas que no correspondan al cumplimiento de un derecho. Por el momento, es necesario encontrar responsables, comprometer a quienes tienen el poder de generar un cambio a cumplir con las normas y obligar a las instituciones a adoptar cursos de acción, sobre garantías mínimas y el respeto a los estándares de protección alcanzados. Así las cosas, aún con todos sus defectos y problemas, el Derecho parece ser un instrumento más eficiente para lograr estos fines que una declaración de buena voluntad para lograr cumplir con valores importantes para la sociedad.

# 3. MARTHA NUSSBAUM Y EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES HUMANAS

> *"Mi argumento sugiere que la teoría liberal debería cuestionar algunas de sus premisas más tradicionales, entre ellas la noción kantiana de la persona, la descripción humeana de las circunstancias de la justicia y la idea contractualista del beneficio mutuo como meta de la cooperación social".*
>
> Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia*, 2007: 223.

## 3.1. Las bondades y dificultades del enfoque contractualista para la inclusión

Nussbaum (2007) afirma que ninguna teoría del contrato social ha incluido a las personas que padecen graves problemas físicos o mentales entre el grupo que establece los principios que deben regir a toda la sociedad. Esto tiene lugar, expone, porque ninguno de los pensadores, entre estos Rawls, consideraba que este grupo de personas pudiera tener la capacidad de incidir en las decisiones políticas y mucho menos en la elección de principios que direccionar la acción social (p. 35).

Este hecho, resulta relevante porque en criterio de la autora los principios de la justicia establecidos en la tradición contractual son elegidos para las personas que intervienen en el establecimiento de los principios primigenios, esto es, para las personas que encontrándose en la posición inicial deciden que pautas debe seguir una sociedad ordenada. Esto explicaría, en parte, la razones por las cuales las personas con problemas de discapacidad no se encuentran protegidos de manera plena en las teorías contractualistas. Esto puede obedecer a una razón: los derechos estaban en una etapa primigenia y resultaba más urgente el reconocimiento de las garantías políticas y civiles. Sobre el particular Nussbaum expone:

> "No es sorprendente que los pensadores clásicos del contrato social aceptaran poner entre paréntesis estos problemas. Cabe dudar si llegaron a preocuparse en algún momento por ellos. Pero incluso aunque fuera así, la necesidad imperiosa de socavar la base de las concepciones monárquicas y jerárquicas de la justicia explica y en gran medida justifica su decisión de centrarse en aquellos seres humanos que son relativamente iguales en poderes y capacidades" (p. 50).

Tal como Rawls (1996) afirma que existen cuatro problemas difíciles de tratar desde su concepción de justicia, entre estos "lo que se le debe a las personas con discapacidades (tanto temporales como permanentes, y tanto mentales como físicas)" (p. 21), Nussbaum tiene por objeto profundizar sobre esta materia, dado que el propio Rawls (1996) manifiesta que es muy probable que la idea de una justicia política no pueda cubrir ese asunto, ni debería esperarse que lo hiciera, e incluso, que pueda darse el caso de que "la justicia como equidad no sea correcta en este caso, por bien que funcione en los demás" (p. 21).

Sin embargo, Nussbaum (2007) considera que esta situación que puede tener lugar en el pasado, por las especiales condiciones que afrontaba la historia de los derechos no es de recibo en la actualidad, dado que "No vivimos en el mismo mundo que ahora, y no tenemos tal excusa para no abordar estos problemas de frente en el proceso de elaboración de los principios políticos básicos" (p. 50). Aun así, persiste su preocupación, más no una recriminación, por la forma correcta en la cual deben fundamentarse los principios políticos, pues el argumento del contractualismo hasta Rawls parece defender que la falta de igualdad en el uso de facultades genera que quienes la padecen no están invitados a constituir los elementos de una igualdad en el terreno moral (p. 59).

Pero ¿de dónde se establece la premisa de la ausencia del desarrollo de facultades para excluir a los sujetos? Una de las posibles respuestas es que deriva de la fuerte influencia de Hume en las teorías contractuales, a pesar de que este autor no pertenezca a tal tradición sino a la del convencionalismo. En criterio de Hume (1777) el beneficio mutuo y cooperación

son la causa de la emergencia y de la necesidad de la justicia, pues tal base resulta más fuerte y parte de los criterios empíricos con los cuales no cuenta una interpretación metafísica sobre el bien común (parágrafo III.1)

Tal idea es un concepto más refinado de su exposición realizada en el Tratado de la Naturaleza Humana, en el cual consideró que el egoísmo moderado de los individuos (nunca al punto en que quieran absolutamente todo para sí), la competencia y un sentido de la generosidad constituyen elementos para que los seres humanos establezcan normas de conducta que tenga como propósito el beneficio recíproco y el apoyo mutuo (Hume 1739., parágrafo III.II.ii).

En criterio de Hume (1777): Así pues, las reglas de la equidad o la justicia dependen completamente del estado o condición particulares en que se encuentran los hombres, y deben su origen y existencia a esa utilidad que obtiene la comunidad de su observancia estricta y constante" (III.1). Resulta claro, por lo menos así lo indica Nussbaum, que las teorías de Rawls tienen una fuerte influencia de Hume y de Kant, el primero en el asunto de las motivaciones que mueven a los seres a buscar principios que promuevan el bienestar común y del segundo porque establece que la cooperación tiene límites principios en los postulados de la razón práctica, específicamente aquellos referidos a la autonomía y a la libertad.

En relación con la influencia de Hume puede observarse que en la teoría de la justicia Rawls (1971) afirma que la sociedad es un proyecto cooperativo que se orienta hacia el beneficio mutuo, dado que ello repercute en una mejor vida para todos, incluso aún más que la posible en un esfuerzo individual (p. 126). De manera concreta expone:

> "La idea central es que, si una serie de personas se unen en un proyecto cooperativo mutuamente beneficioso regido por unas reglas, y limitan, por lo tanto, su libertad en la medida necesaria para que todos obtengan un beneficio, aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una

> aquiescencia similar por parte de aquellos que se han beneficiado de su sumisión" (p. 112).

La influencia de Kant permite explicar las razones que tiene Rawls para excluir a las personas con discapacidades del conjunto de personas que tiene la posibilidad de establecer los principios de justicia que direccionaran a la sociedad a partir de su selección en la posición original. De manera concreta Kant (1989) expone que los sujetos que no participan activamente de la comunidad son subordinados a esta y no tienen los derechos votar, a presentarse a cargos políticos o "a organizarse o trabajar para la introducción de leyes particulares" (p. 315).

Así las cosas, Nussbaum (2007) sostiene que para Kant "la dependencia es una condición que no se aplica a la mayoría de los hombres adultos de la sociedad, y que en justicia descalifica para la mayoría de los derechos políticos. Sólo su doctrina de los derechos prepolíticos concede algún derecho a estos individuos." (p. 67). Esto se replica de alguna en la exposición de las calidades que deben reunir los sujetos que interactúan en la posición original, dado que tienen las competencias que les clasifican como «normales» en una sociedad. De manera concreta señala:

> "Añadamos, pues, que todos los ciudadanos son miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de una vida completa. Esto significa que todas las personas tienen suficientes facultades intelectuales para participar de forma normal en la sociedad, y que nadie sufre necesidades atípicas que resulten especialmente difíciles de satisfacer, como, por ejemplo, unas necesidades médicas atípicas y costosas. Por supuesto, la asistencia para las personas que padecen estas necesidades es una cuestión práctica urgente. Pero en este estadio inicial, el problema fundamental de la justicia social se plantea entre aquellos que participan de forma plena, activa y moralmente consciente en la sociedad, y que se asocian directa o indirectamente entre sí a lo largo de una vida completa. En consecuencia, es razonable dejar a un lado ciertas

> complicaciones. Si podemos elaborar una teoría que cubra el caso fundamental, podemos tratar luego de extenderla a otros casos. Está claro que una teoría incapaz de dar respuesta al caso fundamental no sirve para nada" (Rawls, 1980, pág. 546).

Sobre el particular, llama la atención al hecho de su teoría rechaza la inclusión de personas que presenten necesidades "atípicas que resulten especialmente difíciles de satisfacer" como, por ejemplo, enuncia, "las médicas atípicas y costosas", la razón para ello es que considera que este es un costo menor que debe asumirse, pues luego de que se elijan los principios fundamentales que ordenaran a la sociedad pueden resolverse este tipo de "complicaciones".

En realidad, esto no hace más que constatar el tono paternalista de las teorías de carácter liberal. A pesar de que exponen que los seres humanos deben gozar de autonomía, en la práctica generan un discurso hegemónico y excluyente. Pretender tener la verdad sobre la idea de la moral correcta genera problemas serios debido al carácter diverso de los seres humanos, aunado a la imposición de tales premisas sobre seres humanos que no tienen representación en aquellos escenarios de decisión (asunto sobre el cual volveremos más adelante).

A pesar de ello Nussbaum (2007) considera que los puntos de partida de Rawls y los principios que se desprenden a partir de ello constituyen una buena idea para dar solución a los problemas no resueltos, entre estos, el referido al lugar que ocupan las personas con discapacidades en su teoría y en la elección de principios que orienten un orden justo. Aunado a ello, afirma que la teoría de Rawls también resulta útil e importante a efectos de establecer porque es importante resolver tal problema "a pesar de la carga económica que pueda suponer eso para los ciudadanos «normalmente productivos»" (p. 77). Esto sucede porque Nussbaum (2000) considera que la teoría de Rawls establece una serie de derechos, pero el asunto de la eficacia es una cuestión práctica que no afecta su planteamiento sobre la justicia (p. 1005-1036).

A pesar de ello, nosotros consideramos que la falta de enfoque en los problemas de salud que puedan tener las personas en la posición inicial es un asunto que prende las alarmas, lo cual nos conlleva a pensar que más que una virtud tal asunto es un reflejo de las dificultades que conlleva tal posición teórica. La ausencia de análisis de la situación de las personas que por condicionantes sociales, como la exclusión que surge en el caso problemas graves salud o la discapacidad, quedan excluidos de la elección de las normas que incorporan el pacto social es un claro reflejo de los problemas que conlleva teorías contractualistas y en especial la de Rawls.

Si bien la teoría de Rawls tiene muy buenos elementos en relación con los principios que resultan de una intuición acompañada de la razón (por lo menos en la forma de autonomía y libertad que toma de Kant), como presupuestos mínimos del respeto hacia las personas, aunado a la idea de colaboración o cooperación social (tomada de Hume) resulta insuficiente para fundamentar los argumentos que permitan explicar porque debe o debería reconocer un derecho a la asistencia sanitaria. Esto se explica fácilmente por dos razones. La primera es que el propio Rawls (1996) afirma que su teoría no debería tratar de explicar todo tipo de dinámica social, razón por la cual no tiene la pretensión de que regule todo tipo estructura o diseño normativo sobre la asignación de bienes sociales. A su vez, porque nos advierte que los principios que estructuran su propuesta no deben tratarse de forzase para que regule problemas para los cuales no fueron diseñados (p. 21).

De esta manera, no logramos comprender porque la profesora Nussbaum insiste, pese a las advertencias del propio Rawls, en tratar de acompasar los problemas derivados de quienes no tienen la posibilidad de desarrollar sus capacidades a la teoría contractual de este autor. Entonces, se trata de una especie de respeto por la autora hacia Rawls, que tiene toda la razón de ser, dado que la influencia de Rawls es determinante en todos los problemas sobre la teoría de la justicia, pero, a pesar de ello, hay que reconocer que sus postulados generan serios problemas para las personas que demandan atención del Estado por no tener problemas de salud.

Mas significativo consideramos el hecho de que Rawls propone todo un sistema, razón por la cual no puede cercenarse su teoría para mirar si una parte de esta es útil para tratar los problemas generados por la discriminación de las personas que no pueden ejercer sus capacidades o que han sido marginados de la elección de los principios que ordenan la sociedad. No tenemos razones para pensar que Rawls considere que las personas que tienen estos problemas sean seres inferiores o no deban tener derecho alguno, pero los hechos demuestran que, de manera deliberada ha dejado a estas personas por fuera de su propuesta. Precisamente, el enfoque de las capacidades (por lo menos desde la versión de Sen) pretende demostrar que la solución propuesta por Rawls resulta insuficiente para asignar los bienes entre los miembros de la sociedad de manera eficiente.

El sistema creado por Rawls tiene la pretensión de ser todo o nada. Esto implica que quienes lo aplican se adecuan en todo al mismo, o se abstienen de hacerlo, pero, en ninguna medida pueden hacer uso de sus postulados de manera tangencial afirmando que Rawls lo hubiera querido así, o que resulta una buena idea que se desprende de tal autor. En realidad, consideramos que, si se toma una premisa de la teoría de la justicia, luego reformulada en liberalismo político, para con ello dar forma a otra idea, ya no estamos en el terreno de este autor, sino ante algo totalmente diferente.

Ciertamente, nosotros consideramos en esta investigación que las razones que motivan la desigualdad en la teoría de Rawls resultan insuficientes para tratar de defender las consecuencias negativas de aplicación práctica. Una igualdad estrictamente procedimental no resuelve el problema de la exclusión y tampoco da elementos para la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria.

Desde la perspectiva de Rawls, explicada de manera clara por Nussbaum, tal hecho no resulta un asunto difícil de entender. Muchos de los marginados que exigen este tipo de derechos no están en las condiciones de normalidad que exige la teoría rawlsiana para poder participar en la vida política y diseñar las normas para acceder a los derechos. La propia

Nussbaum (2007) lo reconoce, pues considera que la concepción de personalidad propuesta por Rawls exige que el individuo tenga un alto grado de racionalidad moral y prudencial, pues "resulta imposible concebir como ciudadanos iguales a las personas con graves deficiencias mentales, o los derechos de los animales no humanos. La concepción también plantea problemas, según defenderé, para comprender adecuadamente el proceso de crecimiento, madurez y decadencia en las personas «normales»" (p. 78). Esto genera una suerte de paradoja dado que precisamente los marginados lo son por estar marginados en la adopción de decisiones.

## 3.2. El enfoque de las capacidades como alternativa para la inclusión

> *"Es posible que una persona muy rica pudiera pagarse un chófer a tiempo completo y un equipo de porteadores que le subieran por las escaleras de los edificios sin rampas. Pero incluso si asignar esa clase de riqueza a las personas con discapacidades fuera sensato como política pública, y no lo es, seguiríamos sin haber llegado a la raíz del problema, que consiste en que esta persona no tendría por qué depender de un chófer o de unos porteadores".*
>
> Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia*, 2007: 175.

A pesar de su admiración por Rawls, Nussbaum entiende que las ideas de la teoría de Rawls sobre la posición original presentan la dificultad de la exclusión de seres humanos que no tienen las condiciones de "normalidad" para poder participar de la adopción de principios que ordenarán el sistema político. La falta de capacidades o de las condiciones para la creación de estas no fue un asunto de estudio por parte de la teoría contractual, sin embargo, rescata de esta el establecimiento de unos derechos mínimos y de unas garantías básicas para vivir una buena vida.

Este asunto ya es debatible como lo miramos en su momento, pues el liberalismo presenta como trascendentales algunos derechos (específicamente una libertad que dependiendo la escuela de pensamiento se distorsiona o adapta la forma de lo que se quiera defender) y establece algunas garantías, pero no como derechos, sino como estrictas obligaciones morales cuyo reconocimiento es básico a la idea humanidad, pero no imperativo. Los bienes primarios instituidos en la teoría rawlsiana constituyen una forma de mitigar las consecuencias de quienes se encuentran en las circunstancias más desafortunadas producto del reparto inicial, o, en la práctica, de quienes no han sido afortunados por la lotería social o la natural; sin embargo, presentan un problema ya avizorado por Sen: los bienes no son valiosos por sí, sino por lo que pueden generar.

Así, los bienes primarios pueden constituir una buena idea para alcanzar un estándar de igualdad de oportunidades que permita que las personas tengan la posibilidad de vivir vidas plenas. Sin embargo, desde la perspectiva de Sen y de Nussbaum[87] el principal problema de una provisión de bienes es que no se tenga en cuenta los factores que inciden en su transformación en cosas que las personas valoran.

La diferencia entre estos autores, a nuestro modo de ver, es que Sen se concentra en la evaluación de políticas públicas para mejorar las condiciones de vida de las personas y en los derechos a este tipo de medidas, sin que pueda establecerse un derecho prestacional complejo, con todas las connotaciones que ello tiene. En este punto es donde crea el concepto de metaderecho que fue tratado en el capítulo dedicado a este autor.

Por otra parte, Nussbaum pretende establecer las bases filosóficas para unos derechos básicos, cuya efectividad no se agota por su formulación, sino por la incidencia de las obligaciones que se desprenden de estos en la creación o desarrollo de las capacidades de sus destinatarios. El enfoque de las capacidades no es una doctrina acerca de la moral, sino una doctrina inacabada de carácter político acerca de los derechos básicos, la cual establece unos derechos fundamentales para todos sus integrantes, los cuales son necesarios como presupuestos mínimos de justicia.

La denegación de estas garantías básicas constituye una afrenta muy grave a la justicia, pues llevan implícitas las nociones mismas de la dignidad humana. En criterio de Nussbaum, la lista de capacidades se considera como un agregado a las Carta Políticas de

[87] La diferencia de enfoques entre Sen y Nussbaum es explicada por esta última en los siguientes términos: "La alternativa es, pues, el «enfoque de las capacidades», el cual ha sido desarrollado en sentidos algo distintos por mí misma, en filosofía y por Amartya Sen, en economía. Sen centra el enfoque en una evaluación comparativa de la calidad de vida, aunque también le interesan las cuestiones de justicia social. Yo lo he usado, en cambio, como base filosófica para una teoría de los derechos básicos de los seres humanos que deben ser respetados y aplicados por todos los gobiernos de todos los países, como requisito mínimo del respeto por la dignidad humana. En *Las mujeres y el desarrollo humano* y otros textos sostuve que la mejor forma de plantear la idea de un mínimo social básico es un enfoque basado en las *capacidades humanas*, es decir, en aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de los que es una vida acorde con la dignidad del ser humano" (Nussbaum, 2007, pág. 83).

cada Estado, que deben incorporarlas como propias. El enfoque de las capacidades tiene por objeto establecer condiciones para que los recursos o bienes que se provean a una persona puedan ser transformados de manera eficiente por ella, hasta el punto de que se puedan crear verdaderas oportunidades. En criterio de Nussbaum, las capacidades son las respuestas a las preguntas, sobre que es capaz de ser y hacer una persona, esto es, un conjunto de oportunidades para poder elegir y actuar (Nussbaum, 2012, pág. 41).

A su vez, Nussbaum (2012) establece diferencias entre los conceptos de capacidades internas y capacidades combinadas. El primero hace referencia a los rasgos de la personalidad, capacidades intelectuales y emocionales, estado de salud y forma física, aprendizaje interiorizado o habilidades de percepción y movimiento (p. 41). De otra parte, expone que las capacidades combinadas constituyen la suma de las capacidades internas y las condiciones sociales, políticas y económicas, en las cuales puede darse un funcionamiento (p. 42). Así una persona que tenga la formación para desarrollar un pensamiento crítico político, pero que no puede exteriorizarlo porque su país reprime las opiniones contrarias al gobierno, tiene capacidades internas desarrolladas, pero no puede ejercer sus capacidades combinadas. De otra parte, un sujeto que se encuentre gravemente enfermo y que no se le brinde asistencia sanitaria, no tiene capacidades internas ni capacidades combinadas.

Aunado a ello, introduce la idea sobre la evaluación del ámbito sustantivo de protección de un derecho a partir de un *umbral mínimo para cada capacidad*, lo cual implica que no deben establecerse unos estándares de protección, por debajo del cual no se pueda predicar la existencia de un derecho, dado que "los ciudadanos no pueden funcionar de un modo auténticamente humano; la meta social debería entenderse en el sentido de lograr que los ciudadanos se sitúen por encima de este umbral de capacidad" (Nussbaum, 2007, pág. 83). Para establecer tal umbral, Nussbaum critica la evaluación que sobre el nivel de vida realiza la economía tradicional y las instituciones que direccionan la política internacional, esto es, aquella que se enfoca en clasificar estándares de cumplimiento y desarrollo humano basados en la medición del producto interno bruto *per cápita*.

Tal medición es criticada por la autora quien considera que el PIB, así como todos los otros enfoques que se fundamentan en el promedio nacional no tienen en cuenta a la distribución, razón por la cual pueden asignar calificaciones altas a países que presentan graves desigualdades, como por ejemplo en la Sudáfrica del Apartheid (Nussbaum, 2012, pág. 70). Sobre el particular coincidimos con la autora, pues como lo expusimos en una investigación anterior (Ruiz Rivera, 2014, págs. 58-59) el PIB constituye una metodología ineficaz para determinar el grado de desarrollo real de una sociedad y el nivel de protección y bienestar en esta. Esto tiene lugar porque no logra determinar el grado de desigualdad en la distribución de los recursos o el acceso efectivo a bienes de primera necesidad. Las implicaciones negativas de las mediciones que se realizan tomando en cuenta el PIB per cápita se pueden observar en gran medida en el acceso a los servicios de salud. Según estimaciones del Fondo Monetario Internacional, el PIB per cápita de Etiopía se calculó alrededor de los US $324 anuales, frente al de Canadá de US $45.428 en el mismo período.

En una medición *a priori* se puede concluir que el desarrollo (entendido como proceso que permite expandir libertades y no solamente el incremento de capital) es superior en el último de estos Estados, lo cual corresponde con la realidad. Así las cosas, parecería que la metodología del PIB per cápita, permite establecer una relación causal entre ingresos y desarrollo, por lo menos en el campo de la atención sanitaria. Sin embargo, tal función no tiene igual comportamiento en todos los casos y, de hecho, lo que muestra la experiencia es que el PIB no guarda relación directamente proporcional, con la asistencia sanitaria o con los derechos básicos para llevar a cabo proyectos de vida con plena autonomía. En la misma medición efectuada por el FMI (2011) se determinó que la media per cápita del PIB en los Estados Unidos, para el mismo período del ejercicio anterior, estaba alrededor de los US $46.859, a pesar de que resulta claro que en ese país no existe un servicio de salud de cobertura universal y se cuentan por millones las personas que no pueden acceder a servicios básicos de atención sanitaria.

Esto se explica porque el índice per cápita no mide la concentración de la riqueza, la cual puede estar concentrada en pocas personas o en una proporción reducida del total de los

miembros de una sociedad[88]. Como expusimos en una investigación anterior "es un hecho que los habitantes de Flint, Michigan; Sacramento, California; Stockton, California; Akron, Ohio; Merced California; Memphis, Tennessee; entre otras, no perciben tal cantidad de ingreso, pues están entre las ciudades más pobres de ese país. Pero, la cuestión central no versa sobre ciudades ricas o pobres, pues pueden configurarse diferentes tipos de nivel de ingreso o calidad de vida al interior de estas. Por tanto, el PIB per cápita resulta insuficiente para medir el grado de concentración de la riqueza, las inequidades o la desigualdad, debido a que este no estima el costo de vida" (Ruiz Rivera, 2014, pág. 59).

Resulta claro que las diferencias al interior de la sociedad son un tema no abordado por el PIB per cápita, pero el problema en realidad no se suscita porque una metodología haga algo para lo cual no están diseñada, la cuestión que acá evidenciamos, y por la cual somos críticos, es que este instrumento de medición sea empleado para determinar el grado de desarrollo de una sociedad, cuando tiene en cuenta las limitaciones al acceso básico en derechos independientemente si son individuales, sociales o colectivos, que en realidad (y con esto seguimos a Sen) son verdaderos indicadores del desarrollo.

A manera de ilustración se puede observar un estudio que realizó la Organización Panamericana de la Salud en Conjunto con la Organización Mundial para la Salud en el año 2003 (OPS - OMS, 2003). En este se tomó como muestra, a la población de niños menores de 5 años en la República de Bolivia, con el propósito de analizar las incidencias de la concentración de la riqueza en un mismo grupo poblacional por edad, sin importar el género, y se llegó a la alarmante conclusión de que se presentaba una tasa de mortalidad superior a un 500% en el quintil más pobre de la población, frente a la población del quintil más rico, esto es que "Bolivia, tiene una tasa de mortalidad de menores de 5 años superior a 150 por

[88] "Para observar ello las ciencias económicas nos brindan herramientas como el denominado, índice de concentración de la riqueza que se refleja por medio del coeficiente GINI (el cual mide el grado de inequidad en la distribución del ingreso de una determinada muestra de población) y se grafica por medio de la curva de Lorenz" (Ruiz Rivera, 2011, pág. 489).

año, en tanto que el quintil más rico tiene una tasa de 32 defunciones anuales" (Ruiz Rivera, 2014, pág. 59).

A conclusiones similares sobre la importancia de establecer las diferencias en la concentración del ingreso, frente a la medición que tiene lugar por el PIB per cápita, se puede llegar a partir de la lectura de Wilkinson (1989) quien expuso que las tasas de mortalidad para las poblaciones de Estados Unidos y de Inglaterra sufrieron una drástica disminución, cuando la brecha entre ricos y pobres se redujo, dado que el ingreso en los hogares con menores recursos aumento más en proporción con los que de mayores ingresos, con ocasión a la segunda guerra mundial, hecho que también repercutió en la disminución del índice de desigualdad para ese período específico (p. 307-335).

En este sentido, el enfoque de las capacidades tiene mucho sentido, si de lo que se trata es de responder a la pregunta respecto a si tenemos la obligación de ayudar a las demás personas, proporcionándoles asistencia sanitaria. Desde el punto de vista del desarrollo, los Estados no salen bien librados si no logran proporcionar estándares básicos en asistencia, dado que puede entenderse que la negación de estas prestaciones constituye una restricción de las libertades.

Consciente de que la teoría de Rawls resultaba insuficiente para resolver los problemas relacionados con la falta de capacidades, Nussbaum considera que su trabajo consiste en resolver algunas de las tareas inacabadas del contractualismo rawlsiano, específicamente sobre qué debe darse a las personas con deficiencias intelectuales o cognitivas. Para empezar, afirma que debe trabajarse sobre la definición de "personas normales", pues no toda persona con una deficiencia, con una discapacidad o minusvalía, se encuentra impedida para desarrollar capacidades que le conviertan en un ciudadano política o productivamente activo. Sobre el particular, afirma que las personas con tales características pueden ser altamente productivo en la sociedad, incluso en el nivel económico usual, sin tener en cuenta que están en una silla de ruedas, si sufren algún problema de orden mental, o presentan algún problema en sus sentidos (ciego o sordo, por ejemplo).

Así las cosas, aduce que en eso consiste el problema de las teorías contractuales hasta Rawls, pues parten de la base de que debe producirse un grado de marginalidad que resulta justificado por ser tolerable, dado que luego de la configuración de principios para una mayor proporción de personas es posible abordar los problemas generados con estos individuos en particular. Para Nussbaum una causa que explica tal situación es que se ha naturalizado que la sociedad y sus productos funcionan sobre objetivos y personas normales y no se tiene en cuenta que en realidad la sociedad es la que debe adaptar las condiciones del entorno para incluir a estos sujetos. Sobre tal asunto señala:

> "Su relativa falta de productividad bajo las actuales condiciones no es «natural», es el producto de una organización social discriminatoria. Las personas que usan silla de ruedas pueden moverse perfectamente y hacer su trabajo; sólo hace falta que los edificios tengan rampas, los autobuses un acceso adaptado, etc. Las personas ciegas pueden trabajar más o menos en cualquier lugar en nuestros días gracias a las diversas tecnologías auditivas y firmas táctiles; sólo hace falta que el lugar de trabajo incluya dichas tecnologías. Las personas sordas pueden usar e-mail en lugar del teléfono, así como muchas otras tecnologías visuales; de nuevo, sólo hace falta que los lugares de trabajo se diseñen de una forma que permita integrar a estas personas" (Nussbaum, 2007, pág. 125).

Sobre este mismo punto Herr, Gostin y Koh afirman que el problema realmente se encuentra en una sociedad que establece que los individuos con capacidades limitadas tienen problemas, cuando en realidad la dificultad puede percibirse en una sociedad que no se adecua a las nuevas dinámicas de las relaciones entre personas y la diversidad funcional que puedan tener. Así las cosas, asevera que la igualdad "pone fin a nuestra tendencia a percibir «defectos» en el individuo, y traslada nuestra atención hacia las deficiencias en los mecanismos sociales, y económicos que no son capaces de integrar las diferencias" (Herr, Gostin, & Koh, 2003, pág. vi).

Nussbaum señala que las partes en la posición inicial deben desconocer si sufren algún tipo de deficiencia física, pues de esta manera escogerán principios que les favorezcan en caso de caer en tal situación en la lotería natural o en el evento en que surjan circunstancias en la vida que generen una enfermedad compleja o problemas de discapacidad. Esta propuesta parte de un supuesto lógico: en la teoría de Rawls las personas si saben que problema de salud tendrán, o, de hecho, saben que no tienen ningún problema de salud grave, pues esto no les permitiría estar en el círculo de elegidos que configuraran los principios políticos fundantes. La participación de estas personas en la posición inicial resulta necesaria para que surjan principios que les permita el desarrollo de una vida en la cual tengan igualdad en las oportunidades y se mitiguen las consecuencias de la lotería natural o del infortunio.

Aunque Nussbaum no articula la presencia de estas personas con la selección de bienes específicos, de su lectura se puede intuir que la representación de estas personas en la posición original establecería unos presupuestos básicos, esto es una relectura de la propuesta de Rawls sobre bienes primarios, pero en este caso, los nuevos invitados a dialogar sobre os principios probablemente escogerían los expuestos por Nussbaum dado que se enfocan en el desarrollo de capacidades que resultan necesarias para integrar a estas personas a una sociedad sin tener mayores desventajas comparativas o por lo menos haciendo tolerables las que llegaren a presentarse.

Aunque, de la mano de Sen, Nussbaum considera que establecer un listado de capacidades puede dificultar un proyecto para establecerse una teoría de la justicia, dado que puede establecer limitaciones que se erigirían como restricciones futuras a su propuesta, considera adecuado, por lo menos, presentar una lista que tenga por objeto indicar cuales capacidades son indispensables para el desarrollo humano y para el ejercicio de la libertad. En tal sentido afirma:

> "(…) la idea que hay detrás del uso de una lista única no es que haya una única forma de realización para el ser humano, sino más bien que un grupo de

ciudadanos razonables puede estar de acuerdo en que esas capacidades son requisitos importantes para cualquier concepción razonable de la realización humana, a partir de una concepción política de la persona como un animal político, a la vez digno y necesitado; y, por lo tanto, que constituyen una buena base para definir los derechos políticos básicos en una sociedad justa" (Nussbaum, 2007, pág. 187).

Por supuesto, esto tiene razón de ser porque considera que algunas capacidades son nocivas para la vida en comunidad y por ende no deben tener la protección estatal, como por ejemplo la que se emplea para discriminar a las personas por razones de raza, sexo o discapacidad, o la que se tiene para contaminar el ambiente. El hecho de tener la capacidad de poder ejercer un derecho a votar no puede compararse con las capacidades de conducir un vehículo peligroso sin el respectivo casco.

Por ello, la noción de capacidades es más amplia que la de derechos fundamentales e incluso derechos humanos, dado que algunas de estas son triviales o incluso malas, asunto diferente es que las capacidades centrales (esto es, aquellas consideradas buenas e importantes para la vida humana) tengan correspondencia con las listas de derechos humanos (Nussbaum, 2012, pág. 89). Así las cosas, resulta necesario establecer una lista abierta e inacabada, pero con los elementos básicos que resultan necesarios para la justicia. Efectuada esta precisión, el listado de capacidades básicas (también denominadas capacidades centrales)[89] presentado por Nussbaum es el siguiente:

"1. Vida.
2. Salud física.
3. Integridad física.
4. Sentidos, imaginación y pensamiento.

[89] En su obra *Crear capacidades* (2012), Nussbaum da precisión al concepto de capacidades y propone que aquellas enlistadas en su obra de 2007 en realidad corresponden a las capacidades centrales. Cfr., Nussbaum (2012) págs. 88-89.

5. Emociones.
6. Razón práctica.
7. Afiliación.
8. Otras especies.
9. Juego.
10. Control sobre el propio entorno"[90].

La importancia de estas es que son constitutivas de la dignidad humana y la ausencia de alguna de estas generaría una afectación directa de tal principio, a tal punto que puede devenir en su negación (p. 89), razón por la cual compartimos con Nussbaum que tales capacidades resultan importantes porque su ausencia devendría en la marginalización de personas en la sociedad, incluso de aquellos que tienen medios económicos o que no sufren de algún problema de discapacidad. Así, desde la perspectiva de esta autora se puede concluir que la prestación de un servicio de atención sanitaria resulta importante e incluso determinante para que estas capacidades puedan lograrse.

Ahora bien, ¿cuál es el nivel adecuado de garantía de tales capacidades? No hay una respuesta definitiva en términos de cantidad, pero Nussbaum propone que establezcamos los mínimos, para lo cual emplea el concepto de *umbral*, el cual se refiere a un parámetro de medición por debajo del cual sea justo decir que no se ejerce tal capacidad. De esta manera las personas no sólo tienen derecho al ejercicio de una capacidad como la *vida*, sino a una acorde con un sentido de dignidad y en la cual pueda ejercer los derechos para que la misma valga la pena. Por supuesto, esto depende, afirma Nussbaum, del reconocimiento que cada Estado otorgue al ejercicio de capacidades, ya sea por la vía de los derechos o el desarrollo de políticas.

Resulta claro que el camino debería ser el de establecer las capacidades tal como se hace con los derechos humanos y con establecer una obligación en cabeza de la humanidad

[90] Cfr. Nussbaum (2007), pág. 89.

entera de su reconocimiento y posterior garantía efectiva. Sin embargo, esto tiene fuertes limitaciones estatales establecidas por la cantidad de recursos disponibles. Así las cosas, puede hablarse de un nivel de derecho o nivel en el ejercicio de las capacidades que dependería del lugar en el cual se pretenden materializar, pero que tiene unos límites fijos por lo bajo, esto es un nivel mínimo para que se entienda satisfecha una garantía. Por supuesto que esto genera graves problemas, pues tal como expone Nussbaum puede haber variaciones en materia de reconocimiento de capacidades dependiendo del territorio, lo cual genera problemas de desigualdad, pero es un asunto inevitable, que aún no tiene una respuesta (Nussbaum, 2003, pág. 33).

Sin embargo, desigualdades excesivas en el reconocimiento de algunas capacidades puede llevarnos a concluir, señala Nussbaum, que existe una vulneración en relación con la dignidad de las personas. En el campo de la vivienda no existe tal vulneración, pues el hecho de que alguien tenga una casa más grande que otro no significa en nada el desconocimiento de la dignidad, pero en aquellos asuntos, como en la asistencia sanitaria, en la cual a unas personas se les da más que a otras, con cargo a recursos públicos, dependiendo de donde residan, puede generarse un asunto de trato discriminatorio que no encuentra justificación alguna.

En ese sentido Nussbaum afirma que tales situaciones deben generar importantes reflexiones, pues la desigualdad es un asunto que no se puede dejar de lado si se pretende construir una teoría de la justicia. Incluso piensa en transferencias de recursos de orden transnacional, pero no profundiza mucho sobre el tema. Sobre el particular consideramos que una teoría que pretenda establecer si debe garantizarse asistencia sanitaria debe concentrarse en primera medida en resolver tal medida y, tal como lo establece el enfoque de las capacidades establecer un umbral mínimo para que se entienda satisfecho tal derecho o para que se entienda cumplido tal servicio. Las diferencias que se den por encima de estos mínimos, es decir cuando se traspasa el umbral es un asunto que requiere nuestra atención, pero esta tesis no es el escenario para ello, pues desborda nuestro campo de estudio.

## 3.3. Las motivaciones del desarrollo de las capacidades

> *"Durante siglos nos han estado dando una versión deformada de los motivos que unen a las personas para formar una sociedad".*
>
> Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia*, 2007: 225.

Nussbaum considera que la visión presentada por Hume sobre las motivaciones de la cooperación con nuestros semejantes tiene un carácter sombrío. Las circunstancias de la justicia en ese autor están motivadas por el interés y beneficio mutuo. Sin embargo, afirma que esto deja de lado que los seres humanos no sólo se encuentran motivados por tales fines, sino por la simpatía, la benevolencia, los lazos de amor y compasión que entretejen con sus semejantes e, incluso, por el amor a la justicia tanto como por la necesidad de esta (Nussbaum, 2001, capítulos 6-8).

Rawls parte de la idea de Hume y establece que los principios políticos deben seguir la ruta del beneficio mutuo, en este punto Nussbaum (2007) se separa pues su enfoque de capacidades considera que el beneficio es un elemento importante para abandonar la ficción del estado de naturaleza, pero a ello concurren otra motivación: que las personas son incapaces de imaginar una buena vida que no implica experiencias y fines compartidos (p. 166).

Al respecto consideramos que resulta acertado este punto en Nussbaum, los seres humanos claramente desarrollan acciones buscando su beneficio propio, pero también actúan por el beneficio de los demás, pues esto les reporta satisfacción. De todas formas, si estas razones no son convincentes, dado que se puede pensar que la satisfacción de los semejantes también es una manera de satisfacción propia puede apelarse a una razón de orden superior: la empatía.

La mayoría de los seres humanos sienten afecto hacia las demás personas, siente indignación cuando ven a sus semejantes en situaciones en las cuales no pueden satisfacer sus necesidades básicas. Muchas razones pueden explicar tal situación, la empatía ciertamente puede tener múltiples orígenes, como la compasión o que vemos reflejados nuestros más profundos miedos en la situación de los demás. Esto, además, puede explicarse porque asimilamos que algún día podemos ser nosotros, o nuestros seres amados o simplemente cualquiera digno de nuestra consideración, quienes nos encontremos en una situación en la cual se necesitemos de la ayuda de los otros.

Estas por supuesto pueden ser motivaciones válidas para brindar ayuda a nuestros semejantes, pero Nussbaum hace un énfasis especial en la razón práctica, pues considera que existe una idea de la bondad en los seres humanos, que puede ser enfocada en una teoría sobre el bien, la cual nos lleva a tener actos beneficencia hacia los demás, lo cual genera que la teoría del enfoque de las capacidades no sólo sea una teoría del desarrollo (visión más cercana a Sen), sino una teoría moral y filosófica sobre lo que debemos a otras personas.

Claramente este tipo de razonamiento de Nussbaum refleja el carácter transcendental que quiere darle a los principios que ordenan a la sociedad, de los cuales las capacidades solo serían un reflejo o una manera de llevarlos a cabo, lo cual guarda similitud con las ideas de Kant y de Rawls, en relación con una idea de respeto a unas garantías básicas que anteceden a todo razonamiento sobre el beneficio en común, en Kant manifestada por la autonomía y en Rawls por el sistema más amplio de libertades. Sin embargo, discrepa de estos autores en otros asuntos como el carácter inescindible entre la animalidad del ser y su personalidad, aspecto que permite la exclusión de algunas personas de la posición original.

Sin perjuicio de lo expuesto, la influencia de la tradición liberal en Nussbaum es evidente y, por ende, las motivaciones de su teoría parten de una concepción del orden y la justicia basadas en la libertad y en la razón práctica. Este asunto resulta relevante para comprender por qué la libertad tiene un lugar tan amplio en su propuesta incluso al punto en el cual establece sendas diferencias entre los límites de imponer a los demás algunas acciones

para su propio bien. Sobre el particular se puede apreciar como Nussbaum tiene serias dudas sobre la promoción de los funcionamientos en las áreas de deficiencia y discapacidad.

De manera concreta considera que obligar a las personas a desarrollar funcionamientos (por ejemplo, desarrollar estilos de vida saludables como meta social) en vez de garantizarles la oportunidad de optar por una vida saludable a partir de la libertad que tienen para ello, pueden generar problemas en la autonomía y en el sistema más amplio de libertades a las cuales se ha comprometido en su modelo teórico. En ese sentido señala:

> "Yo adopto una línea más libertaria en este caso, es decir, no estoy a favor de políticas que ilegalicen funcionamientos poco saludables como el boxeo, el sexo no seguro, el fútbol y el hábito de fumar, aunque parece muy adecuado en estos casos educar sobre los riesgos que suponen, y sería justo penalizar el daño infligido a otras personas (por ejemplo, al no informar a un compañero sexual de que se es seropositivo)" (Nussbaum, 2007, págs. 177-178).

En ese sentido considera que las personas deben tener la oportunidad de planificar su propia vida, sin que ello esté medido por el miedo o por la sumisión a una autoridad, incluso si esto tiene riesgos asociados a su salud. Sin embargo, debido a la idea de la razón práctica, este ejercicio de la libertad tiene límites precisos en la idea misma de humanidad. De esta manera, considera que la elección sobre algunos funcionamientos no es facultativa o contingente, sino que debe imponerse como en el caso de la dignidad.

Esto implica que por más que una persona no quiera ser tratada de manera digna o quiera ponerle precio a ella, no puede la sociedad avalar tal conducta, sino que se impone un trato obligatorio para protegerle tal garantía inescindible de su condición humana. Así las cosas, aunque no pueda obligarse a una persona a ser digna, el Estado no exime de la responsabilidad a quien traspase tal límite aun con el permiso de quien desee renunciar al trato digno.

De manera similar, afirma que las personas no deberían ser obligadas a optar por determinados tratamientos médicos o por medicamentos, o tener determinado estilo de vida saludable, sino que se le debe brindar información sobre esto, con el propósito que decida que curso de acción tomar. La información en este punto contribuye con el incremento y desarrollo de sus capacidades, en tanto que la obligación a adoptar determinadas decisiones es la imposición de un funcionamiento que cercena la libertad, pero ello también tiene sus excepciones, como en el caso de las personas con deficiencias mentales a las cuales, en muchos casos, habrá que garantizarles el funcionamiento más que la propia capacidad. Sin embargo, el asunto es determinar cuando tienen lugar tal situación y no pretender restringir la libertad de las personas por considerar que hacemos lo mejor para ellas, sino estar disponibles para cuando requieran, en realidad, del apoyo de los demás.

Todos deben poder acceder y ejercer las capacidades que se requieren para una buena vida. En el caso de las personas que presentan problemas de salud que limitan en algún grado su autonomía para adoptar decisiones puede funcionar un modelo de tutela, en el cual no se establece una nueva lista de capacidades, como si tales sujetos no pertenecieran al conjunto de los seres humanos, sino que se establece un sistema de apoyos en el cual una persona facilita el acceso de esa persona a las capacidades básicas (Nussbaum, 2007, pág. 202). Entonces, el reto consiste en brindar el mayor nivel de autonomía posible, sin dejar al arbitrio de la suerte la situación de las personas que requieren apoyos. En todo caso, siempre dependerá del análisis de la situación particular. No cruzar la línea, para denegar los derechos de los otros, es la gran tarea.

## 3.4. La asistencia y el papel de las instituciones

Como afirma Nussbaum algunos seres humanos requieren de asistencia para poder llevar a cabo sus vidas, por la necesidad de dependencia aguda o asimétrica que pueden llegar a desarrollar en el transcurso de su existencia. Esto nos conlleva a la pregunta sobre qué lugar ocupa la asistencia en una teoría de la justicia, por lo menos para las personas que requieran inevitablemente del apoyo de los demás.

Sobre el particular Nussbaum (2007) señala que la asistencia no formaría parte de la lista de capacidades, así como tampoco sería un elemento extra de las mismas, sino que debe entenderse como un factor que se aplica a todas estas, algo así como una condición presente en el ejercicio de las capacidades, para las personas que requieren de la asistencia por presentar discapacidades, enfermedades, por ser menores (que no pueden adoptar decisiones informadas y responsables) o por tener afectaciones en su integridad personal. En síntesis: "dado el lugar íntimo y fundamental que ocupa la asistencia en la vida de los asistidos, debemos decir que abarca, o debería abarcar, todo el espectro de las capacidades humanas básicas" (p. 175).

Una buena asistencia repercute directamente en el desarrollo de las capacidades y en la manera como los derechos, los bienes, la riqueza o el ingreso, pueden ser empleados por las personas para su bienestar. La transformación de estos elementos en verdaderas oportunidades no se da simplemente por su garantía, sino a partir de la aproximación a las necesidades de las personas y la manera en que los referidos elementos inciden en sus vidas.

Compartimos con Nussbaum que resulta meridianamente claro que tanto los asistentes como los asistidos sufren de un conjunto de desventajas que se encuentran determinadas por la mala ordenación social. En el caso de los primeros, por las ventajas que la propia sociedad impone para su inclusión y por dejar el problema a un lado manifestando que los contribuyentes destinan fondos precisamente para no tener que preocuparse por tales problemas. En el caso de los segundos, muchas veces no hay una decisión libre de querer

asistir al otro, pero no queda más remedio debido a la indolencia de la sociedad o a las obligaciones que surgen por ministerio de la ley, en específico por los vínculos al interior de la familia. Sobre este punto, Nussbaum (2007) considera que resulta necesario trabajar en un razonamiento práctico que "convirtiera la elección de cuidar de una persona dependiendo en una auténtica elección, en lugar de una imposición" (p. 177).

De otra parte, la asistencia requiere no sólo del ejercicio individual por parte de sujetos cuidando de otros, sino de la acción colectiva de la sociedad, no sólo en la ejecución de planes de políticas públicas, sino en su formulación, así como en el reconocimiento de derechos. Sin embargo, esto nos hace preguntarnos a partir de qué mecanismo se puede llevar a cabo tal acción colectiva. Resulta claro que por colectiva se indica que todos deben concurrir para ello, pero claramente por cuestiones logísticas no todos pueden participar en tal accionar, entonces, ¿en cabeza de quien se encuentra la formulación, la ejecución y la evaluación de las políticas que tienen por objeto el desarrollo de las capacidades, o la vigilancia sobre los derechos que las incorporan?

Thomas Nagel (1991) considera que la solución a esa situación, así como a todos los que puedan relacionarse con ello, puede establecerse en cabeza de las instituciones, garantizando, de todas maneras, que los individuos tengan amplias facultades discrecionales para decidir sobre sus vidas, por fuera de las obligaciones que tales instituciones les exijan en determinados asuntos. En el mismo sentido Nussbaum (2007) considera que las instituciones establecen la obligación de sostener las capacidades de todos hasta el nivel en el cual se puede alcanzar el umbral mínimo para que se den por reconocidas. Luego, lo que las personas hagan con sus bienes, con tiempo, con sus vidas en general, no es su asunto y por tanto existe libertad en tal plano, pero se garantiza que todos contribuyan en un escenario que resulta de especial atención para todos como colectivo, en el entendido que incorpora el ámbito de la solidaridad (p. 305-306).

Esto no presenta inconformidad con la idea propia del liberalismo sobre las libertades individuales y los escenarios de no intromisión estatal, pues tal doctrina demanda que se

respeten unos derechos mínimos inviolables, pero que también exista un compromiso ético frente a otras personas. Trazar la línea entre los escenarios vedados al Estado no resulta muy complejo en ese asunto, pues los gobiernos tan poco pueden invadir la libertad so pena de convertir sus mandatos en una dictadura y soslayar los principios de pluralismo y diversidad. Así las cosas, "la estructura general del liberalismo político impone la existencia de una esfera de elección ética fuera de aquella que sea políticamente obligatoria" (p. 306).

Así las cosas, Nussbaum considera que no es muy difícil defender la pertinencia de las instituciones en un sistema con pretensiones políticas liberales. Estas toman muchas formas en el orden interno, en la administración, en el parlamento o las cámaras legislativas, en la actividad judicial, en los órganos de control, etc. En el ejercicio de sus actividades regulares, resulta claro que las instituciones son mecanismos que fomentan la promoción de las capacidades, dado que defienden principios generales sin los cuales no sería posible garantizarlas, como por ejemplo la separación de poderes, el control judicial, la garantía de derechos fundamentales. Sobre estas es pertinente mencionar que no sólo fomentan las capacidades, sino que son constitutivas de estas, verbigracia: el control sobre el propio entorno y la afiliación.

Las instituciones también permiten la racionalización de los recursos necesarios para garantizar las capacidades, a partir de la lucha contra la corrupción o el estudio técnico que realizan algunos órganos que tienen por objeto garantizar prestaciones como la salud y la educación (Nussbaum, 2007, págs. 308-309). No obstante, la consolidación de estas instituciones debe ser a nivel local, pues en criterio de Nussbaum un Estado global presentaría problema de control, específicamente sobre la rendición de cuentas a sus ciudadanos. Aunado a ello, fomentaría la hegemonía en el campo de la cultura y la lingüística, lo cual atentaría gravemente contra la diversidad como valor humano, la cual, incluso en la actualidad con la existencia de diversos Estados se encuentra en peligro de desaparecer, además de cercenar la autonomía y autodeterminación de los pueblos.

Aunado a ello, existen razones pragmáticas para que no exista un Estado como institución global para la garantía de derechos y capacidades, la cual es que se pierde la posibilidad de que, si un Estado global se volviera injusto y tiránico, no existiría una presión externa que obligase a retomar un camino garante de los derechos. Esto resulta importante pues la pluralidad de Estados permite estos llamen la atención sobre violaciones de derechos y adviertan a sus pares sobre el particular so pena de llevar a cabo una intervención de carácter económico o militar.

De no ser así, explica Nussbaum, sólo quería el camino de la rebelión interna, el cual presenta mayores dificultades de triunfo y genera mayores divisiones. De hecho, afirma, que las peores tiranías de los tiempos modernos no han podido ser derrocadas sin presión proveniente del exterior (Nussbaum, 2007, pág. 309). Con fundamento en ello propone que la alternativa a un Estado mundial es la descentralización institucional a nivel global. Específicamente estaría conformada por las estructuras nacionales básicas, con su diversidad y su forma particular de adoptar normas en su interior, pero estableciendo unos mandatos mínimos en materia de protección de derecho, sobre los cuales serían responsables.

Otro componente serían las grandes empresas multinacionales, las cuales tendrían responsabilidades concretas en la promoción de las capacidades en cada uno de los territorios en los que operen y realicen negocios. Aunado a ello debe solicitarse el concurso de entidades multinacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización de las Naciones Unidas, así como los Tribunales de carácter internacional. Finalmente, también deberían concurrir entidades no gubernamentales de diversa índole. A pesar de que pueda señalarse que el sistema funciona de manera similar a los expuesto por Nussbaum, ella llama la atención sobre cómo se ha llegado a tal punto, pues considera que la situación actual ha sido la combinación de diversos factores históricos, pero no de una "reflexión normativa deliberada" (p. 311).

## 3.5. Los principios para una estructura global en la expansión de las capacidades

> *"El cosmopolitismo en su sentido más literal es poco probable y poco atractivo. Sin embargo, los filósofos de la política a veces interpretan la idea de ciudadanía global en un sentido diferente, no como una forma de gobierno, sino como una propuesta sobre la forma de pensar y de actuar que deben adoptar las personas".*
>
> David Miller, *Filosofía política: una breve introducción,* 2011: 179.

Aunque Nussbaum reconoce que en la práctica la mayoría de estas entidades actúan por criterios éticos sobre el deber ser, dado que no tienen una estructura superior que les obligue a cumplir con un conjunto determinado de tareas, Nussbaum expone que la justificación de tal orden de cooperación se fundamenta en un viejo enfoque de la ley natural: "los requisitos del nivel global son requisitos morales que ningún conjunto de estructuras políticas coercitivas llega a captar por completo" (p. 311). No obstante, pueden formularse algunos principios, que en el orden dado pueden contribuir a promover las capacidades en mundo claramente desigual, los cuales han sido denominados por Nussbaum (2007) como los diez principios para la estructura global, los cuales exponemos a continuación:

1. *Sobredeterminación de la responsabilidad: en el ámbito nacional interno no puede nunca rehuirla.* De conformidad con este principio debe exigirse a las naciones que dispongan de todo lo que esté a su alcance para garantizar las capacidades, pues, en la mayoría de los casos, no puede excusarse de su deber tratando de establecer responsabilidades en la comunidad internacional.

Tal como expuso Sen, afirma Nussbaum, la mayoría de las hambrunas, por ejemplo, pueden evitarse aunando esfuerzos desde los gobiernos locales. Esto implica que el primer responsable, en relación con la garantía de capacidades esté en el orden interno. Como expuso

Abramovich y Courtis (2004), este tipo de obligaciones son reales y verificables, dado que la obligación de estatal de disponer "hasta el máximo de lo posible" no es retórica, sino que los gobiernos adopten una serie de planes de acción a efectos de demostrar su compromiso[91].

Esta empieza por no imponer medidas de carácter regresivo, salvo justificación imperiosa, además de proteger el estándar protección alcanzado en los derechos, lo cual puede entenderse como el respeto por un umbral mínimo por debajo del cual se entiende incumplida la obligación. A su vez, establece la obligación de protección progresiva, esto es avanzar en la medida de las posibilidades, con medidas concretas, para ampliar el ámbito de protección sustantiva de los derechos, reducir los requisitos para el acceso a los mismos y disponer mayores porciones de presupuesto a su satisfacción (págs. 23-25; 95-100).

2. *La soberanía nacional debe ser respetada dentro de los límites de la promoción de las capacidades humanas*. Esto implica que solo en circunstancias excepcionales de restricción de las capacidades puede generarse una intervención en la soberanía de un Estado. Si bien los instrumentos de derecho internacional público fungen como una herramienta coercitiva debe tenerse en cuenta si un acto de injerencia se encuentra debidamente justificado y debe actuar como *ultima ratio* (p. 312).

Consideramos que este punto resulta importante pues debido a las asimetrías del mercado y las diferencias en la apropiación de recursos producto de conflictos históricos, la forma en que las naciones pueden satisfacer sus necesidades tiene particularidades. La manera en que se satisfacen necesidades en los países más desarrollados y ricos, frente a los más pobres claramente muestra diferencias que pueden llevar a conclusiones *a priori* sobre una vulneración de garantías básicas o fundamentales, las cuales no siempre están dotadas de certeza, sino que parten de elementos subjetivos.

[91] El tema sobre las obligaciones derivadas del principio de progresividad y prohibición de regresividad, así como la obligación estatal internacional sobre estas materias, fue abordado en los capítulos: "Hacia una era de exigibilidad. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos" y "Las dificultades y las críticas de la categoría de metaderecho propuesta por Sen en la materialización de derechos con contenido prestacional".

La mejor forma de evitar este tipo de situaciones, son las evaluaciones que se realizan sobre el cumplimiento de derechos, que son efectuadas por las organizaciones encargadas de la vigilancia sobre el cumplimiento de los derechos humanos. Por ejemplo, el CESCR establece unas metas globales en materia de derechos de carácter progresivo, para también analiza la situación concreta de cada país y estudia los avances de estos en relación con su capacidad institucional y económica.

A su vez, al interior de los propios Estados existen instituciones que vigilan el cumplimiento de pactos como el PIDESC y establecen obligaciones concretas a los gobiernos para el goce de los derechos contenidos en este, so pena de establecer responsabilidad, con la correspondiente sanción disciplinaria a los funcionarios incompetentes o el pago por indemnización en caso de perjuicios irremediables.

En Colombia, la Corte Constitucional establece estándares de cumplimiento en materia de derechos, a partir de la creación de salas especiales de seguimiento a casos que resultan paradigmáticos para la consolidación de capacidades humanas, estándares mínimos de protección de derechos humanos o la medición del nivel de cumplimiento de derechos de carácter progresivo. Por ejemplo, existe una Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, en la cual se verifica el avance del Estado en materias complejas como en casos de desplazamiento forzado, dado que el conflicto armado interno en ese país dejo un saldo de siete millones ochocientos mil personas víctimas del delito de desplazamiento forzado, de conformidad con cifras de (ONU. ACNUR "United Nations High Commissioner for Refugees", 2019). También existe una Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, por medio de la cual se analiza el grado de cumplimiento del Estado colombiano en la satisfacción, goce, acceso, integralidad y continuidad en materia de salud y se analizan los resultados frente a las indicaciones expuestas en el PIDESC, el CESCR y sus observaciones generales en materia de derechos sociales, concretamente la OG. No. 3 (derecho a la vida), OG. 14 (. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud) y la OG. No. 15 (El derecho al agua).

Así las cosas, la verificación del grado de cumplimiento al interior de cada Estado, a partir de sus propias instituciones y las pertinentes desde el escenario internacional, resultan determinantes para evaluar si se requiere algún tipo de intervención estatal.

3. *Las naciones prósperas tienen la responsabilidad de dar una porción sustancial de su PIC a otras naciones más pobres.* Nussbaum (2007) expone que las naciones ricas deberían prestar colaboración a las más pobres, incluso cuando se satisface el umbral mínimo, dado que resulta injusto que estas últimas tengan que sortear más obstáculos para cumplir con sus compromisos fundamentales (p. 311-312). Incluso, considera que las naciones ricas deben destinar una porción de su PIB (tentativamente del 2%) para ayudar a las naciones más pobres. Esto se justifica porque sería *indecente* que en un mundo en el cual muchos seres humanos disfrutan de lujos que no satisfacen necesidades reales, en el que hay privaciones, en el cual, a pesar de lo expuestos, existen ideas sobre el respeto y cooperación mutua "no se obligara a una redistribución muy significativa" (p. 312).

Al respecto, tenemos que decir que el argumento sobre la igualdad abordado en este punto nos parece problemático. Debemos dejar claro si pretendemos un estándar de atención mínima decente o uno de igualdad en las prestaciones. En un mundo donde no hay un acceso garantizado a prestaciones necesarias para que se entiendan satisfechas las necesidades relacionadas con la asistencia sanitaria, parece pretencioso establecer estándares de igualdad cuando se supera el umbral mínimo.

Por supuesto que el problema de la desigualdad es de la mayor relevancia, pero debe diferenciarse lo importante de lo urgente. En el actual estadio de la historia humana importante es que las diferencias de ingreso y recursos no tengan una incidencia determinante en la prestación de servicios de salud y todas las personas puedan gozar libremente de los beneficios científicos en materia de salud, sin importar su condición social, económica y cultural.

De otra parte, urgente es que es que se garantice un derecho a la asistencia sanitaria básico, que por lo menos supere un umbral mínimo de calidad, para que las personas puedan vivir vidas dotadas de dignidad. Ambas, por supuesto, son discusiones relevantes y exigen una adecuada fundamentación. Sin embargo, lo urgente debe resolverse cuanto antes, lo importante puede abordarse una vez se hayan resuelto los asuntos urgentes. El debate sobre la igualdad en materia de calidad de los servicios de salud, a pesar de su importancia, desvía la atención sobre el problema de características urgentes, como lo es el acceso a la asistencia sanitaria.

Por cierto, es claro para nosotros y para cualquier que estudie estos asuntos por ser evidente, que el mundo es desigual, que no es posible, por lo menos en muchos años, que se garantice un ingreso paritario a todas las personas, pero que incluso las dificultades de la igualdad no residen en algo tan básico como la renta y los ingresos, sino en elementos culturales y en la forma en la que las sociedades abordan el tema de la inclusión. Como se verá en los capítulos posteriores, el asunto que nos interesa no es la eliminación de la igualdad, o la construcción de una sociedad utópica, sino la forma de reducir las injusticias con los elementos y dinámicas presentes en este preciso momento histórico.

La cuestión con el argumento de Nussbaum es que llama la atención sobre la igualdad e incluso habla de injusticia en el escenario posterior al cumplimiento de los umbrales mínimos de satisfacción de capacidades, lo cual no tiene nada de malo, pero deja de lado la cuestión principal, sobre la falta de acceso. Posiblemente Nussbaum sea una avanzada para su época y esté enfocada en problemas posteriores a la resolución de los presentes, pero nosotros pretendemos aunar nuestros esfuerzos en resolver las injusticias presentes y los problemas en una dimensión más concreta. Buscamos la llave que nos permita acceder a la máquina, luego podremos buscar o reemplazar uno de sus engranajes para que funcione mucho mejor.

4. *Las grandes empresas multinacionales tienen responsabilidades a la hora de promover las capacidades humanas en las regiones en las que operarán.* Nussbaum afirma que, hasta el momento, las empresas se guían de manera principal por los beneficios económicos que les reportan las actividades a las que se dedican, sin perjuicio de las iniciativas que tienen para destinar grandes sumas de dinero para actividades benéficas en los lugares donde operan. Sin embargo, en lo expuesto, no existe un criterio de responsabilidad moral de estas, sino que todo gira alrededor del cumplimiento de las normas que les permiten desarrollar su objeto social, por lo cual las ayudas destinadas a causas benéficas no deberían constituir un asunto de voluntad, sino un compromiso por el hecho de generar riqueza.

La destinación de estos recursos debería tener como propósito la formación de las personas para que puedan desarrollar sus capacidades políticas, formar planes de vida y poder adoptar decisiones consentidas, entre otras. A su vez, debe existir una responsabilidad que tenga una relación directa con las actividades empresariales, de esta manera, las compañías que se dediquen al desarrollo de medicamentos deben contribuir en los lugares en los cuales operan a la reducción de las enfermedades, a su prevención o tratamiento.

5. *Las principales estructuras del orden económico mundial deben estar diseñadas de tal modo que sean justas con los países pobres y en vías de desarrollo*. En este punto señala que resulta un hecho que los países pobres tengan mayor dificultad en la protección de los derechos de sus ciudadanos, dado que los organismos internacionales encargados de la financiación establecen parámetros difíciles de cumplir para economías en vías de desarrollo[92]. Nussbaum afirma que el hecho de que algunos Estados logren dar a todos sus habitantes alimentación no significa que sea justo que tengan que hacer un esfuerzo muy

[92] La justicia o no de este hecho es un asunto de debate actual en las ciencias económicas. Para profundizar en este consultar: Friedman (2002) y Stiglitz (2002).

superior que otros[93], pues es evidente que los países pobres no pueden cumplir con todas sus metas e incluso obligaciones en materia de capacidades sin la ayuda de otros más ricos.

En esto debe tenerse especial atención, pues resulta importante que los países se encuentren debidamente representados en las instituciones que establecen las directrices para el desarrollo. Es cierto que debe establecerse una dirección técnica que cuente con la experticia para lograr las metas de un desarrollo sostenible, pero vale la pena preguntarse hasta qué punto resulta un ejercicio democrático que se adopten decisiones que son de muy difícil cumplimiento y que pongan en aprietos a Estados que no tienen la capacidad de observarlas al pie de la letra.

La democracia no sólo es la adopción de decisiones por parte de la mayoría, sino la posibilidad de incidir en estas, por medio del respeto por las posiciones divergentes y la objeción a las decisiones que afectan la vida de los ciudadanos en un determinado Estado. Desde esta óptica resulta necesario reevaluar el grado de participación de los Estados en las decisiones que les conciernen y adoptar medidas para la inclusión, a partir del respeto por la diferencia. Así, las entidades internacionales no pueden cerrarse al cumplimiento de una doctrina sobre el desarrollo que no tenga en cuenta las demandas globales y las necesidades de un mundo cambiante.

6. *Deberíamos cultivar una esfera pública global tenue, descentralizada, pero contundente.* En criterio de Nussbaum, aunque no es apropiado aspirar a un Estado mundial, no razones para que se instale un sistema "poco denso de gobierno mundial, cuenta con -al menos- algunos poderes coercitivos", lo cual no es incompatible con la idea de la soberanía y la libertad de las naciones (Nussbaum, 2007, pág. 315).

[93] Este es un asunto de debate, toda vez que hay quienes afirman que la redistribución de riqueza a personas que no intervinieron de manera directa en la producción de un excedente de capital, pues no tomaron los riesgos propios de quienes invierten su capital, es injusta y una expropiación de la propiedad por parte del Estado. Tal asunto fue revisado en el estudio que se realizó sobre las doctrinas de Hayek, Nozick y Engelhardt.

Tal como se ha instalado un tribunal en materia de máximos responsables de delitos contra la humanidad en materia penal, debería crearse uno equivalente a efecto de determinar las graves afectaciones medioambientales, a la vez que unos impuestos a las naciones ricas para que contribuyan al desarrollo de los Estados pobres o en vías de desarrollo. Esto tendría por objeto fijar una serie de criterios morales para el desarrollo, respaldados por mecanismos de coacción que tengan más fuerza que los organismos actuales como la ONU, UNICEF o la UNESCO, los cuales cumple con establecer una veeduría mundial, pero que se han quedado relevados de los nuevos retos que exige la globalización y las nuevas dinámicas sociales.

Sobre el particular, coincidimos en el punto que deben desarrollarse nuevos instrumentos o reevaluar el papel de las instituciones actuales y la posibilidad real que tienen de incidir en los problemas relacionados con la contaminación y el desarrollo de actividades que afectan la salud. Podría pensarse, incluso, en una serie de impuestos para contribuir a la asistencia sanitaria ya que muchas de las prácticas desarrolladas por las empresas y por los gobiernos generan afectaciones graves a la salud o crean dinámicas que la ponen en riesgo. Sin embargo, este tipo de medida podría crear las condiciones para eximir de responsabilidad a estos actores y los costos catastróficos en términos de goce y disfrute de derechos terminarían siendo externalizados.

¿Hasta qué punto el pago de impuestos podría generar una licencia para la afectación de la vida de los seres humanos? La idea impositiva obedece más a la concepción de que el dinero puede resolver todos los problemas, cuando en realidad el asunto es de capacidades y poder de transformación de los recursos y la renta en oportunidades reales. Por tanto, en este punto consideramos que puede generarse una contradicción entre el enfoque buscado por Nussbaum y su aplicación, pues resultaría más apropiado establecer una serie de responsabilidades por parte de las empresas y gobiernos, no como un tema de redistribución de la riqueza, sino del cumplimiento de metas muy concretas en relación con la protección de los seres humanos y la garantía de umbrales básicos de capacidades.

7. *Todas las instituciones y (la mayoría de) los individuos deberían prestar especial atención a los problemas de los desfavorecidos en cada nación y en cada región*. Sobre el particular Nussbaum considera que debe el hecho de que se proteja la soberanía que tienen los países para adoptar las decisiones concernientes al desarrollo y la manera en la que garantizan las capacidades, no significa que la comunidad internacional se abstenga de prestar colaboración y vigilar para que no se presenten situaciones que se traduzcan en la negación de derechos.

Para Nussbaum no parece lógico que la solución de los graves problemas recaiga precisamente en las personas que tienen que vivir sus vidas en circunstancias desesperadas, razón por la cual quienes gozan no presentan tales situaciones deben realizar esfuerzos de persecución y movilización política, con miras a apoyar tales causas. Frente a este punto consideramos que la presión externa es un mecanismo importante para exigir la protección de las garantías básicas de los seres humanos, en el caso de la asistencia sanitaria es pertinente aunar esfuerzos para que se alcancen estándares de protección básicos para una vida en condiciones dignas.

Las observaciones generales por parte del CESCR son una muestra importante de ello, así como las verificaciones por partes de Organizaciones no gubernamentales y organismos multilaterales. El cumplimiento de estándares de protección y la rendición de cuentas frente a problemas estructurales que requieren un cumplimiento escalonado de objetivos como en el caso del derecho a la salud ha sido un mecanismo que ha dado resultados importantes en el goce y protección de derechosa, así como en fortalecimiento de capacidades.

En Colombia estos mecanismos han servido para que la Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008, expusiera que en virtud del principio de igualdad el gobierno nacional debía unificar los planes de beneficios para que las personas que cotizaban al sistema de seguridad social en salud tuvieran las mismas prestaciones que las personas que

no tenían recursos económicos para ello, pues antes de tal pronunciamiento existía un trato discriminatorio.

A partir de la creación de una Sala que efectuara seguimiento a tal pronunciamiento judicial se expidieron una serie de decisiones con el propósito de articular a las instituciones encargadas de dictar políticas públicas con las encargadas de su ejecución. El resultado es que, en 2015, a raíz de una ley estatuaria cuya creación fue ordenada por el Tribunal Constitucional, se unificaron los planes de beneficios y se estableció el acceso universal, sin tener en cuenta restricciones basadas en cotizaciones al sistema. Este logro se debe a la acción conjunta de entidades no gubernamentales, la academia, la judicatura, las instituciones, pero es innegable que ha tenido una fuerte influencia es los sistemas de protección de derechos humanos, específicamente de aquellos que miden el cumplimiento de los DESC en cada Estado.

8. *La atención a los enfermos, las personas mayores, los niños y los discapacitados debería constituir un destacado foco de actuación de la comunidad internacional*. En criterio de Nussbaum el cuidado y la asistencia hacía las personas, generada por problemas relacionados con la salud, es un asunto en el cual existen problemas de responsabilidad pues existe una limitación de las libertades de quienes prestan tales servicios, lo cual, por lo general no obedece a una decisión libre, sino a una imposición que se da por virtud de la solidaridad familiar, o por la falta de recursos para poder contratar personal especializado para tal tarea.

Sobre este punto consideramos que debe crearse una infraestructura que permita que tales servicios se brinden en condiciones de libertad real, por personas que quieran cumplir tal función y sobre todo que esté capacitada para ello, pues muchas veces se confunden las personas que brindan cuidado, con las que pueden asistir. El manejo de muchas enfermedades o problemas de salud no sólo requiere de personas que ayuden en las funciones básicas como dar alimento al convaleciente, ayudarle a bañarse o sencillamente cuidarle para que no se

haga daño, resulta claro que algunas patologías necesitan a personal capacitado para cumplir con funciones clínicas, canalizar venas, suministrar medicamentos, etc.

En muchas sociedades esta responsabilidad recae en la familia y pareciera no se pregunta en qué condiciones los miembros de esta deben brindar tales condiciones, muchas veces los ancianos terminan cuidándose entre sí, o tal labor se les impone a las mujeres, sin tener en cuenta a las libertades que renuncian a partir de ello y la carga económica, social, psicológica, entre otras que esto demanda, e incluso se presentan situaciones en las cuales no se presta apoyo para el tratamiento de enfermedades altamente contagiosas e infecciosas, o que requieren de atención especializada como en el caso del VIH, con lo cual los cuidados deben ser prestados por personas con las que los pacientes tienen un lazo de afecto, pero que no se encuentran capacitadas para ello, con consecuencias catastróficas. Así las cosas, la comunidad internacional, tal como lo expone Nussbaum si se encuentra en la obligación de establecer redes apoyo y financiamiento para el tratamiento de estos casos y no endilgar la responsabilidad a Estados que a duras penas alcanzan el nivel de protección que les permite garantizar medicamentos o atención primaria.

La razón para ello, no sólo se debe a un asunto de valores y de ética, sino a una cuestión práctica. Estas enfermedades pueden traspasar fronteras y crear crisis mundiales, y no hay que mirar muy lejos para evidenciar las crisis que en todos los niveles (económico, social y cultural) e incluso en países ricos pueden generar las crisis sanitarias sobre las que hubo un trato indiferente, como en el caso de las pandemias.

9. *La familia debería ser tratada como un ámbito de gran valor, pero no «privado».* Llama la atención el enfoque que las teorías contractuales han adoptado sobre la familia, en el cual establecen que pertenece a una esfera privada que se encuentra fuera de los límites de la justicia política, señala Nussbaum. Sin embargo, ello ignora que los graves problemas sobre la restricción de capacidades que muchas veces se presenta en su interior.

Apoyados por la órbita casi inviolable de intromisión estatal, muchas familias generan roles de desigualdad en su interior con lo cual se ponen en peligro los derechos de sus miembros y sobre todo de los niños, niñas y mujeres. Si bien es claro que el Estado no puede inmiscuirse en la cantidad de personas que conformaran el núcleo esencial de la sociedad, las decisiones en cuanto a la religión o la educación, no es del todo adecuado abstraerse de establecer controles en relación con las consecuencias de las relaciones de poder que se dan en su interior.

Millones de niños mueren por desatención y falta de cuidados esenciales. Millones de mujeres son sometidas a tratos injustos, a tareas forzadas y la discriminación en razón a elementos culturales como el machismo, o el lugar que algunas religiones les conceden. Así las cosas, coincidimos con Nussbaum en el sentido de que debe establecerse un enfoque de la familia que sea respetuoso de las libertades individuales, aunado a que deben darse las condiciones para que puedan ejercer y garantizarse las capacidades básicas para el desarrollo humano.

Es necesaria una nueva perspectiva que establezca límites a las prácticas culturales que lleven a las personas a reducir sus capacidades por debajo del umbral mínimo de garantía y sobre todo que les impidan adoptar decisiones libres para llevar a cabo las vidas que desean vivir. Así las cosas, la familia debe entenderse como un escenario para la promoción de valores y del respeto, pero su protección no puede erigirse como un espacio vedado a las garantías básicas para la dignidad.

10. *Todas las instituciones y todos los individuos tienen la responsabilidad de promover la educación como clave para dar oportunidades a las personas actualmente desfavorecidas*. Nussbaum expone que la educación es la clave fundamental de todas las capacidades humanas. Es el punto de partida para su reconocimiento, para su exigibilidad y para la creación de oportunidades.

Este importante recurso es uno de los que se encuentra repartido de manera más desigual en el mundo y si bien los gobiernos tienen la obligación primaria de garantizarlo, las grandes empresas, las Organizaciones no Gubernamentales y la comunidad internacional pueden hacer mucho para promover la educación, por lo menos la básica y secundaria de manera universal, la cual adquiere un papel relevante en la consecución de las capacidades dado que "debería concebirse no sólo como una mera aportación de útiles habilidades técnicas, sino también, y en un sentido más central, como un «enriquecimiento» general de la persona a través de la información, la reflexión y la imaginación" (Nussbaum, 2007, pág. 318).

En ese sentido coincidimos plenamente con la autora, pues la educación además de los beneficios reseñados es vital para el ejercicio de la democracia e incluso, para la superación de las situaciones de desigualdad que atenten contra la dignidad y para la transformación de las capacidades en oportunidades reales. Aunado a ello, la educación es el vehículo para la exigibilidad de derechos, así como para la formulación de nuevos de conformidad con las demandas de una sociedad siempre cambiante y con nuevos retos.

Los principios reseñados, los cuales se sustentan la consecución de capacidades permiten el respeto hacia las personas, dado que promueven las limitaciones y barreras de los elementos estructurales de un sistema mundial que hasta el momento ha realizado aportes importantes para la eliminación de las situaciones que restringen la libertad para vivir una vida plena, pero que debe aportar mucho más en la construcción de tal empresa.

Como expone Nussbaum la importancia moral de la soberanía estatal está plenamente reconocida por su papel importante al momento de establecer los compromisos al interior de cada comunidad con la satisfacción de derechos hasta el máximo de sus posibilidades. Sin embargo, el Estado no es un organismo libre de intervenciones o vigilancia, sino que ello depende del cumplimiento de las obligaciones con sus ciudadanos para alcanzar estándares que redunden en la materialización de una vida digna.

Así las cosas, lo que explican gran parte de los principios expuestos por Nussbaum es que la comunidad internacional tiene un papel determinante de veeduría sobre los Estados, así como de cooperación, toda vez que, debido a las asimetrías de recursos para lograr establecer condiciones para la garantía de capacidades, debe cumplir un papel activo que va más allá de los buenos deseos o de las observaciones, a trasferir los excedentes de su riqueza para lograr un mundo más justo.

Esto tiene fundamento en una ética de la cooperación, pero también en el reconocimiento de que el desarrollo logrado por los países ricos ha afectado en diferentes proporciones la restricción o negación de capacidades en economías emergentes. También tiene una razón adicional, la cual puede explicarse por una teoría del bien, un razonamiento practico que implica que la dignidad de cada una de las personas que habitan el mundo es un asunto de relevancia moral para todos, por lo cual debemos adoptar cursos de acción que trasciendan las críticas y apoyos simbólicos.

Nussbaum considera que las teorías contractualistas presentan una ventaja aparente su sobre enfoque de las capacidades, dado que no exige una benevolencia generalizada, sino que parte de la idea de ventaja mutua, para el apoyo y progreso común, con lo cual no tiene en cuenta si los seres humanos mantienen vínculos profundos de amistad, compasión y apoyo basados en las emociones. Esto tiene lugar porque teóricos con influencia determinante en esa teoría como Hobbes, Locke y Kant, se mostraban escépticos de los sentimientos morales (Nussbaum, 2007, pág. 401).

La dominación de las pasiones y de los sentimientos negativos derivados de la necesidad de apropiarse de las cosas (o en el caso de Kant la imposibilidad de que se obedeciera la ley moral sin el conocimiento de la religión (Kant, 2004, pág. 39)) relevaban a los sentimientos como elementos para la acción moral. Sólo Rousseau es el único contractualista que establece una defensa de los sentimientos morales y la posibilidad de cultivarlos por medio de la educación. De conformidad con el cuarto libro de su obra

*Emilio*[94], Rousseau atribuye "buena parte de las injusticias a una educación sentimental perversa y propone una educación -basada en la compasión- que favorezca la justicia social" (Nussbaum, 2007, pág. 403).

Como expone Nussbaum (2007), junto con la *Teoría de los sentimientos morales* (Smith, 1997) y *La utilidad de la religión* (Mill, 1986), el *Emilio* (Rousseau, 1821), es uno de los textos que aporta más en mayor medida a la incidencia de los sentimientos para fomentar un cambio radical en la concepción de la justicia, la igualdad y de la dignidad humana. Con base en estos textos, Nussbaum considera que estos autores se encaminaron en la dirección correcta al establecer la influencia de las emociones y sentimientos en la creación de una sociedad justa. Pero va más allá, al establecer que "la estabilidad de la sociedad justa depende de la capacidad que tenga de inculcar las actitudes y los sentimientos correctos en las personas para que éstas se muestren favorables a cambios de gran alcance en la distribución existente de bienes" (Nussbaum, 2007, pág. 404).

La influencia de las emociones y los sentimientos es determinante porque condiciones las creencias de las personas, incluso en lo que consideran que se deben a sí mismas y a sus semejantes. A manera ejemplo expone que en la cultura estadounidense era común creer que los pobres son los causantes de su pobreza, lo cual no sólo condiciona las capacidades de las personas menos favorecidas, sino que establece límites en la movilidad social.

A partir de la crítica y la sustitución de creencias se ha disminuido de manera significativa tal concepción de la pobreza y se han identificado los factores que realmente inciden en su riqueza, lo mejor de todo es que también se ha logrado influir en los sentimientos de culpa, asunto de la mayor relevancia pues el etiquetamiento y la estigmatización de las personas que presentan discapacidades dan cuenta de ello.

[94] Al respecto consultar (Rousseau, 1821).

El cambio en los sentimientos, a partir de una educación inclusiva, genera que la aversión hacia las personas con diversidades funcionales, con limitaciones en el uso de sus sentidos, o que presentan enfermedades crónicas, se transforme en un sentimiento de empatía y la necesidad de adoptar cursos de acción que mitigue las consecuencias de sus dificultades. Las campañas en contra del acoso escolar, el racismo, entre otras, obedecen a una retórica pública que pretende cambiar lo que sentimos hacia los seres humanos que enfrentan estas situaciones. No sólo se trata de ser inclusivos y no maltratar a los demás, sino de tomar partido en su defensa, por medio de la cohesión social o las denuncias ante las autoridades correspondientes.

Sobre la base de lo expuesto, Nussbaum se pregunta nuevamente sobre que nos motiva a tener una sociedad justa ¿cuáles son nuestros móviles? En este punto indica que su teoría se trata de establecer que lo seres humanos no sólo actúan por sus intereses, sino que ello tiene un trasfondo emocional, que repercusiones concretas en los vínculos de solidaridad que creamos.

En el caso de dar por concluido que el único factor que cohesiona una cultura política liberal es la ventaja mutua, propuestas como la suya no podrán sino ser llamadas utópicas, a pesar de que la realidad demuestra que las motivaciones humanas son de diversa índole y en estas influyen los sentimientos. De esta manera, depende de nosotros escoger entre los fundamentos que explican nuestro deseo de querer vivir juntos y como estos se articulan con nuestras aspiraciones como sociedad política.

En criterio de Nussbaum, las teorías del contrato social han contribuido enormemente a fundar las bases para un orden justo, pero nos limitan cuando tratamos de responder desde esta qué es lo que debemos a las personas que se encuentran en situación de marginalidad con ocasión a las discapacidades o la enfermedad (uno de los tres problemas sin resolver por parte de Rawls). Una posible actitud es el cinismo y la desesperanza sobre una solución posible a tal cuestión.

El otro camino es tratar de encontrar respuestas, a partir de un enfoque basado en las capacidades, la cooperación, el fortalecimiento de las instituciones, la acción colectiva, la incidencia de las emociones, como elementos de una nueva teoría filosófica que no sólo identifique el problema, sino que genere transformaciones para un mundo complejo e interdependiente que las necesita.

# CAPÍTULO III

# UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA DEL DERECHO A LA ATENCIÓN SANITARIA

*"Las Cortes son las capitales de imperio de la justicia y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas. Les corresponde a los filósofos, si lo desean, resolver las ambiciones del derecho que tenemos".*

Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia,* 2008: 286.

## I. PRESENTACIÓN

Nuevos horizontes para un mundo en crisis resultan necesarios para garantizar nuestra existencia más allá de unas pocas generaciones. La idea de una teoría que explique la justicia que hay en la obligación de brindar ayuda a nuestros semejantes no sólo nos ha resultado inspirador, sino necesaria para el ejercicio de los derechos más básicos de los seres humanos.

Nuestro carácter diverso y singularidad son condiciones de humanidad que se encuentran frente a un grave riesgo de sucumbir frente a la evidencia de una sociedad que no parece tener certeza sobre sus obligaciones morales y mucho menos si estas se tornan en imperativos de orden legal. Consideramos apropiado establecer los límites de nuestros deberes y determinar hasta qué punto y de qué manera se respeta nuestra individualidad.

La teoría de la justicia que proponemos parte de un análisis crítico del contractualismo y la necesidad de abandonar tal doctrina. Para nosotros resulta relevante y urgente dar soluciones concretas al problema y adoptar los criterios hipotéticos como un banco de ideas

para asuntos en concreto, pero no como un escenario para la distribución de bienes y servicios o el fundamento para nuestros deberes como ciudadanos del mundo.

Sin dejar de lado la importancia y las enseñanzas que nos ha dejado la sociedad imaginaria que adopta un contrato hipotético y la manera en que se deben distribuir los bienes en esta a efectos de reducir los efectos nocivos de las desigualdades injustificadas, es necesario presentar una alternativa a esta forma de abordar el problema de la falta de atención sanitaria, incluso en los niveles más básicos, partiendo de una base empírica: no vivimos en una sociedad hipotética y no estamos situados en la génesis de la humanidad, sino que estamos inmersos en un mundo con injusticias, desigualdades y privaciones determinables.

Si nuestra idea de una sociedad justa es establecer un conjunto de obligaciones ciertas que diferencien el ámbito del ser de aquel del deber ser, es necesario conciliar, en primera medida cuales son las motivaciones de un comportamiento moral y cuál es su contenido. Sobre este punto una teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria debe abandonar la razón práctica fundada en la idea de una naturaleza humana basada en la bondad, o en la actuación por *mor del deber*, esto es aquella que nos conlleva a realizar actos porque son intrínsicamente buenos.

Existen razones más allá de la bondad para la acción humana, los incentivos y el beneficio mutuo son elementos que hay que tener en cuenta para establecer una idea sobre nuestras motivaciones, así como también el respeto y la empatía que tenemos por los demás, a partir del lugar que ocupan en nuestras vidas o simplemente porque nos vemos reflejados en los otros. Así la razón para la actuación, o las motivaciones que nos permiten actuar ante la pregunta sobre ¿qué debemos hacer? no son un guiño a la segunda crítica de Kant o un asunto de erudición, sino de una importancia cardenal para establecer cursos de acción concretos en la defensa de los derechos de los demás.

Esto necesariamente es un asunto que debe ser resuelto antes de formular si es necesario que la asistencia sanitaria se formule como un servicio del Estado, como un derecho

o como un asunto de caridad, tales concepciones han sido analizadas en nuestro estudio crítico de las teorías de la justicia propuestas, pero la adopción de una postura por parte de nosotros parte de establecer las diferencias que estas tienen en la garantía de nuestras libertades más preciadas.

Dado que defendemos la adopción de la teoría que permita materializar en mayor forma una perspectiva de la justicia basada en la libertad humana nuestra propuesta establece las características básicas que debe tener un derecho a la asistencia sanitaria y no simplemente su enunciación. Los elementos estructurales de tal derecho corresponden a sus características básicas, esto es las condiciones para alcanzar un umbral mínimo de protección, sin perjuicio que se puedan añadir muchos más elementos para garantizar un goce mayor y una protección reforzada, pero insistimos en establecer sus rasgos esenciales, pues allí en adelante todo es ganancia.

Entre estos elementos una teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria deberá delimitar su campo de acción, sus límites, los principios que orientan tal garantía y la manera de resolver las controversias y dificultades que se generen por su aplicación. En sentido similar deberá determinar las consecuencias de su inobservancia, las instituciones conminadas a ejercer vigilancia, dirección y control para su garantía, así como los responsables de su prestación.

A su vez, teniendo en cuenta que la teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria se inscribe en un contexto democrático, es pertinente que se establezcan los límites de ejercicio del poder mayoritario, las garantías innegociables dentro de un marco de libertades, autonomía, diferencia y diversidad. En sentido similar debe dar cuenta del respeto de las minorías y la estructuración, legitimación y necesidad de los poderes contra mayoritarios. Finalmente, deberá establecer las bases para una sociedad inclusiva a partir de la resignificación del principio de libertad, más acorde con las necesidades de un mundo en el cual la visión fundada en el egoísmo y sus consecuencias visibles han demostrado ser una mala idea.

Estos elementos necesarios en una teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria han sido la base de trabajo de nuestra teoría. Nuestra propuesta tiene por objeto responder a todas estas demandas, a partir de los insumos aprehendidos del análisis crítico de las escuelas de pensamiento estudiadas, y aportar a la discusión sobre esta materia una visión novedosa sobre la manera de abordar una de las más grandes necesidades humanas.

# II. LA NECESIDAD DE UN DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

> *"Las leyes y los principios no viven ni prevalecen inmediatamente por sí mismos. La actividad que los pone por obra y les da existencia son las necesidades y los impulsos del hombre, como asimismo sus inclinaciones y pasiones".*
>
> Friedrich Hegel, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal,* 2005: 59.

## 1. JUSTIFICACIÓN

Es clara la intención del liberalismo igualitario de establecer que la verdadera libertad debe partir de condiciones propicias para su ejercicio. Igualar por lo bajo, establecer una metodología para que las personas se encuentren en el mismo punto de partida para vivir la vida que consideran que vale la pena vivir. Los intentos de teóricos como Rawls o Dworkin radican en establecer un conjunto de bienes básicos, que tengan una incidencia real y positiva en la vida de los seres humanos y con ello se supere la visión abstracta y despersonalizada de la igualdad formal ante la ley, parecen ser un caballo de batalla bastante convincente *a priori*, pero dejan serias dudas sobre el contenido de los paquetes de asistencia básica, en términos concretos sobre cuál es su contenido, cuáles son sus límites y sobre todo si existen razones imperiosas para desbordarlos.

Como expone Rawls, las desigualdades son inevitables, dado que somos seres humanos con propósitos diferentes y con capacidades distintas, los cuales, a pesar de tener una visión general compartida sobre la justicia y la legitimidad de las instituciones, interactuamos con la sociedad de manera distinta y generando resultados diversos.

Este tema recurrente en la filosofía política es de una importancia cardinal, pues el reconocimiento de la inevitabilidad de la desigualdad constituye un primer paso para poder formular soluciones ante la evidencia de que no todas las personas pueden proveerse los recursos necesarios y suficientes para una vida en condiciones dignas, o por lo menos no en el mundo con una economía capitalista en la cual existen individuos que no tienen las condiciones y el conocimiento necesario para interactuar en el mercado y poder competir en igualdad de condiciones frente a otros sujetos.

Desde luego, esta tesis no pretende enarbolar un ataque frontal al sistema capitalista, sino llamar la atención a quienes todavía creen que *la mano invisible* puede asignar de manera eficiente bienes y servicios a partir de las transacciones no reguladas que tienen lugar en el mercado de bienes y servicios. Ni siquiera reputados y ortodoxos economistas de la escuela austriaca o de la escuela de Chicago resolverían el problema de la asignación de recursos básicos dejándolo al arbitrio de un mercado sin regulación y de libre competencia, pues incluso Hayek consideraba que era un deber del Estado establecer programas para ayudar las personas que al carecer de medios económicos suficientes no podían proveerse una existencia en condiciones dignas (Hayek, 1973, págs. 288-290)[95].

No está de más decir que, de hecho, para los más reticente en este tema o frente a aquellos a quienes todo tipo de intervención estatal en el mercado resulta lesivo del derecho a la libertad existe un completo desconocimiento no sólo de la facticidad de las limitaciones del *laissez faire laissez passer,* sino de sus presupuestos teóricos. Sobre tal punto invocan a Hayek, cuando a lo largo de sus célebre obras, establece de manera categórica que tal principio no podía tener lugar, pues claramente las economías tienen particularidades y fallas en la información que no permiten la consolidación de un mercado de competencia perfecta, sino que se requiere de un agente estatal que interceda para solucionar aquellos problemas que se generan por quienes pretenden establecer monopolios o tienen posiciones dominantes

[95] Ver *Supra* "la garantía de un mínimo vital a los realmente necesitados no atenta contra la libertad", en el capítulo dedicado a Hayek.

en el mercado, o cuando el mismo Estado pretende actuar de tal manera (Hayek, 1944, págs. 60-61; 88.).

A su vez, hay quienes defienden la idea de un Estado mínimo fundado en la inviolabilidad de la propiedad privada a expensas de garantías básicas de "libertad" a favor de personas que en realidad no pueden vender su fuerza de trabajo o que debido la lotería natural o un caso fortuito no pueden proveer recursos básicos para su existencia. Sobre el particular, la apelación al nombre del profesor Robert Nozick es casi dogmática, pero lo sorprendente es que olvidan que el propio maestro, en un ejercicio de auténtica reflexión sobre las contribuciones de su teoría al problema de la distribución y adjudicación de bienes abdicó de su teoría hacia al final de su carrera, pues en su artículo *The zigzag of politics* en 1989, el profesor Nozick afirma de manera categórica que la posición libertaria que alguna vez propuso le parecía seriamente incorrecta, dado que brindar ayuda a quienes lo necesiten a través de la acción del Estado es una expresión apropiada y legítima de la preocupación por los demás, la cual puede imponerse si la democracia así lo exige (Nozick, 1989, págs. 287-289).

Debe tenerse en cuenta que todas estas teorías liberales deben entenderse en su contexto, pues responden a problemas específicos de su época relativos al Estado de bienestar, la economía dirigida o planificada, el establecimiento de monopolios estatales, la expansión de la burocracia estatal o la redistribución por vía impositiva de los recursos de los sectores más favorecidos a quienes se encuentran desprovistos de medios económicos, en manera suficiente.

Resulta adecuado reconocer que algunos de estos problemas, sino todos, persisten en la actualidad, pero el error es pretender juzgarlos, analizarlos y establecer soluciones, sin tener en cuenta la evolución de las instituciones, el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho, la interconectividad del mundo, el reconocimiento que las enfermedades y las epidemias, puede desbordar las fronteras.

Como se puede observar no sólo los autores cambiaron, sino que sus teorías evolucionaron a medida que el mundo se transformó y se descubrieron los terribles problemas que generaba la falta de acceso a recursos básicos. En el mundo actual, es muy difícil defender una teoría sobre la asignación de bienes para satisfacer un derecho a la salud, que no tenga en cuenta la solidaridad. Una pandemia de proporciones globales, como la que ha tenido lugar en la segunda década del siglo XXI, nos hace reflexionar sobre la vulnerabilidad ante la enfermedad, la restricción de las enfermedades y las consecuencias de un sistema de asistencia sanitaria público débil o incluso uno privado de calidad, pero con serias limitaciones para garantizar la demanda de servicios por parte de sus afiliados.

¿Qué ha podido ofrecer una visión individualista a la solución de este tipo de problemas de salud pública global? No mucho, con excepción al interés perseguido por algunas compañías de posicionarse a la vanguardia en el tratamiento de estas patologías y con ello la correspondiente retribución económica con el incremento de sus acciones en el mercado. Pero, ello es objeto de otra conversación, no afecta en nada el tratamiento de este problema desde el Estado.

De manera específica, resulta claro que el Estado no puede adoptar, ni siquiera en el plano teórico, una posición en la cual sólo distribuya las dosis de una vacuna o de un tratamiento contra un problema de salud global sólo a quienes tiene la capacidad económica para comprarlo. Por el contrario, los eventos muestran que al aparato estatal le es exigido un esquema global de atención al problema sin incurrir en distinciones de naturaleza económica o social.

Los hechos muestran a un Estado que ha debido pagar costosas unidades de cuidados intensivos y que ante tal tragedia humana ha tenido que priorizar la atención sanitaria frente a todo tipo de gasto. Sin embargo, previniendo las críticas que sobre tal asunto puedan surgir, las cuales se pueden formular en el sentido de afirmar que tal situación es coyuntural, es preciso decir que ello no es cierto, el mundo no será igual a partir de tal desastre en materia sanitaria, en el cual se ha mostrado que la normalidad ha de ser transformada, so pena de

limitar de manera improvisada y desproporcionada las libertades básicas más preciadas de los seres humanos en el futuro.

La solidaridad y la equidad han llegado para establecerse y dar legitimidad a la gestión estatal. Esta dinámica que surge a partir de un hecho previsible, pero considerado poco probable o importante, ponen en tela de juicio y someten a duda, el individualismo en un mundo en el cual hasta los problemas de salud se globalizan. A partir de ello, las teorías de antaño no puede erigirse, sin ningún tipo de adecuación o contexto a los problemas actuales, nuevas demandas exigen nuevos derechos, nuevas soluciones, nuevas hipótesis y nuevos frentes de acción, que no implican un abandono de las escuelas de pensamiento y sus postulados, pero sí la toma de conciencia sobre su aplicación práctica para un mundo nuevo.

Así, resulta claro que como seres humanos tenemos el deber de implicarnos de activa en la formulación de una idea de la justicia comprensiva de la dignidad de nuestros semejantes, pues no basta con contribuir al mantenimiento de programas sociales o con ser ciudadanos que cumplan rigurosamente las normas de orden legal. La solución a la desigualdad en recursos y oportunidades requiere una participación aun mayor tanto en las demandas sociales que podemos exigir como ciudadanos, así como en la vigilancia de los recursos, el seguimiento a las políticas de Estado, el análisis crítico de sus resultados y, sobre todo, en exigir que quienes detentan el poder sean comprensivos de las diferentes manifestaciones del comportamiento humano y de las concepciones de la vida, con el propósito de crear un democracia inclusiva a partir del respeto por la diferencia. Tal como expone Fariñas (2005)

> “Todos hemos de estar implicados activamente en el movimiento por una justicia global, que vaya más allá de los actuales programas de desarrollo y que sea capaz de frenar la creciente desigualdad y exclusión sociales, que se han convertido en el único destino de miles de seres humanos y de pueblos enteros de nuestro mundo (p. 214 -215)”.

Por tales razones, el mundo requiere de una toma de conciencia por parte de sus ciudadanos, en el cual la acción corresponda con el deber ser y no se conforme con las teorías clásicas que no corresponden al espíritu de la época, ni a las demandas que exige un mundo enfermo de indolencia. Tal como señalaba Michel Foucault en su texto *omnes et singulatim* hacia una crítica de la razón política, hace falta poner en juego el mismo concepto de la razón y la forma que esta se ha incorporado en las instituciones que sirven para la reproducción de las relaciones de poder.

Por supuesto que las teorías clásicas son poderosos insumos para responder ante los interrogantes sobre quienes somos, que hemos hecho y las formas en las que consideramos que podíamos resolver los problemas que se suscitan al interior de nuestras sociedades. Sin embargo, no parece muy útil reproducirlas y defenderlas en un escenario extraño a estas, máxime si su objetivo fue combatir problemas en sumo grado diferentes que correspondían al espíritu de la época. Por ello, no basta con reproducirlas o ser dogmáticos en cuento su contenido, pues la adopción de decisiones políticas, económicas o incluso en el derecho requieren de un dinamismo propio de la diversidad humana y de los medios que tenemos a nuestra disposición para dar soluciones prácticas y respetuosas de nuestra especificidad, así como del cuerpo social.

La razón ha sido un instrumento poderoso para solucionar nuestros problemas, pero hay que poner a prueba la racionalidad, esto es, la forma en la que la razón adquiere significado, pues no basta con denunciar a las instituciones como aquellos lugares en los cuales se adoptan decisiones sobre la vida y la muerte de millones de personas y mediante las cuales los poderosos logran imponer una visión de la salud secundaria, correspondiente a un valor y no a un principio que debe gobernar las relaciones entre los seres humanos y entre el Estado y la sociedad civil.

Siguiendo a Michael Sandel (2008), en el epílogo de sus conferencias sobre la justicia y los debates sobre lo que es correcto hacer, no basta una neutralidad liberal para el respeto de la autonomía individual, la garantía de los derechos y la determinación del papel del

Estado para su protección. Resulta necesario hacer uso de la metodología Socrática de ir venir sobre los problemas que generan las discusiones más profundas y en la cuales que probable que jamás podamos aportar una solución definitiva. Esta tarea, que se traduce en la moderna filosofía política en la idea de Rawls de efectuar un constante equilibrio reflexivo resulta pertinente para crear sociedades pluralistas que aunque no tengan como objeto establecer un concepto de la buena vida en su concepción de justicia, si permita que se den los debates sobre la moral y la importancia de estas concepciones para los ciudadanos que integran el mundo.

La neutralidad, entonces, no es un camino, para reconocer los derechos. Resulta pertinente dar voz y voto a concepciones diversas y plurales que le dan sentido a nuestra vida en comunidad, sin importar que tanto nos separen nuestros argumentos filosóficos, morales, religiosos o sobre la buena vida, todos estos deben tener cabida en la reflexión que conlleva a las decisiones y políticas que se adoptan en una sociedad verdaderamente libre por ser pluralista. Sobre este asunto, consideramos relevante estas palabras de Sandel (2008), las cuales transcribimos *in extenso*:

> ¿cómo vamos a determinar nuestro camino a una sociedad que respeta a los conciudadanos con los cuales nosotros tenemos desacuerdos? Depende, creo, en qué concepción del respeto uno acepta. En la concepción liberal, al respeto moral a nuestros conciudadanos y las convicciones religiosas, el ignorarlas para propósitos políticos. El sobreponerse, o abstraer, o poner a un lado esas convicciones religiosas y morales, el dejarlas un poco perturbadas, para llevar a cabo nuestro debate político sin hacer referencia a ellas.
>
> Pero esa no es la única manera, o quizás no es ni tan siquiera la manera más plausible, de entender el respeto mutuo del cual depende la vida democrática. Hay una concepción del respeto, de acuerdo a la cual nosotros respetamos a las convicciones morales y religiosas de nuestros conciudadanos no

> ignorándolas, pero atendiéndolas, y a veces retándolas y presentándoles unas respuestas, a veces simplemente escuchando y aprendiendo de ellas.
>
> Ahora, no hay una garantía que esta atención política a lo moral y lo religioso llevará en cualquier caso a un acuerdo. No hay una garantía de que nos lleve, aunque sea, a una apreciación por las convicciones morales y religiosas de otros. Siempre es posible, después de todo, que el aprender más sobre una doctrinar religiosa o moral causará que nos guste menos. Pero el respeto a la deliberación y el prestarle atención, me parece a mí como una idea más adecuada para una sociedad pluralista. Y hasta el punto que nuestros desacuerdos morales y religiosos reflejan bienes humanos pluralistas, la política del atender estas cuestiones morales nos ayudarán a hacer esto de una manera superior, al menos así me parece a mí, a apreciar estos bienes distintivos que nuestras vidas diferentes expresan" (Lecture 24).

Así las cosas, no basta con ignorar las concepciones que nos parecen ajenas al propósito de garantizar un derecho a la asistencia sanitaria. Plantear una crítica contundente sobre la manera en la cual establecemos lo que nos debemos como seres humanos, nuestras obligaciones con nuestros semejantes y el reconocimiento de nuestras limitaciones como individuos es la única manera de evitar que otras instituciones u otras formas de racionalidad ocupen el lugar dejado por las instituciones paquidérmicas. Por ello hay que atacar la raíz misma del problema, los conceptos, la fundamentación e incluso resignificar los procesos históricos en los cuales se ha dado cabida a la exclusión y se ha privilegiado un derecho autista y procedimental. Urge un discurso sobre lo sustantivo que reconcilie la idea de libertad como manifestación del individualismo con aquella que nos une como sujetos y que permite sacrificar un poco de nuestra comodidad a cambio de la satisfacción que proporciona la empatía.

## 2. LA INEFICACIA DE UN METADERECHO A LA SALUD

*"La tarea no es analizar lo que existe sino en buscar alternativas a lo que existe"*

María José Fariñas Dulce*, Universalidad e interculturalidad,* 2005: 213.

Una teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria requiere un fuerte compromiso político, pero también su reconocimiento jurídico. Las intenciones políticas cambian de conformidad con las necesidades de los partidos políticos, de los gobernantes de turno, de la estrategia electoral y de los deseos de los electores, en suma, hay una dinámica de constante movimiento que tiene por objeto dar respuestas a problemas de la forma oportuna y pragmática. Por su parte, el Derecho, aunque también es dinámico y está en una constante evolución, tiene una mayor estabilidad.

Teniendo en cuenta que la categoría *metaderecho* propuesta por Sen[96] establece un derecho a las políticas públicas, para la materialización de un derecho complejo a futuro, consideramos que no brinda las herramientas requeridas para nuestro enfoque teórico. En efecto, establecer que la asistencia sanitaria es un *metaderecho* implica reconocer que no es un derecho, sino que existen derechos a políticas públicas de asistencia sanitaria, para que en un futuro se pueda reconocer un derecho a la asistencia sanitaria.

Contrario a lo que expuse en trabajos anteriores (Ruiz, 2014)[97], en esta propuesta teórica consideramos que despojar de la categoría de derecho a la asistencia sanitaria genera

[96] Como se expuso en el capítulo dedicado al estudio crítico de este autor "Un metaderecho a algo x, puede ser definido como el derecho a tener políticas p(x) que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a x." Así las cosas, un metaderecho es el derecho a tener políticas que persigan genuinamente y de manera eficaz la satisfacción de un derecho en el futuro. Por tanto, la categoría de metaderecho pueden entenderse como un enfoque de cumplimiento gradual y escalonado.

[97] En aquella oportunidad consideré que la salud era un metaderecho y aunque el objeto de estudio de la presente investigación es sólo una de sus facetas, concretamente la de asistencia sanitaria, consideramos

problemas de eficacia, de reconocimiento de obligaciones e incluso implica desconocer la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad necesaria para la justiciabilidad de esta clase de garantías. Las diferencias entre establecer un derecho a políticas públicas en materia de asistencia sanitaria y reconocer un derecho a la misma se pueden observar en mayor detalle cuando analizamos las implicaciones prácticas de un giro argumentativo de esta naturaleza.

A diferencia de las decisiones de política, las decisiones en Derecho tienen mayores restricciones para llevar a cabo intereses específicos, pues existen reglas que deben sortearse antes de proferir una decisión y muchas de estas se fundamentan en principios y valores que establecen criterios axiomáticos o paradigmáticos muy difíciles de modificar. En el caso de los derechos fundamentales es evidente que los cambios que se pretendan introducir requieren de leyes especiales, por considerar que es una materia que requiere de una mayor deliberación en el cuerpo legislativo y que esta debe someterse a un control judicial previo antes de producir efectos en el ordenamiento jurídico. Incluso, a pesar de los acuerdos democráticos hay derechos cuyo contenido sustancial no puede ser modificado, sustituido o derogado, pues hacen parte de un cuerpo de garantías que no pueden suspenderse ni siquiera en casos excepcionales, como los Estados de sitio, conmoción, calamidad pública o guerra.

La salvaguarda de estos derechos no sólo se encuentra consignada en las constituciones políticas, sino en instrumentos de derecho internacional público que integran tales ordenamientos jurídicos por medio de leyes o como parte integral de la Carta Política, lo cual genera, en este último caso, que tengan un lugar prevalente dentro de las fuentes del derecho y que requieran de procedimientos complejos para poder modificar algún aspecto del derecho (incluso en ese preciso caso, sólo se permite el cambio que no genere una sustitución de la norma hasta convertirla en una totalmente ajena o irreconocible frente al texto anterior).

---

preciso realizar esta declaratoria y reconocer el camino equivocado que había tenido sobre este punto mi investigación anterior.

En el caso de los derechos con contenido prestacional, como la salud, existen previsiones sobre la prohibición de establecer, en principio, medidas regresivas las cuales se pueden identificar porque reducen el ámbito de protección sustantiva de un derecho, desvían recursos económicos para satisfacer otro tipo de garantías o porque aumentan los requisitos para acceder a sus prestaciones. Debido a ello, un derecho a la asistencia sanitaria tiene una protección que no tiene una política pública para ello. Insistimos que no es un asunto irrelevante o de elegancia del lenguaje, por el contrario, tiene implicaciones determinantes en relación con lo que el Estado está en obligación de hacer.

El derecho a las políticas públicas no establece una obligación subjetiva en cabeza de una persona, cuyo incumplimiento puede ser reclamado por vía judicial para satisfacer una prestación específica, sino que la asigna de manera abstracta e indeterminada con lo cual se exige a un gobierno que cumpla con su contenido político o con un contenido programático. En nuestro criterio el ejemplo expuesto por Sen (2002)[98] sobre la Constitución de la India de 1950 no es adecuado para una protección efectiva de un derecho de contenido prestacional, pues establece obligaciones en materia de formulación, diseño y ejecución de políticas públicas, como un mandato institucional, pero no reconoce derecho a una persona para que reclame la prestación en específico.

De manera concreta, según tal perspectiva, los ciudadanos no tienen un derecho subjetivo a que les garantice una prestación, sino que su derecho consiste en exigir al Estado la creación de políticas públicas encaminadas a lograr, algún día, tal derecho. Esto puede resultar un retroceso en materia de estándares de protección alcanzados en materia de derechos de carácter progresivo, pues, por ejemplo, el Estado puede relevarse de responsabilidad argumentando que ha diseñado y empleado una política para un objetivo en

[98] "El Estado debe, en particular, dirigir sus políticas al aseguramiento […] de que todos los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan derecho a unos medios adecuados de subsistencia." (Sen, 2002, pág. 16).

específico, pero nada garantiza que tal accionar genere resultados en un término prudente o que sea el mejor curso de acción para la protección efectiva garantías básicas.

Para los Estados bastaría con demostrar que han creado políticas orientadas a fines, pero no hay obligaciones concretas frente a sus ciudadanos o habitantes, no hay forma de objetar por parte de estos últimos porque no existe una obligación objeto de litigio judicial, determinada, clara y concisa, sino un mandato generalizado, indeterminado y abstracto, de compromiso político por parte de un gobierno, que puede producir resultados visibles en un corto período, pero puede que no. Así las cosas, la creación de un *metaderecho* resulta insuficiente para garantizar estándares básicos de asistencia sanitaria, pues este tiene por objeto establecer un programa político con eximente implícito de responsabilidad subjetiva y sobre la base de obligaciones difusas que difícilmente pueden reclamarse ante un juez.

Desde esa perspectiva, resulta imperativo establecer un derecho a la asistencia sanitaria, con obligaciones concretas (basadas en la satisfacción de un umbral mínimo de prestaciones), con responsables por su prestación, con formas de realizar reclamos administrativos o judiciales por su inobservancia, con la protección que subyace de la aplicación de los principios de progresividad y prohibición de regresividad y con una evaluación periódica sobre la satisfacción de las obligaciones que se encuentran dispuestas en el PIDESC, la Observación General no. 14 del CESCR y demás instrumentos sobre la materia.

# 3. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y UN SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

> *"Dar servicios médicos a través de un seguro social no debe verse como una manera «meramente de complementar el ingreso de los menos aventajados cuando no pueden pagar los costos de los servicios médicos que pueden preferir». Al contrario, como se ha subrayado, suministrar atención médica, como sucede con los demás bienes primarios, es dar respuestas a las necesidades y a las exigencias de los ciudadanos como individuos libres e iguales.*
>
> John Rawls, citado en Norman Daniels*, Just Health. Meeting Health Needs* Fairly, 2008: 60.

Desde la teoría neoclásica expuesta por Hayek se pretende establecer un sistema de salud destinado únicamente a las personas que no tienen los medios económicos para proveerse atención básica en salud. Tal asunto es tratado por tal autor en su texto "Derecho, legislación y libertad" y en criterio de muchos es una especie de concesión o de rendición del liberalismo a la idea de derechos sociales, pero nada es más alejado de la realidad, pues el hecho de que Hayek reconozca que el Estado debe prestar tal servicio en casos específicos no se sigue que reconozca un derecho a favor de las personas que lo demanden. Las ideas de Hayek para un Estado de Derecho basado en el respeto de la igualdad formal ante la ley y la abstención del Estado para intervenir en las libertades y la propiedad privada establecen obligaciones en materia social, pero ello no se traduce al lenguaje de los derechos.

En efecto, la distinción entre servicio a cargo del Estado y derecho es categórica. Mientras en el primer caso se trata de una prestación de carácter contingente que puede ser suspendida o limitada en los casos en los cuales se llegue a conclusiones de que no resulta conveniente o necesaria, en el segundo tal restricción no puede tener lugar so pena de incurrir en responsabilidad. Los derechos se comportan como verdaderas garantías frente a la autoridad estatal, no sólo en el sentido que restringen la actividad estatal (deber de

abstención), sino porque obligan a los Estados a adoptar acciones positivas para su garantía (deber de prestación).

Para el liberalismo de Hayek un sistema de asistencia sanitaria no puede ser demandado como derecho, sino que debe obedecer a un servicio cuyas prestaciones básicas deben ser cubiertas por parte del Estado, al igual que otro tipo de necesidades de carácter social, con lo cual la responsabilidad por el incumplimiento o la desviación de recursos a otro tipo de proyectos no tiene lugar. Pero aun, hay un asunto de mayor relevancia en esa argumentación: un derecho a la asistencia sanitaria establecería una protección en todo el territorio, para todas las personas que lo habitan y esto es irreconciliable con la teoría de Hayek, quien considera que sólo algunos individuos, los más necesitados, podrían gozar de algún tipo de cobertura en salud.

Los argumentos de Hayek, estudiados con detenimiento en el capítulo que le hemos dedicado, tienen una precisión de cirujano. Ninguna de sus palabras se puede tomar como innecesarias, sino que pretenden articular una teoría sobre la inexistencia de un derecho a la asistencia sanitaria. Nosotros nos resistimos al empleo de tal doctrina, pues los presupuestos para el goce de una vida digna no pueden ser abordados como un servicio estatal o un asunto de buenas intenciones por parte de los gobiernos de turno, sino que constituyen derechos y deben ser categorizados como tales. En el caso del derecho a la asistencia sanitaria, al ser tan indispensable, sus prestaciones básicas no pueden estar supeditadas a un análisis estatal sobre las condiciones económicas o sociales de quién lo requiere, pues tal garantía humana no puede estar condicionada.

Por supuesto que los Estados pueden excluir prestaciones del servicio de asistencia sanitaria, pero no limitar el acceso a las prestaciones básicas necesarias para que las personas puedan ejercer sus capacidades y si desean sus funcionamientos. Por estas razones nos alejamos de toda doctrina liberal en el campo de la satisfacción de un derecho a la asistencia sanitaria, pues como se pudo observar en este trabajo, tales teorías no consideran a la salud

como un derecho universal, sino que en sus mejores versiones puede ser tratado como un servicio.

Y decimos mejores versiones porque en el libertarismo, la garantía de un servicio de salud ni siquiera está a cargo del Estado, sino de la buena voluntad de las personas y de los recursos que destinen a la caridad; de manera similar nos oponemos abiertamente a la doctrina de Engelhardt, quien considera otorgar un derecho a la asistencia sanitaria a nuestros semejantes en una vulneración del principio de permiso y por ende de las libertades básicas. Sin embargo, vale la pena preguntarse de qué libertad habla, pues ciertamente interactuar en el mercado o poder tener poder dispositivo sobre las cosas es un asunto de la mayor importancia, pero esto no puede tener lugar si la vida es miserable por no poder acceder a un tratamiento médico vital, o uno que mitigue las consecuencias de una patología.

La libertad consiste precisamente en tener la capacidad de realizar las cosas que consideramos importantes y nadie puede negar que tener una salud que permita tal accionar resulta necesario e indispensable, para el ejercicio de otros derechos, incluso el de propiedad. Ser dueño de uno mismo, el gran lema de la doctrina libertaria no puede ser posible sin garantías básicas para funcionar en sociedad. Ser dueño de uno mismo es poder ejercer capacidades básicas para relacionarnos con otros, para ser incluidos en todos los escenarios de interacción humana, incluso en el mercado, y tener la certeza que pase lo que pase, ya sea la mala suerte de tener un mal resultado en la lotería natural o el infortunio de perder en la lotería social, la sociedad de la que somos integrantes y a la cual contribuimos de múltiples maneras (con nuestra solidaridad, con nuestra creatividad, con nuestro intelecto, con nuestra empatía, entre otras) no nos abandonará a una suerte miserable o a la caridad de las personas de buen corazón.

# 4. LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE PRESUPUESTAL BASADO EN LA DIFERENCIA

> *"Una teoría impura, crítica y comprometida de los derechos humanos debería tener como principal objetivo hoy día la defensa de los derechos, del desarrollo y de la dignidad humana contra las consecuencias perversas de las estrategias globalizadoras de acumulación del capital".*
>
> María José Fariñas Dulce*, Universalidad e interculturalidad,* 2005: 213.

> *"Permitir al mecanismo de mercado ser el único elemento directivo del destino de los seres humanos y de su ambiente natural y así mismo de la cantidad y del empeño del poder adquisitivo llevaría a la demolición de la sociedad".*
>
> Karl Polanyi, *La gran transformación,* 1997.

La adjudicación igualitaria de bienes o renta para que las personas maximicen su libertad es una idea contraintuitiva a su diversidad como condición humana. Los talentos son una muestra de los diferentes logros que los individuos pueden alcanzar a partir de sus destrezas particulares. A pesar de que el promedio de personas pueda usar los mismos sentidos, tenga una inteligencia similar, emplee la lógica y efectúe razonamientos de manera parecida, los resultados frente a la ejecución de una tarea pueden variar significativamente.

Esto tiene lugar por la manera en que las personas transforman sus capacidades centrales en oportunidades o en productos de diversa índole, dependiendo de sus condiciones materiales de existencia y sus capacidades innatas. Por ejemplo, una persona que ha sido instruido en competencias sobre economía y finanzas y que ha crecido en un escenario en donde ha podido poner a prueba su conocimiento debido a que sus padres eran comerciantes, tienen una probabilidad mucho más alta de amasar una fortuna, en el evento en el que Estado le dé una cantidad de dinero para invertir, frente a una persona que no haya estado en tal situación.

En ese sentido los bienes y las rentas no funcionan de la misma forma para todos y no nos brindan bienestar en igual medida. La idea de que una repartición de bienes similares resuelve los problemas de discriminación, de discapacidad o de falta de oportunidades es incorrecta. En nuestro criterio los bienes y las rentas no son valiosas por sí mismas, sino por las oportunidades que pueden producir, precisamente esa era la crítica que presentamos a los enfoques sobre el bienestar y la igualdad presentados por Rawls y Dworkin respectivamente.

Si entendemos, como hemos hecho en esta tesis, que el desarrollo es un proceso de expansión de libertades y que estas se adquieren a partir del ejercicio pleno de capacidades, debemos preguntarnos, necesariamente, cómo garantizar que se puedan ejercer estas últimas. Una respuesta intuitiva es que se asignen recursos a todas las personas para que puedan desarrollar sus capacidades, lo cual es un buen comienzo, pero no es suficiente pues debido a las diferencias entre las personas, fundamentadas en su carácter diversos la transformación de bienes y rentas en oportunidades para el desarrollo de capacidades puede ser insuficiente en algunos casos, como generar excedentes en otros. De esta manera, la asignación respectiva no puede ser uniforme, so pena de establecer un criterio basado en el bienestar por recursos iguales, el cual genera inequidad en el trato, problemas para el desarrollo de oportunidades y exclusión.

Una teoría de la justicia sobre el derecho a la asistencia sanitaria debe tener en cuenta las implicaciones de la asignación uniforme de recursos para satisfacer al derecho. En nuestro criterio las consecuencias son negativas por ineficientes pues establecen un gasto medio o promedio que no tiene en cuenta la realidad: no todas las personas generan la misma presión fiscal sobre los sistemas de aseguramiento en salud.

El establecimiento de una asignación uniforme, en la mayoría de los lugares en los que se emplea se realiza a través del pago de un pago estándar por persona, con destino a las entidades encargadas de la prestación del servicio. Esta metodología no permite determinar con precisión cuantos recursos deben inyectarse al sistema, pues, así como hay personas que

implican un alto costo sobre el sistema hay otros que no implican gasto alguno, por no utilizar, o raramente hacerlo, servicios de salud pública. Precisamente en ello radica la solidaridad, en el sentido que, si bien hay personas que realizan aportes al sistema en una proporción significativamente menor a la que demandan del mismo, también hay personas que implican un alivio al sistema dado que contribuyen con el funcionamiento del sistema a pesar de no hacer uso de este.

Esto conlleva a que se pueda aseverar que si no todas las personas generan la misma presión fiscal sobre el sistema resulta inadecuado asignar un pago uniforme por cada individuo a las entidades encargadas de satisfacer las prestaciones requeridas para el derecho a la asistencia sanitaria. Una gestión adecuada de recursos debe implicar que se realizan el Estado no asigne a las prestadoras de servicio un pago uniforme, sino uno que tenga en cuenta las dificultades del usuario y de su prestador de servicios para transformar tales recursos en capacidades básicas.

Sin embargo, debido la logística que ello implica, resulta en exceso complejo establecer cantidades diferenciadas para cada usuario del sistema, razón por la cual pueden clasificarse por grupos de riesgo en función a la amenaza que presentan sobre el ejercicio de sus capacidades, para lo cual se pueden tener en cuenta factores como el tipo de patología que presentan, su diversidad funcional, el grado de discapacidad de minusvalía e invalidez, las dificultades técnicas y tecnológicas para su atención (en este caso factores geográficos o sociales como la violencia pueden incidir) y los factores culturales, lo cual garantiza un trato equitativo, a partir de un enfoque basado en la diferencia y diversidad, en el cual el Estado adjudica recursos a partir de las necesidades identificadas de su población, basado en el respeto por la dignidad de cada persona.

# 5. LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

> *"Si la globalización, como se ha venido enunciando, ha generado paulatina pero eficazmente graves y dañinos, adversos y perversos efectos sobre los diversos ámbitos de decisión política, económica, ambiental, social y cultural, y en otros casos, suprime, reduce o elimina la ciudadanía, los derechos humanos, la democracia y la política, es necesario hacerle frente común".*
>
> Gregorio Mesa Cuadros, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad,* 2007: 435.

A nuestro modo de ver, la garantía de un derecho a la asistencia sanitaria requiere de unos principios que direccionen la actividad del Estado, las instituciones, los prestadores del servicio y sus destinatarios finales. A su vez, requiere que se establezcan un conjunto de reglas que orienten la formulación, diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas en salud y que sirvan de criterio para que las entidades encargadas de ejercer vigilancia y control cuenten con información relevante para determinar si las obligaciones que conlleva han sido desconocidas.

Estos principios son los que consideramos básicos, sin perjuicio que puedan formularse muchos más, siempre y cuando respeten los contenidos mínimos que establecen, pues en nuestro criterio son la mejor forma de proteger la diversidad, diferencia y dignidad de los destinatarios del derecho, así como la conciliación entre los intereses privados e institucionales que demanda su gestión.

Finalmente, consideramos necesario precisar que estos no son principios de un derecho a la salud de contenido más general, sino que corresponden a nuestro objeto de estudio: el derecho a la asistencia sanitaria, asunto que no implica que los principios aquí formulados pueden emplearse para garantizar otro tipo de aspectos o facetas del derecho a la salud.

## 5.1. Principio de universalidad

El acceso a las prestaciones básicas en materia de asistencia sanitaria no puede supeditarse a la clasificación de las personas en diferentes o determinados grupos poblacionales. Todas las personas deben tener un acceso garantizado a un conjunto de prestaciones las cuales sólo pueden variar por el consentimiento expreso de la persona destinataria, la renuncia de esta o la necesidad de materializar un enfoque diverso.

En este sentido, todas las personas por el simple hecho de existir deben tener un paquete básico de prestaciones que les permitan el desarrollo de sus capacidades humanas, salvo que debido a las diferencias basadas en criterios físicos, mentales, sociales y culturales requieran de un enfoque de atención diferente para poder ejercer sus capacidades.

El principio de universalidad establece el paquete básico de prestaciones, pero no implica que las que sean de otro tipo no puedan contemplarse en los planes de beneficios, los cuales deben ser acordados de manera democrática por cada uno de los Estados. En este último caso ya no se estaría hablando del derecho a la asistencia sanitaria, sino a un derecho más complejo como puede ser el de la salud.

El contenido mínimo de los paquetes de prestaciones corresponde a las mínimas requeridas para que los sujetos puedan desarrollar sus capacidades en las sociedades a las que pertenecen, en este punto es importante tener en cuenta el criterio de autorreconocimiento de los sujetos como miembros de un colectivo humano.

## 5.2. Principio de autonomía

El derecho a la asistencia sanitaria tiene por objeto garantizar las condiciones básicas para poder ejercer las capacidades humanas, pero la ejecución de los funcionamientos

corresponde a la esfera de la autonomía del individuo, la cual no puede ser vulnerada ni siquiera porque la ciencia médica le indique que es para su propio bien. En sentido similar, el desarrollo de funcionamientos no puede imponerse a una persona invocando el bien general, la utilidad pública o cualquier consideración relacionada con el bienestar personal o general.

De esta manera, nuestra teoría garantiza a las personas la posibilidad de poder ejercer las capacidades humanas, pero no les impone que lo hagan. Estas decisiones deben adoptarse de manera personal e informada, pero no puede establecerse un reproche o generarse una política paternalista sobre las personas.

## 5.3. Principio de gestión eficiente

Las prestaciones relacionadas con el derecho a la asistencia sanitaria deben gestionarse de manera inmediata a la demanda de servicios por parte del usuario. El diseño institucional para llevar a cabo tal tarea tiene que ser eficiente de tal manera que permita establecer de manera concreta quienes son los responsables en cada etapa del proceso, para de esta manera resolver problemas de gestión y sancionar a quienes establecen barreras para el goce efectivo de la garantía.

En ese sentido los Estados deben realizar evaluaciones periódicas sobre la prestación del servicio y establecer indicadores de gestión que permitan evidenciar los problemas en el diseño, formulación, ejecución y evaluación de los procedimientos y políticas públicas dispuestos para la satisfacción del derecho a la asistencia sanitaria. Aunado a ello deben reportar tal información de manera periódica a los entes de control nacionales e internacionales, con el objetivo de compartir su experiencia pues tales datos deben ser de dominio público global, al regular un derecho humano.

Tales datos deben servir como criterio para analizar la gestión de cada país en relación con el goce y satisfacción del derecho y servirán para evaluaciones posteriores sobre el grado de cumplimiento de la garantía de actuar *hasta el máximo de sus posibilidades* (económicas y de recursos humano) en su protección progresiva.

## 5.4. Principio de igualdad de trato

En virtud de este principio, las legislaciones internas deben incorporar un sistema de precedente judicial obligatorio en materia de casos relativos al derecho a la asistencia sanitaria, pues, aunque cada problema relacionado con la salud tiene connotaciones únicas y varia de persona a persona, las legislaciones deben prever la obligación de trato igual cuando las similitudes de un caso frente a otro sean más grandes que sus diferencias.

Las prestaciones autorizadas por precedente incorporaran la lista de prestaciones básicas para la asistencia sanitaria y su exclusión solo podrá llevarse a cabo luego de una autorización judicial por parte del Tribunal Constitucional, luego de escuchar expertos sobre la materia que establezca que tales prestaciones no son necesarias para el desarrollo de capacidades.

Para esto las instituciones que prestan el servicio de salud debe tener un comité técnico y ético en el cual se establezca, a partir de la identificación de similitudes y diferencias, si un asunto debe ser asumido de la misma manera que otro estudiado, esto es, si sus características le ubican en la misma tipología de un caso que ya fue tratado, para de esta manera autorizar las mismas prestaciones. Por supuesto que tales dictámenes pueden ser impugnados por parte de los usuarios cuando no estén de acuerdo con las decisiones de negar las prestaciones que se adopten en tales comités, para lo cual deberá establecerse una instancia respectiva. Los casos en los cuales persista el descontento por parte los usuarios pueden ser llevados ante los jueces.

## 5.5. Principio de inminencia

De conformidad con este, cuando exista una amenaza grave de causar un daño que impida que una capacidad no pueda ser desarrollada nunca más debe autorizarse la prestación del servicio, aun cuando no se encuentre dispuesto en la lista de prestaciones básicas existentes.

Esta decisión, a su vez, pasará a conformar la lista de precedentes para el manejo de casos futuros y su exclusión deberá someterse a las reglas dispuestas en el principio de trato igualdad. A su vez, en armonía con el principio de universalidad las prestaciones que incorporan el derecho a la asistencia sanitaria deben ser cubiertas por el Estado, razón por la cual, en el evento en que la mala gestión impida que se destinen los recursos de manera oportuna para que se satisfaga una prestación, esta podrá ser financiada con fondos privados (por ejemplo con dinero de los familiares o de préstamos) y posterior al pago se podrá solicitar el respectivo reembolso al Estado, con los respectivos intereses.

En este último caso, y para prevenir la corrupción, el Estado deberá iniciar las respectivas investigaciones sobre la denegación del servicio, determinar las responsabilidades a las que haya lugar, sancionar a estos e iniciar acciones de cobro en contra de estos.

## 5.6. Principio de preponderancia

Debido a que el derecho a la asistencia sanitaria una condición necesaria para el desarrollo de las capacidades humanas, toda discrepancia entre tal derecho y las capacidades debe resolverse a favor del primero. Así se establece una prioridad en el sistema de fuentes jurídicas y en los planes de política pública. En sentido similar a los principios lexicográficos empleados en la teoría de Rawls.

Para nosotros resulta claro, que todas las capacidades requieren como condición de posibilidad la atención en salud, incluso la segunda de ellas referida a la salud, pues esta parte de un concepto amplio de salud y no su forma más básica, esto es su accesibilidad, en la cual nosotros hacemos énfasis en nuestra teoría.

## 5.7. Principio de equidad

De conformidad con este principio, las personas deben contribuir en la medida de sus posibilidades. Esto implica que no solamente se tenga en cuenta el importante factor económico, sino que debe tenerse en cuenta que todos los miembros de la sociedad aportan al crecimiento de esta desde diversos campos.

Partiendo de la certeza de que no existe un servicio público gratuito o un derecho con la misma connotación (como se observó, hasta los derechos de abstención requieren de inversión económica estatal) debe establecerse quienes deben contribuir con recursos económicos y quienes, por carecer de estos, contribuyen en otra forma. De esta manera, la provisión de recursos para financiar un derecho a la asistencia sanitaria debe tener en cuenta los recursos económicos de las personas para de esta manera imponer tributos progresivos que tengan en cuenta la capacidad real de pago y contribución de las personas.

## 5.8. Principio de solidaridad

Los aportes para la financiación de un derecho a la asistencia sanitaria son obligatorios para todas las personas al interior de cada Estado. Aunque se goce de buena salud o se tengan los medios económicos para acceder a servicios de salud de mayor calidad, la obligación de cubrir los niveles básicos de toda la población es imperativa.

Como se expuso, en el principio de autonomía: se garantiza la posibilidad de desarrollar las capacidades, sin perjuicio de que se quieran llevar a cabo sus respectivos funcionamientos. De esta manera, la obligación solidaria no es contingente o sólo para las personas que requieran el servicio.

## 5.9. Principio de respeto a la diversidad

El derecho a la asistencia sanitaria debe establecer un trato diferenciado frente a las personas que debido a su diversidad cultural, física y psíquica presenten dificultades para transformar las prestaciones básicas en capacidades. La diversidad y la diferencia son condiciones de humanidad razón por la cual un paquete de prestaciones básicas debe incorporar las necesidades de sus destinatarios como miembros de colectivos sociales y la manera en la cual perciben la realidad, su cosmovisión, sus instituciones, su sentido de la justicia.

La teoría sobre la asistencia sanitaria pretende establecer condiciones para el desarrollo de capacidades humanas, pero no puede tornarse en la imposición de un discurso sobre lo bueno, o lo correcto. Es una teoría sobre la manera de transformar los bienes en oportunidades reales y para que ello tenga lugar deben escuchar y tomar partido por la protección de las sociedades con riqueza cultural particular, como sujetos dignos de disentir con base a la autoridad que les confiere su existencia. De esta manera, para este tipo de sociedades deberán permitirse las exclusiones de prestaciones básicas que entren en conflicto con su identidad, que no respeten sus usos y costumbres o incluso la incorporación de prestaciones necesarias para preservar la diversidad.

## 5.10. Principio de aceptación de condiciones médicas preexistentes

Las entidades encargadas de garantizar las prestaciones del derecho a la asistencia sanitaria están en la obligación de atender a todos los usuarios del sistema que de manera

libre las elijan para tal propósito y no pueden negar el servicio con fundamento en una enfermedad preexistente al momento de la afiliación.

Sin importar el origen del problema de salud deben aceptar todos los usuarios, exceptuando a los prestadores que no tengan la capacidad técnica o tecnológica para ello. En estos casos el Estado, a través de sus instituciones, deberá investigar si la falta de capacidad alegada se encuentra justificada y someterá a control y evaluación a la entidad prestadora del servicio, dado que su contratación únicamente puede llevarse a cabo si garantiza que tiene los medios para que sus usuarios puedan resolver las dificultades les impide el desarrollo de capacidades humanas centrales.

## 5.11. Principio de enfoque presupuestal basado en la diferencia

De conformidad con este principio los recursos que se destinan para la satisfacción del derecho a la asistencia sanitaria no pueden asignarse de manera uniforme, sino que debe efectuarse a partir de enfoque diferencial que tenga en cuenta la dificultad que presentan los prestadores del servicio, así como algunos usuarios del sistema por causa de sus patologías, su diversidad funcional, el grado de discapacidad de minusvalía e invalidez, las dificultades técnicas y tecnológicas para su atención y los factores culturales.

En consecuencia, el cálculo de las asignaciones debe realizarse dependiendo el grupo de riesgo en el que se encuentre el usuario del sistema, para garantizar un trato equitativo a partir de las necesidades propias de los individuos para desarrollar las capacidades básicas humanas[99].

[99] La justificación de este principio puede observarse en el apartado "La justificación de un enfoque presupuestal basado en la diferencia".

# 6. RESPONSABLES DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

> *"La obligación básica general tiene que ser aquí la de considerar seriamente lo que uno debe hacer de manera razonable para ayudar a la realización de la libertad de otra persona, y tomar atenta nota de su importancia y su influenciabilidad, así como de las propias circunstancias y la eventual efectividad".*
>
> Amartya Sen, La idea de la justicia, 2010: 405.

La satisfacción de las prestaciones del derecho a la asistencia sanitaria implica la concurrencia de una extensa red de instituciones que deben cumplir con procesos específicos para con el propósito de dar por cumplida tal obligación. El Estado es el mayor responsable, pero ello no implica que todo incumplimiento atribuírsele de manera directa. Su función es aprovisionar los recursos económicos (que pueden ser a partir de la vía impositiva o de la rentabilidad de sus empresas, las utilidades de ventas de activos estratégicos o por concesiones, entre otros) para garantizar las prestaciones a través de sus propias instituciones o mediante la contratación de prestadores privados.

Efectuado el giro de recursos a los prestadores del servicio, la responsabilidad en principio recae sobre estas entidades, pero ante su incumplimiento reiterado y el riesgo a la afectación definitiva del empleo de las capacidades el Estado debe responder subsidiariamente e iniciar las acciones administrativas o judiciales en contra de los prestadores que contrató.

Esto resulta de importancia cardinal, pues el Estado debe responder por la prestación de servicios para garantizar el desarrollo de capacidades humanas, lo cual puede hacer por su cuenta o por medio del contrato con entidades privadas, pero en todo caso es una responsabilidad propiamente suya que está en la obligación de satisfacer.

De otra parte, las instituciones al interior del Estado encargadas del formulación, diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas, que tienen como propósito materializar las prestaciones que requiere el derecho a la asistencia sanitaria, son agentes estatales responsables de cumplimientos de sus obligaciones específicas en la extensa red logística que se requiere para satisfacer las prestaciones del derecho. Sin embargo, las instituciones deben establecer protocolos para evaluar su gestión e individualizar las personas que intervienen en cada proceso para que respondan por las actuaciones deliberadas que generan riesgo de incumplimiento del derecho o un daño irreparable al usuario del sistema, pues si bien la responsabilidad es institucional, las instituciones deben repetir económicamente contra funcionarios incompetentes e iniciar las medidas disciplinarias. Esto evita que la responsabilidad se diluya entre toda la institución y que los agentes estatales consideren irrelevantes los perjuicios que ocasionen.

De otra parte, los destinatarios del derecho a la asistencia sanitaria también son responsables de las garantía del mismo, no sólo a partir de las contribuciones que deben realizar al sistema (en caso que ese sea el modelo de financiación escogido por el gobierno), sino por el uso responsable del mismo, el deber de denunciar actos de corrupción y aportar información fidedigna a efectos de establecer la clasificación del usuario en los grupos de riesgo y su respectiva financiación con fundamento en ello[100].

[100] Sobre este punto analizar las consideraciones que se realizaron sobre la justificación de un enfoque presupuestal basado en la diferencia.

# 7. LA FUNCIÓN DE CONTROL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

> *"(...) los jueces deberían aplicar las reglas establecidas por el legislativo, interpretadas de la misma forma, pero cuando se enfrentan a una supuesta laguna no deberían legislar como lo haría el parlamento, sino que, en vez de ello, deberían tratar de identificar los principios de equidad o justicia que mejor justifican el derecho de la comunidad como un todo y aplicar esos principios al nuevo caso".*
>
> Ronald Dworkin, *La justicia con toga,* 2007:270.

> *"Considero cierto que la Constitución es un texto vivo, pero no tiene vida por sí misma, sino que, como las plantas, esta requiere de la fotosíntesis legislativa y judicial para desarrollarse".*
>
> Juan Barrero, *Jurisprudencia Constitucional*, 2018: 17.

Las teorías sobre la justicia pueden decir mucho sobre la justificación de colaborar con nuestros semejantes cuando requieren de nuestra ayuda. En este trabajo hemos dado importantes razones para tal efecto, pero las ideas requieren de instrumentos para su materialización, so pena de alimentar un conjunto de razones sobre el deber ser que no tienen incidencia práctica en las vidas de quienes habitan el mundo. Desde esta perspectiva consideramos que, a pesar de todos sus problemas, el Derecho constituye una herramienta efectiva para la consolidación de garantías básicas, a partir de la determinación concreta de los responsables de formular, diseñar, ejecutar y evaluar planes de acción para materializar tales propósitos.

Aunque el Derecho establece prescripciones sobre el deber ser tiene efectos concretos sobre la realidad, establece garantías y obligaciones y cuenta con mecanismos persuasivos para tornar eficaces las decisiones judiciales que resuelven acusaciones sobre su desconocimiento. Esto cobra sentido, dado que el Derecho no se refiere exclusivamente a la

validez de las normas, en el entendido de verificar su proceso de producción, sino a la eficacia de estas y sus consecuencias en el sistema jurídico.

Así las cosas, un derecho sobre la asistencia sanitaria no protege a las personas por el hecho de estar consignado en una norma o incluso en la Constitución, sino por las implicaciones reales que tales contenidos normativos tienen en la sociedad y la manera en la que influyen en los miembros de esta.

Si bien todos tenemos una incidencia significativa en el cumplimiento de las normas, resulta necesario establecer responsables concretos que lleven a cabo la voluntad general y que establezcan las sanciones respectivas a quienes desconozcan los acuerdos generales sobre las conductas permitidas y sobre los proyectos que como sociedad tenemos. En ese escenario aparecen las instituciones, las cuales son producto de nuestra voluntad de concretar los mandatos democráticos, dado que encarnan nuestros compromisos como comunidad y se encuentran revestidas de la legitimidad que le aporta nuestra confianza, para llevar a cabo tan compleja tarea.

Las instituciones legislativas tienen la función de proteger el derecho a la asistencia sanitaria, en el entendido de garantizar los niveles mínimos alcanzados en el ámbito de su protección sustantiva, de los recursos que se destinan para tales efectos y del cumplimiento de requisitos de acceso. A su vez, deben establecer como hoja de ruta un aumento progresivo de las garantías que incorpora tal derecho y establecer las condiciones para que toda decisión que se adopte sobre el mismo sea debatida con una representación efectiva de todos los destinatarios de las normas.

En relación con las instituciones administrativas, resulta necesario su compromiso para formular, diseñar, ejecutar, ejecutar y vigilar las políticas públicas que concretan los derechos. Claramente el derecho a la asistencia sanitaria requiere de un complejo manejo institucional en el cual se encuentran inmersos prestadores del servicio como los profesionales del campo de la salud, las entidades que ejercen control sobre el

comportamiento de los referidos, pero también sobre los contratos y recursos que se destinan para satisfacer las prestaciones.

La logística que requiere un derecho a la asistencia sanitaria es un asunto técnico que sólo puede ser superado a partir de una gestión administrativa eficiente, con expertos sobre la materia, con objetivos y metas claras y con una comunicación entre prestadores del servicio y destinatarios finales que permita determinar los avances, fallas y retrocesos para incorporar las correcciones precisas a fin de prestar un mejor servicio. Sin embargo, a pesar de existir mediana claridad sobre las funciones de las ramas del poder público surgen dudas válidas sobre la eficacia: ¿Quién garantiza que las funciones asignadas se realicen de manera eficiente o, incluso, que se lleven a cabo?

Es en este escenario en donde se puede apreciar la importancia de la función judicial, quien tiene a su cargo, entre otras, el establecimiento de responsabilidades y sanciones a los funcionarios que no cumplen con las tareas asignadas para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria. No obstante, tal competencia se encuentra establecida en las leyes y en las normas que regulan la materia, pues el juez es el vehículo por el cual se expresan los mandatos legales y constitucionales.

De ello se deriva la importancia de que la Constitución como fuente primaria del ordenamiento jurídico establezca de manera concreta el derecho fundamental a la asistencia sanitaria y que tal asunto sea protegido por una institución que no permita que tal contenido se distorsione o que su cumplimiento se torne difuso y poco vinculante.

Como es sabido los Tribunales Constitucionales cumplen con la función de garantizar la supremacía e integridad de la Constitución Política, lo cual implica que tienen el deber de proteger su contenido y establecer el sentido de la interpretación que se hace sobre tal instrumento, estableciendo sendas salvaguardas para que el texto exprese de la manera más fidedigna la intención genuina de la sociedad que la suscribió.

Si bien el concurso del conjunto de instituciones es relevante para materializar un derecho a la asistencia sanitaria, la importancia de los Tribunales Constitucionales en tal empresa es determinante, pues tienen la posibilidad de solucionar los bloqueos institucionales que se presentan en la concesión de una política pública e incluso pueden llegar a determinar si esta no se encuentra conforme con los lineamientos constitucionales y de derecho internacional público sobre la materia.

Tal como se expuso en este trabajo existen ejemplos exitosos de la intervención de Tribunales Constitucionales para lograr el goce efectivo a derechos sociales, entre estos a la seguridad social y salud, en los cuales tales órganos judiciales determinaron la vulneración de normas de derecho internacional público y de contenidos constitucionales, a partir de los cuales establecieron medidas sobre la administración y sobre el poder legislativo, para que cesaran tales vulneraciones, con resultados medibles y concretos sobre la realidad de cientos de personas[101].

En ese sentido, los Tribunales Constitucionales se convierten en auténticos guardianes de los derechos humanos y establecen directrices concretas para que se cumplan los contenidos dispuestos en el PIDESC y en las observaciones generales que tratan el tema del derecho a la salud. Así las cosas, las obligaciones internacionales consignadas en tales instrumentos no corresponden a un discurso retórico si se tiene la confianza de que los Tribunales Constitucionales al interior de cada Estado cumplen con su tarea de establecer responsabilidades por la inobservancia de las disposiciones allí consignadas, e incluso fungen como directores de la discusión de política pública, estableciendo condiciones mínimas en su formulación, planes de acción para la garantía escalonada y progresiva, pero con resultados verificables y con un impacto inmediato en el goce de derechos de la población.

[101] Este asunto fue tratado en el capítulo sobre "La asistencia y el papel de las instituciones" en el capítulo que se analizó la propuesta de Martha Nussbaum.

Tal es el caso del Tribunal Constitucional Colombiano, el cual creo una Sala Especial de seguimiento en materia de derecho a la salud, la cual tenía como propósito verificar el cumplimiento de las decisiones judiciales que pretendían armonizar el sistema de aseguramiento de seguridad social en salud a las disposiciones constitucionales y de derecho internacional público en materia de la garantía de tal derecho.

Para ello, el Tribunal Constitucional se erigió en un coordinador de política pública, toda vez que garantizó un espacio en el cual las instituciones administrativas fueran escuchadas y adoptaran decisiones conjuntas y armónicas que permitieran resolver los bloqueos institucionales que generaban problemas en la prestación del servicio público de salud. En ese sentido, el Tribunal no asumió una competencia reservada el poder ejecutivo, sino que facilitó el diálogo entre las instituciones, la sociedad civil, los prestadores del servicio y, en general, todos los actores relevantes para garantizar el derecho a la salud, encarnando una especie de árbitro y dejando incólumes las competencias funcionales establecidas en el diseño constitucional.

De esta manera, consideramos que los Tribunales Constitucionales son instituciones que tienen el diseño adecuado para garantizar los estándares establecidos para el derecho a la asistencia sanitaria, pues tienen una incidencia efectiva en la realidad y tienen el poder establecer responsables, sancionar a los infractores y solucionar bloqueos de orden institucional, por lo cual nos distanciamos de propuestas que pretenden la creación de organismos internacionales para juzgar la vulneración de derechos sociales, como la de Nussbaum, no porque consideremos que sean impertinentes, sino porque ya contamos con mecanismos para resolver el problema de la ineficacia de los derechos.

Así, en nuestro criterio, la creación de entidades jurídicas supranacionales no resulta necesaria dado que los ordenamientos internos cuentan con mecanismos no sólo para garantizar la validez de las normas que regulan un derecho a la asistencia sanitaria (derivado de la suscripción de los pactos internacionales), sino su eficacia.

De esta manera nuestra teoría de la justicia sobre el derecho a la asistencia sanitaria considera que su protección debe estar a cargo de los ordenamientos internos, en los cuales los Tribunales Constitucionales cumplen con una función ordenadora, sancionatoria y de veeduría, tomando como parámetro de control las previsiones legales y constitucionales propias de su sistema jurídico, las cuales, en todo caso, deben guardar armonía con las previsiones establecidas en los instrumentos de derecho internacional público, entre los cuales se encuentran, por supuesto, la interpretación basada en un enfoque de capacidades como el formulado por nosotros.

# III. UN NUEVO PARADIGMA DE LA LIBERTAD: LA INCLUSIÓN

> *"Siendo múltiples las caras de la dominación, son múltiples las resistencias y los agentes que las protagonizan. En la ausencia de un principio único, no es posible reunir todas las resistencias y agencias bajo el amparo de una gran teoría común. Mas que una teoría común lo que necesitamos es una teoría de la traducción que haga mutuamente inteligibles las luchas y permita a los actores colectivos «conversar» sobre las opresiones a las que se resisten y las aspiraciones que los animan".*
>
> Boaventura de Souza Santos, *Crítica de la razón indolente*, 2003: 28.

## 1. EL ABANDONO DE LA TEORÍA CONTRACTUALISTA Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA RAZÓN PRÁCTICA

La mayoría de los enfoques y teorías estudiadas centran su atención en el debate sobre las condiciones para establecer un contrato social, los sujetos que determinan los principios que rigen este, los objetivos que debe perseguir y los límites del poder del Estado en la asignación de derechos y la correspondiente redistribución de recursos.

Aunque esto se muestra como un problema grande no vemos porque debe reflexionarse de manera profunda en un asunto que no tiene incidencia práctica. Para ser justos vale decir que resulta ilustrativo para establecer las dificultades que presentan tales teorías en relación con la inclusión, pero más allá de detectar sus falencias como ejercicio académico, no vemos la necesidad de emprender una empresa dirigida a atacar o justificar un contrato social que no existe ni existirá.

No hay una posición original, así como no hay un contrato social. Existe una sociedad dada, con problemas que cambian en la medida en la que evolucionan los derechos, las

necesidades humanas y la distribución de la riqueza. Resulta estéril hablar de un contrato y de la falta de inclusión de algunas personas, así como lo es hablar sobre los problemas que se suscitarían si los humanos pudiesen volar ¿desde qué edad se permitiría volar? ¿podrían volar las personas que tienen problemas de salud? ¿el Estado debería regular los horarios, las frecuencias y la forma de vuelo de las personas? ¿Quiénes estarían llamados a conformar las reglas sobre el particular?

Lo cierto es que, si los humanos no pueden volar, surge el cuestionamiento ¿para qué formular reglas sobre ello? ¿por qué cuestionar lo que digan las teorías sobre el vuelo en humanos? De la misma manera es válido preguntar ¿si el contrato social hipotético no existe, porque invertimos nuestros esfuerzos tratando de remediar sus falencias, incluso si con ello desconocemos los problemas humanos actuales o, peor aún, legitimamos que algunos seres humanos sean marginados por la sociedad?

Sobre la base de estos cuestionamientos resulta extraño que el contractualismo haya dominado por largo tiempo los debates sobre las teorías de la justicia, tal vez por lo fascinante de su contenido y por las sensaciones que produce; nos hace creer que en algún momento tenemos el control sobre la sociedad, que podemos determinar cómo puede estructurarse como si fuéramos los arquitectos del mundo o tuviéramos la oportunidad de influir en las mentes y corazones de todos los seres humanos. Esa sensación de poder tal vez es su fuerte, pero también su principal debilidad.

No podemos rediseñar el mundo a partir de un boceto en blanco, pero podemos adoptar decisiones sobre las cuestiones que existen, diseñar planes de acción, reconocer y negar derechos sobre seres humanos reales. Las problemáticas actuales requieren abandonar los escenarios hipotéticos y ser más pragmáticos sobre las acciones que se requieren para respetar la dignidad de las personas, para dotarlas de derechos y obligaciones, para adoptar decisiones que nos protejan frente a las contingencias de la vida, así como para evitar las arbitrariedades de quienes detentan el poder.

Por supuesto que podemos tomar los importantes elementos teóricos de la tradición contractual y trabajar sobre algunos de ellos para cumplir con nuestro cometido: formular una teoría de la justicia del derecho a la salud, en su faceta de asistencia sanitaria. Pero ello implica que abandonemos teorías que por seductoras que sean nos impidan su garantía.

Las doctrinas liberales no reconocen un derecho universal a la asistencia sanitaria, de hecho, no reconocen ningún derecho universal de contenido prestacional. Entre la tradición liberal, sólo los más osados reconocen garantías mínimas en el campo de la salud, pero estas garantías no son derechos, son servicios a cargo del Estado, o derechos en cabeza de determinadas personas, cuando se cumplen determinadas condiciones (como lo propone Hayek).

¿Es la salud un asunto suntuoso? ¿acaso no constituye uno de los presupuestos más básicos para poder ejercer cualquier derecho? Si el origen de la legitimidad del Estado es garantizar los derechos (y en ello todas las teorías de la justicia estudiadas confluyen) ¿cómo puede ponerse en duda uno de los cimientos para que los Estados cumplan con su función?

Nuestra perspectiva es que tal deber surge de las funciones básicas del Estado. No tiene lugar porque la sociedad tenga la intención de ser buena, de tener una voluntad orientada hacia el bien que no entre en confrontación con la naturaleza humana, o de cualquier otra connotación de origen trascendental, sino que surge del respeto que nos tenemos como seres humanos.

Muchos discursos se articulan alrededor de la moralidad asumiendo que esta implica que seamos bondadosos con otras personas, incluso frente a quienes no conocemos. Esta idea es asumida por liberales clásicos (A. Smith), liberales neoclásicos (F. Hayek), liberales igualitarios (J. Rawls R. Dworkin y N. Daniels), libertarios (T. Engelhardt y R. Nozick), teóricos del enfoque de capacidades (A. Sen y M. Nussbaum) e incluso outsiders (A. Buchanan), todos estos consideran que existe una obligación moral de ayudar a los demás y

sus diferencias radican en elevar tal deber a una norma, o en los límites de las obligaciones de tal índole.

Sin embargo, es pertinente preguntarnos si las obligaciones morales se remiten sólo al acto de bondad, de lo correcto o de la razón práctica. De una u otra manera estos autores han sido influenciados por Kant, por su idea del bien más allá del interés, de las consecuencias, de las acciones buenas en sí mismas por *mor* del deber. Así surge un deber condicionado por la naturaleza humana, por la esencia misma de las personas que habitan este planeta y cuyo desconocimiento les desnaturaliza y desprovee de sus rasgos esenciales. No es posible actuar por fuera del deber moral, no es ético, no es bueno, no es de humanos. Es claro el argumento de Kant (1959) en este punto: no es posible una voluntad que actúe por fuera de la razón misma (p. 41). Así las cosas, la voluntad y la autonomía sólo son posibles al interior de los márgenes que nos permite nuestra propia y condicionada humanidad.

Pero surge la duda: ¿a cuál razón se refiere Kant? A la razón práctica, aquella dirigida a responder ante el interrogante: ¿qué debemos hacer? ¿cuáles son nuestras obligaciones como seres humanos? ¿qué nos es permitido realizar con nuestras vidas y con nuestra libertad? La voluntad de hacer el bien aparece como una idea reguladora, es una premisa buena en sí misma, libre todo tipo de discusión, la cual debe guiar todas nuestras acciones y sobre la cual se fundamenta la idea misma de moral.

Sin embargo, ¿es la voluntad misma del bien y su idea de bondad hacia los demás suficiente para establecer una obligación de ayudar a los demás? Esta pregunta ha estado presente en las mentes y los corazones quienes han intentado establecer el alcance y límites de los derechos que requieren de la redistribución de recursos por la vía impositiva. Incluso ha estado presente en quienes consideran que no existe un derecho, pero si existe un deber de ayudar a los otros.

Quienes consideran que el ejercicio de la libertad y de la autonomía requieren que la ayuda a los demás debe partir de pleno consentimiento de los seres humanos para disponer de sus bienes han expuesto que se trata de obligaciones morales, que no son imperativos categóricos, sino que dependerá de la voluntad humana. De otra parte, algunos quieren ir más lejos y tornar en obligaciones legales, aquellas derivadas de las obligaciones de índole moral.

El Estado como mecanismo de redistribución de bienes, de adjudicación de derechos, de creación de la beneficencia forzosa o en términos más refinados de la solidaridad, de la equidad y de la libertad, es al parecer el centro de la discusión, o por lo menos así sea ha visto en todos los autores convocados en este trabajo. Sin embargo, tal como expresaba Buchanan (1984) en algunos casos es pertinente poner a prueba los conceptos, pues de su estudio analítico no se desprenden los elementos estructurales que se le atribuyen a estos, tal como sucede con el concepto de beneficencia, en el cual la posibilidad de establecer el beneficiario por parte del contribuyente corresponde más al pragmatismo o la intuición que se tiene de tal término.

En un sentido similar, Foucault (1990) señalaba que hacía falta poner en tela de juicio la forma de racionalidad existente, pues no bastaba con denunciar los abusos y los defectos de las instituciones que ejercen el poder, sino que era necesario cuestionar de qué manera se racionalizan las relaciones de poder que tienen lugar en su interior y la manera en que se forman las estructuras que ejercerán influencia en la adopción de decisiones posteriores (p. 140).

Si entendemos que las relaciones de poder que subyacen al establecimiento de un mínimo decente de atención en salud, o al funcionamiento normal de la especie, o incluso al concepto de capacidades para el ejercicio de la libertad, están permeadas por una concepción de la moral y la imposibilidad de reconciliar las diferentes teorías de la justicia debido a que no ceden entre las posiciones propias de cada una sobre las implicaciones y los límites de la obligación moral de ayudar a los demás, tal vez sea momento de renunciar a un problema sin solución, sobre todo si la concepción moral basada en el bien, nos aleja más que acercarnos.

Es necesario cuestionar el concepto de la razón práctica no como idea regulativa, sino en su contenido. La razón que establece una moral basada en lo correcto, en la bondad, en la esencia del ser humano y en aquello que nos insta a hacer el bien so pena de renunciar a nuestra propia naturaleza, debe sucumbir y dar paso a una nueva idea de moralidad, más pragmática, más consciente de la realidad, más respetuosa de las libertades, más conectada con lo que demanda un mundo real, más sensible a nuestras necesidades, en última instancia una moral más generosa con nosotros que no nos encadene a un mundo de los fines, de lo ideal, de lo que deberíamos pero no podemos hacer.

Es necesario asistir al ocaso de tal entendimiento de la razón práctica no sin antes expresar nuestra gratitud por generar el sustrato que enriqueció las discusiones sobre el deber de ayudar a nuestros semejantes, por establecer una idea regulativa que, así fuera por *mor* del deber, nos direccionaba a estrechar nuestros lazos como humanos. La nueva razón práctica debe establecer una moral basada en el respeto por nuestros semejantes y estar desprovista de los elementos místicos o de las condenas eternas por su inobservancia. Una moral que no se fundamente en el temor al castigo impartido por un ser superior o la renuncia a la humanidad, sino que, independientemente de las creencias y valores, tenga como eje rector la consideración y empatía que nos tenemos los unos a los otros, el respeto a la dignidad humana, a la individualidad, a no ser tratados como medios para un fin mayor, a la diversidad y la diferencia.

Por tanto, la moral que proponemos es aquella que garantiza unas prestaciones mínimas e indispensables en materia sanitaria, sin apelar a la compasión, a la bondad, a la religión, sino al respeto mutuo, como la mejor forma que tenemos de protegernos a nosotros mismos de las contingencias que tiene la vida y que al mismo tiempo maximiza la diversidad y el respeto de la diferencia, como condiciones de la humanidad.

De hecho, en el escenario en el que los más puristas no estén dispuestos a abdicar de la moralidad de antaño es necesario e incluso imperativo, dejar de adoptar decisiones basadas

en la bondad. Así, incluso si no se le quiere poner el nombre de nueva moralidad, las decisiones en materia sanitaria deben fundamentarse en los presupuestos de esta idea.

En ese sentido la idea de un ser humano perfectible e ilustrado que avanza inexorablemente hacia el progreso y que debe hacer el bien debe dar un paso al costado, pues no debemos ayudar a los demás porque debemos ser buenos, sino porque tenemos la obligación de hacerlo dado que los demás (incluso quienes no conocemos) necesitan tanta ayuda, como la que necesitamos nosotros mismos para vivir en un mundo, en el cual es inconcebible la vida en soledad.

Esta es una cuestión evidente: no importa que tantos medios económicos tenga una persona, que tan afortunado ha sido en la lotería natural y social, que capacidades excepcionales tenga para transformar los bienes de los que puede disponer, si no tiene con quien hacer transacciones, si no tiene con quien interactuar, si no tiene con quien compartir, incluso (en el escenario más egoísta) si no tiene con quien comparar su riqueza. Un mundo con una riqueza abundante, con un desarrollo tecnológico sin precedentes y, tal vez, con las libertades más amplias que jamás hayan existido, no es posible sin la seguridad de una solidaridad hacia los demás y de ellos con nosotros.

Un escenario fundamentado en la nueva moralidad o que por lo menos renuncie a la vieja moral es un paso fundamental para la creación de la obligación de brindar asistencia sanitaria a los demás. La consideración hacia nuestros semejantes para lleven a cabo vidas que valgan la pena vivir, no es un acto de generosidad, sino que es un acto de necesidad para garantizar nuestra propia protección y supervivencia en el planeta. Mas que dar aportes teóricos para librarnos de la obligación de ayudar a otros, nuestro instinto de conservación debería llevarnos a reclamar la oportunidad de brindar protección a nuestros semejantes. Así las cosas, dos ideas deben guiar una nueva razón práctica: debemos ayudar a los demás porque (i) merecemos respeto y tenemos derecho a existir y (ii) inevitablemente, como seres humanos necesitamos la ayuda de nuestros semejantes.

## 2. LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

> *"Es difícil prever si la progresiva extensión de los derechos fundamentales y de sus garantías a la totalidad del género humano llegará a tiempo para prevenir y desactivar los violentos conflictos que su violación produce tanto fuera como dentro de nuestros ricos países".*
>
> Luigi Ferrajoli, *La ley del más débil,* 1999.

El poder soberano del pueblo no es de ninguna manera absoluto. Tenemos confianza en la democracia, pero esta no implica la sumisión de las personas al aplastante poder de la mayoría. La democracia prevé el diálogo y el respeto por quienes disienten, de tal manera que todas las personas formen parte de la creación y conformación del poder político, lo cual implica el respeto por las minorías, por el respeto que nos merecen sus integrantes y de que su dignidad no puede ser reducido a un simple cálculo número. Esta percepción de la democracia se articula con el punto que estudiamos con anterioridad: la función de los tribunales constitucionales, dado que estos organismos en realidad son un poder contra mayoritario, pero esto no implica que sea contra democrático, sino precisamente se instituye como una garante de tal forma de gobierno.

Escuchar a las minorías es importante, pero lo es aún más permitirles incidir en la vida política del Estado, estableciendo unas garantías básicas que ni siquiera la voluntad mayoritaria puede vulnerar. La función de los Tribunales Constitucionales es proteger los derechos innegociables, el umbral mínimo para la satisfacción de un derecho y la integridad de las normas que establezcan tales asuntos.

En materia de atención sanitaria la función de tales Tribunales es determinante, no sólo porque establecen hojas de ruta para el cumplimiento de tal derecho (como ya observamos), sino porque establece unos deberes de abstención por parte del Estado. De esta

manera, al Estado no le es permitido, *a priori*, adoptar decisiones regresivas en materia del ámbito de protección sustantiva del derecho a la asistencia sanitaria alcanzado, y en los eventos en los cuales se dan situaciones que así lo exijan, teniendo en cuenta la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, deben establecerse unos presupuestos mínimos excluidos de cualquier negociación.

Precisamente los límites de la democracia que proponemos en esta tesis apuntan a ello. Los contenidos del derecho a la asistencia sanitaria constituyen un umbral mínimo de prestaciones que deben ser garantizadas por los Estados y cuyo contenido no puede ser desconocido por las decisiones de la mayoría, ni por sofisticados razonamientos sobre la proporcionalidad, la razonabilidad, el paso concreto de un principio o cualquier otra herramienta para la adopción de decisiones, la ciencia económica o la interpretación jurídica.

La democracia encuentra límites en el respeto de la dignidad humana y dado que esta lamentablemente se interpreta de muchas formas para establecer medidas que restringen los derechos, hasta niveles en los que se incurre en su negación, consideramos necesario establecer de manera categórica que no puede desconocer la razón práctica orientada al respeto de la persona, su derecho a existir y la certeza de la imposibilidad de la vida fuera de la comunidad. Así, la democracia no encuentra límites en las concepciones particulares del bien orientadas a objetivos individualistas, sino en la inviolabilidad de los derechos básicos del sujeto, como la asistencia sanitaria básica que le permite el ejercicio de sus capacidades orientadas a poder garantizar los funcionamientos normales de un individuo en sociedad.

No importa que tan anhelado es un fin social, que tan interesada esté la sociedad en alcanzar una meta, siempre existe un límite concreto en el individuo que no puede ser reducido a cálculos utilitarios, como el de mayor bienestar para el mayor número de individuos.

Así las cosas, el derecho a la atención sanitaria debe excluirse de cualquier cálculo, pues es la condición misma para su desarrollo. En ese orden de ideas las reivindicaciones

sobre el mercado y la propiedad pasan a un segundo plano, pues estas solo pueden existir cuando se satisfagan las condiciones básicas para tal discusión, o para que exista un ser humano que pueda reclamar cualquier derecho económico, social, cultural, político, civil, colectivo, etc.

El derecho a la atención sanitaria es uno de los cimientos de la democracia moderna, pues es precondición para la existencia del diálogo, debate, decisión e interacción que se da en esa forma de gobierno. Si la decisión democrática sobre el umbral mínimo de las capacidades ya es problemática y establece serias restricciones a las democracias, lo es en mayor grado el derecho a la asistencia sanitaria, pues es la condición *sine qua non*, apodíctica y necesaria que permite el uso de estas. De esta manera, en un orden lexicográfico el derecho a la asistencia sanitaria antecede a las discusiones democráticas y todo lo que ellas pueden regular. En otras, palabras es su condición de posibilidad, razón por la cual está por fuera de la discusión pública o de las concesiones que tienen lugar en la ponderación de los derechos.

# 3. LA INCLUSIÓN COMO IDEA REGULATIVA

> *"Cuando consideramos lo apasionado que, dadas unas circunstancias educativas favorables, se ha vuelto el sentimiento de amor al país, no podemos juzgar imposible que el amor a un país más amplio, el mundo, pueda ser inculcado con similar fuerza, como fuente de una emoción elevada y como principio de deber".*
>
> John Stuart Mill. *La utilidad de la religión.*

Hablar de la libertad es un asunto de la mayor complejidad pues muchos discursos se articulan alrededor de tal concepto. En nombre de una idea tan abstracta se han legitimado esquemas de apropiación ilimitada de recursos, la propiedad sobre el producto del trabajo de los demás, la propiedad sobre uno mismo, la garantía de un sistema de mercado sin intervención estatal, la creación de condiciones para el desarrollo, entre otros.

Nuestro objetivo en este trabajo ha sido, en parte, someter a juicio tales concepciones de la libertad y analizar las implicaciones prácticas que han tenido, y actualmente tienen, sobre nuestro entorno, de manera concreta sobre el derecho a la asistencia sanitaria. Aunado a nuestro compromiso con un concepto de libertad que permita el ejercicio de las capacidades humanas, cuyas consecuencias nos parecen una buena idea, queremos llamar la atención sobre una concepción adicional de esta que nos parece determinante en nuestra teoría de la justicia: la idea de la libertad como la posibilidad de inclusión.

La inclusión, en nuestro criterio, es un atributo de la libertad y expresa de la mejor forma lo que hemos tratado de demostrar en este trabajo: que la diversidad y la diferencia son atributos de la condición humana y que una teoría de la justicia que pretenda la libertad de los seres humanos, no puede abstraerse de estos. En ese punto coincidimos con Fariñas (2005) en el sentido de exponer que la condición humana se desarrolla entre el deseo de pertenecer a una comunidad, pero a la vez afirmar nuestra individualidad por medio de las

diferencias y por ello, constituye una buena idea que se genere un diálogo intercultural en el cual entendamos la universalidad de cada forma de pensamiento. De manera concreta señala:

> "La gran idea de la humanidad ha sido y sigue siendo hoy conciliar la universalidad de los valores con la diversidad de las culturas. La condición humana se ha desarrollado siempre en un péndulo dialéctico entre la unidad y la multiplicidad, entre lo homogéneo y lo heterogéneo, entre la búsqueda de lo común y la afirmación de la diferencia, entre lo individual y lo colectivo o, en fin, entre el triunfo de lo universal y la resistencia de lo particular" (p. 196).

Desde esta tesis defendemos que tenemos un derecho humano fundamental a ser diferentes y en esto recae nuestra riqueza como seres humanos. La diversidad está en lo más profundo de nuestro ser, nuestro carácter único e irrepetible genera una singularidad y particularidad única en el universo y en la historia de la humanidad. No hay certeza alguna de que nuestras vidas se repitan en un círculo sin fin, incluso desde lo físico y material se demuestra que nuestro ADN, nuestra huella biológica es única entre miles de millones de especímenes.

Nuestra especificidad, nuestra singularidad adquiere proporciones aún mayores en nuestro pensamiento. Las causas que nos motivan, nuestras aspiraciones y sueños están gobernados por vida que hemos llevado, por la sociedad en la que hemos forjado nuestro carácter y por las condiciones materiales de existencia que nos ha llevado a tomar decisiones dependiendo de quienes decimos ser o a la comunidad con que nos ha acogido. Desde esa perspectiva tenemos derecho a defendernos contra todo aquello que atente contra nuestro derecho a ser diferentes incluso contra la igualdad, pues esta sólo es un vehículo para que podemos ser distintos sin recriminación o imposición de alguna clase.

Así las cosas, la libertad que defendemos en esta tesis es la que nos permite ser diferentes y, a pesar de ello, ser incluidos en el seno de la sociedad. La inclusión es el respeto por la otredad, es entender las diferencias no como algo que nos separa, sino que nos une en

torno a nuestra condición humana. Si somos seres humanos somos diferentes, es un rasgo característico de toda especie, de todo elemento que ocupa un lugar en la biósfera.

Esta defensa de la diversidad hoy más que nunca es necesaria, pues muchas teorías pretenden homogeneizar el comportamiento y reducir nuestras diferencias a una mínima expresión. Sin embargo, ello no implica que renunciemos a los conceptos universales a la posibilidad de llegar a acuerdos interculturales que nos permitan desarrollar una vida en mejores condiciones sin desconocer la especificidad de cada persona o de cada colectivo.

El asunto frente a tales ideas de universalidad es que no vulneren los derechos de los demás, que no desconozcan su identidad, su *ethos* diverso, pero no ajeno a nuestra condición de humanidad. Una idea sobre la ética que respeta la diferencia y que nos conmina a escuchar al otro, a ver los problemas desde una perspectiva amplia e integral, que nos restringa de imponer normas sobre la buena vida a los demás. Sobre este punto Fariñas (2005) expone que:

> "el concepto de pluralismo cultural no se debe contraponer a la existencia de conceptos universales, ya que cada cultura o cosmovisión tiene sus propios fundamentos o cimientos universales[19] e, incluso, cada universo cultural es una imagen del mundo en su totalidad, incomprensible para otros. Por eso la convivencia entre culturas suele ser complicada y requiere un esfuerzo recíproco por no imponer condiciones absolutas a la convivencia. Una cosa es la pretensión que cada cultura o cosmovisión tiene de ser la mejor, y otra muy distinta es creer que, por esa razón, es también la mejor para todo el mundo y puede imponerse más allá de sus propios contextos de referencia" (p. 216).

La base para ello es un acuerdo mayormente procedimental, para ponernos de acuerdo en la forma en la cual tomamos decisiones, la manera en que resolvemos los conflictos y

como nos enfrentamos a los problemas, toda vez que somos diversos y complejos como seres humanos y requerimos hablar en el mismo idioma para no destruirnos mutuamente.

El lenguaje de los derechos es una buena alternativa, pero no un lenguaje imperial, ni que obedezca a una concepción moral afincada en los intereses de unos pocos, que no sea tolerante, sino que parta del reconocimiento del otro como una persona tiene la capacidad de persuadirnos e iluminarnos con sus ideas. Identificar en la otredad un interlocutor válido puede reducir nuestros acuerdos sustantivos e incluso puede permitirnos crear procedimientos más respetuosos de la diversidad, a partir de la participación conjunta en la comunidad política y de esta manera un ejercicio pleno de la democracia.

En ese sentido compartimos lo expuesto por Fariñas (2010) en el entendido que debemos entender lo público como un espacio en el cual reconocemos a los otros, pues "[l]a nueva sociedad del conocimiento debe articularse como una sociedad del reconocimiento: se trataría de hacer visibles a los "otros", habilitar políticas de presencia. Para ello, es imprescindible redefinir los espacios de formación de la opinión pública y de la expresión ciudadana" (p. 1).

La historia del derecho a la salud nos proporciona una enseñanza sumamente potente, es la pretensión de inclusión a pesar de las dificultades del ser humano para enfrentar la desgracia, la enfermedad, los condicionantes sociales y el poder que ejercen unos sobre otros para reproducir el capital. Esta es un testimonio sobre la forma en que los seres humanos hemos sido resilientes en extremo, como hemos impuesto límites al poder que se ejerce sobre el cuerpo y sobre la mente, a partir de las formas de explotación laborales, así como desde los discursos clínicos sobre el manejo de la enfermedad.

El deseo de pertenecer a una comunidad ha estado presente desde la existencia del hombre y la formulación, desarrollo y expansión del derecho a la salud son testigos de ello. Se ha manifestado de múltiples formas, como por ejemplo mediante el tratamiento de la enfermedad que durante mucho tiempo nos ha excluido de la sociedad, que nos ha puesto un

rótulo, que nos presenta como extraños o anormales. Sobre este punto, el desarrollo científico ha generado enormes avances que permiten eliminar, tratar o mitigar aquello que nos separa, pero también ha creado otro tipo de dinámicas que nos clasifica en personas o comunidades propensas a determinados riesgos.

Como se ha expuesto en este trabajo, la sociedad tiene una incidencia determinante sobre la desgracia que implica la afectación de la salud, sobre la exclusión de los pueblos, sobre el trato discriminatorio entre humanos, sobre la forma en que enfrentamos estas situaciones y los planes de acción que adoptamos. No obstante, la sociedad también tiene mucho potencial para detener la vulneración de los derechos humanos, a partir de su reconocimiento y exigibilidad; sobre esto la historia nos muestra que a pesar de las dificultades fue posible expandir una idea de libertad sobre la miseria que incluso se ha entendido como algo de la esencia de la humanidad. Las declaraciones de derechos a nivel internacional, los pactos, los comités, los tribunales nacionales e internacionales son muestra de ello.

Esta es una tarea inacabada pues como sociedad tenemos mucho que aprender sobre la inclusión. El enfoque de las capacidades de Nussbaum y Sen nos proporcionan buenas ideas sobre la manera en la que debemos evaluar nuestras diferencias. Como sociedad, por supuesto, que tenemos que enfrentar las consecuencias de las afectaciones a la salud, por medio del financiamiento de las prestaciones que pueden ayudar a mitigar, tratar o curar las afecciones. En esto consiste un derecho a la asistencia sanitaria y tal como lo hemos desarrollado en este trabajo existen razones poderosas para ayudar a nuestros semejantes.

Sin embargo, también hemos expuesto que gran parte del problema se debe a que no comprendemos que debemos a los demás, pues consideramos que *la solidaridad* involucra exclusivamente el pago de impuestos y nuestra aceptación de destinar parte de ello a financiar programas de asistencia sanitaria que se desprenden de un derecho a ello, cuando en realidad tiene un significado mucho más amplio pues se trata de establecer redes de apoyo con otras personas, no sólo en lo económico, sino en lo afectivo. En virtud de este principio, pero

también de una defensa de la libertad, como lo hemos señalado, consideramos que como sociedad debemos cambiar la forma en la que nos interrelacionamos con nuestros semejantes.

Las afectaciones a la salud generan dificultades, pero los determinantes sociales agudizan esta situación. Una sociedad incluyente debe pensar formas en las cuales independientemente del grado de diversidad de una persona, que puede ser generado entre otras cosas por la enfermedad o por las secuelas de un hecho desafortunado, puede seguir relacionándose con la sociedad, ser productivo, desarrollar su proyecto de vida y no ser excluido de la vida en comunidad.

La justicia demanda una atención sanitaria que nos permita desarrollar nuestras capacidades humanas, pero ello debe partir de un paradigma de inclusión en el cual reconozcamos que el problema no se concentra en los recursos económicos para que ello tenga lugar, sino en un cambio del enfoque que se le ha dado al infortunio y a la enfermedad. Una teoría de la justicia del derecho a la asistencia sanitaria puede contribuir a mejorar la situación de millones de personas, pero tal empresa debe ir acompañada de un cambio de pensamiento que implica el reconocimiento de los límites de la ciencia, de la medicina, de los recursos económicos y de nuestros cuerpos.

No podemos luchar contra lo inevitable, existen afectaciones en la salud incurables, situaciones que nos arrebatan lágrimas, despedidas tristes, pero podemos hacer que nuestras existencias limitadas tengan lugar en un mundo que se adapta a la gran diversidad humana, que transforma sus tecnologías para que estén al alcance de todos, que no trata a quienes han sido afectados por la enfermedad o por una situación desafortunada con lástima y compasión, sino con dignidad y respeto. Un mundo que sanciona la discriminación y entiende que la diferencia no es anormal, sino una condición propia de la especie humana.

Sin embargo, partiendo de la base de que la diversidad es una condición humana y tenemos el derecho a ejercerla, resulta imperativo preguntarse si las normas, como manifestación de los acuerdos adoptados por una comunidad, son una imposición que resulta

contraria a nuestros derechos más básicos. Tal cuestionamiento es de importancia cardinal porque pone en duda cualquier intento por establecer una teoría de la justicia o incluso de adoptar decisiones democráticas.

En nuestro criterio, la respuesta a este interrogante surge a partir de un hecho indiscutible: el hecho de que la diversidad sea un rasgo de la condición humana no implica que no sea frágil ante los constantes ataques de quienes quieren ejercer el poder (económico, social y cultural). Asumir que todos somos iguales, que todos merecen el mismo trato, que no somos más sino engranajes en la gran máquina del progreso, que debemos sacrificarnos por fines mayores, constituyen consignas empleadas por quienes han detentado el poder para tratar de darnos el mismo trato, sin importar las particularidades de cada individuo o colectivo humano diferenciado.

Ante ello, surge una solución que parece paradójica, pero reveladora de nuestras limitaciones como sujetos: Hay que establecer un consenso que permita el disenso; un acuerdo que permita el desacuerdo. Una norma de contenido general que nos obligue a respetar la singularidad de nuestros semejantes. Así como Kelsen afirma la existencia de una norma fundamental implícita que nos ordenar a observar las normas[102], nuestra teoría establece la prelación del derecho a la asistencia sanitaria frente a otros, por constituir su condición apodíctica, necesaria y eficiente.

[102] Sobre la norma fundamental en su obra Teoría pura del Derecho, Kelsen afirma: "Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas.

(…) La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental" (Kelsen, 1960, págs. 111-112. Cáp. IX).

Si entendemos la lista de capacidades centrales a las que se refiere Nussbaum como cercanas a los derechos humanos y en algunos casos correspondientes con estos[103], nosotros consideramos al derecho a la asistencia sanitaria como un derecho de base y condición *sine qua non* del ejercicio de capacidades e incluso de algunos derechos humanos. Así nuestro derecho fundamental a ser diferentes, como una condición de nuestra condición humana de ser diversos, parte la condición de posibilidad de las capacidades básicas, que adquiere el nombre de derecho a la asistencia sanitaria.

Así las cosas, en síntesis, todo lo que hasta aquí hemos dicho no tiene otro propósito que defender un derecho que es condición de posibilidad de la misma existencia. El derecho humano a la asistencia sanitaria no sólo es una expresión de la libertad, sino de la manifestación más pura del sentimiento de empatía que tenemos con nuestros semejantes. De su defensa depende no sólo el desarrollo de una vida en condiciones digas que valga la pena ser vivida, sino el ejercicio mismo de nuestra condición humana, de nuestra singularidad, de nuestra diversidad, de nuestro derecho precioso a ser distintos y únicos y, a pesar de ello, ser acogidos con gozo en el seno de una comunidad cuya única norma universal sea el respeto a la diferencia.

[103] Para Nussbaum (2012) "La lista de capacidades centrales (aquellas que, tras una detenida evaluación, han sido consideradas buenas y de suma importancia) se corresponde muy de cerca con las listas de derechos humanos convencionalmente defendidos en buena parte del mundo" (p. 89).

# CONCLUSIONES

Ha sido nuestro deseo que esta investigación aporte razones valiosas para justificar la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria. Aunque nuestra pretensión parte de un compromiso por analizar de manera detallada las teorías más influyentes que apoyan o se oponen a nuestra aspiración resulta necesario reconocer que en el basto universo de las ideas, esta tesis es tan sólo un grano de arena entre un mar de pensamiento.

Esta teoría de la justicia es un proyecto inacabado, que demuestra nuestras limitaciones para proponer una idea general que tenga por objeto la protección de la generalidad de los seres humanos. Hemos sido ambiciosos al querer establecer un pensamiento omnicomprensivo que pueda ser aplicado a cualquier individuo, independientemente de su contexto social, cultural, económico e histórico. Así, en un primer momento, nuestra investigación se acercó a las doctrinas liberales que legitimaban un trato igualitario y una moral autorizada que permitía imponer unos principios y valores por ser correctos en sí mismos.

Sin embargo, el estudio de la historia del derecho a la asistencia sanitaria, de la multiplicidad de teorías y de la comprensión de que nuestra riqueza cultural se basa en las diferencias nos ha llevado a apoyar la idea de que la condición de humana no es más que la certeza sobre nuestra diversidad y nuestro deseo por manifestarla de manera libre. En ello radica nuestro acuerdo sustantivo, en que todas las personas tienen el derecho fundamental de ser diferentes.

Cada sociedad tiene el deber de establecer los estándares que desarrollen las capacidades humanas, pero fundamentado en un consenso global sobre el respeto por la diferencia. De esta manera, no puede imponerse una concepción específica de salud, del tratamiento de la enfermedad o del significado de la vida, pues la función del Estado es promover y garantizar las condiciones necesarias para que las personas puedan adoptar cursos de acción que les permita el ejercicio de vidas plenas.

Así las cosas, un derecho a la asistencia sanitaria sólo se consolida garantizar las prestaciones de salud necesarias para que las personas pueden ejercer plenamente las capacidades humanas, por lo cual, este derecho es preexistente y condición de posibilidad de otros. La certeza sobre este asunto nos ha llevado formular las siguientes conclusiones:

## 1. La necesidad de formular acuerdos sustantivos y procedimentales

Partiendo de la pretensión de la modernidad de establecer un proyecto universal para homogeneizar un conjunto de valores para una idea global sobre lo correcto, las teorías liberales que hemos analizado no tienen en cuenta las diferencias estructurales que presentan las sociedades y la manera en la cual se dan los procesos de producción normativa, al igual que las condiciones que se dan en su interior para legitimar los discursos para la producción del Derecho.

Así las cosas, una teoría de la justicia sobre la asistencia sanitaria, aunque tenga pretensiones universales, debe tener en cuenta que las sociedades humanas son diversas y que se construyen sobre un conjunto de valores particulares, sin que ello implique caer en la tentación del nihilismo y poner en duda toda regulación sobre la conducta humana. Por tanto, proponemos establecer acuerdos sustantivos y procedimentales en materias neurálgicas del derecho a la asistencia sanitaria, los cuales no corresponden a una imposición de discursos creados desde los centros de poder que establezcan la primacía de algunas sociedades sobre otras, sino que obedecen a precondiciones básicas para el ejercicio de acciones humanas que permitan la existencia, especificidad y particularidad de cada comunidad.

En relación con los acuerdos procedimentales, concluimos que su objeto es establecer pautas de respeto a las decisiones que se adopten en el seno de la comunidad en caso de que se cumpla con el procedimiento que la misma sociedad estableció para la formulación de planes y el reconocimiento de derechos, siempre que no comprometan sus elementos estructurales.

En materia de asistencia sanitaria los acuerdos procedimentales contemplan las políticas para la inclusión de personas con diferentes grados de diversidad funcional en las actividades sociales y la manera en que ello se materializa. A su vez, los procedimientos, tratamientos y medicinas, que, por encima de los necesarios para el ejercicio de las capacidades humanas, la sociedad, a través del Estado, está dispuesta a sufragar. La forma en la que se establecerán y recaudarán los recursos que se requieran para satisfacer las prestaciones. Las normas de decisión para la inclusión o exclusión de tecnologías de salud de los planes de beneficios, su revisión periódica, las instancias que resolverán las controversias suscitadas entre pacientes y prestadores del servicio, etc.

Sin embargo, aseverar que los únicos acuerdos que deben adoptarse y perseguirse son aquellos de orden procedimental resulta insuficiente, pues su validación se concretaría exclusivamente en la constatación del cumplimiento de los presupuestos para producción normativa y no en aspectos relacionados con su eficacia, como su materialización, legitimidad e incluso la universalidad de condiciones mínimas interculturales que funden una razón práctica fundamentada en la libertad y el respeto por nuestra especificidad y no en la buena voluntad, la bondad de los actos en sí mismos o la lástima.

No obstante, esta protección a la diferencia no se fundamenta en un multiculturalismo o en el respeto a ultranza de las reglas comunitarias, sino en la idea del ejercicio de capacidades que nos permitan autodeterminarnos y adoptar decisiones informadas que nos permitan ejercer todos nuestros derechos. Así, una teoría de la justicia de la asistencia sanitaria no tiene por objeto la erradicación de los problemas de salud o el *funcionamiento normal* de los seres humanos, sino a la erradicación de las estructuras sociales que generan dinámicas de *exclusión* fundamentada en la diversidad funcional y la enfermedad.

Así las cosas, la protección de acuerdos sustantivos básicos y la creación de normas de procedimiento que los garanticen y que establezcan la manera en la que se adoptan decisiones sobre las materias que no modifiquen los mínimos necesarios, conllevan a que

cada sociedad presente particularidades en la protección del derecho a la asistencia sanitaria, pues no sólo los funcionamientos para garantizar cada capacidad presenta particularidades, sino que las normas para establecer modificaciones a los planes de salud, el control de controversias y el papel de las instituciones es diferente.

Por ello, nosotros no proponemos una teoría que establezca de manera definitiva y unificadora todos los contenidos sustantivos de un derecho a la asistencia sanitaria, sino un conjunto de elementos que consideramos básicos, pero a partir de los cuales las sociedades pueden formular derechos y planes de política pública acordes con sus necesidades y su evolución histórica, siempre que se respeten unos contenidos que consideramos indispensables por cumplir un papel constitutivo de la libertad y diversidad humanas.

Claro está que ello implica una relación simbiótica entre acuerdos sustantivos y procedimentales, pues mientras los primeros establecen las condiciones básicas para que las personas puedan adoptan decisiones informadas y de manera autónoma, los segundos garantizan que los acuerdos que surjan como producto del ejercicio democrático se cumplan y tengan lugar siguiendo las reglas que dan cuenta de su validez.

## 2. La reestructuración de las jerarquías normativas

Teniendo en cuenta que la diferencia entre principios y valores está dada por su grado de exigibilidad y cumplimiento, nuestra teoría entiende al derecho a la asistencia sanitaria como un principio y no como un valor, dado que es una máxima de optimización del ordenamiento jurídico y no un ideal que tiene un lugar importante en el sistema político y que se aspira materializar algún día.

La historia del derecho a la asistencia sanitaria debe enseñarnos los problemas complejos y términos de denegación de derechos que se han generado a partir del establecimiento de *jerarquías normativas* que establecieron los derechos civiles y políticos

como de primera generación no sólo por su aparición en el tiempo, sino por la posibilidad de exigirlos ante los Estados. Por tanto, proponemos que se restructuren las visiones anacrónicas del Derecho y que se establezca un sistema de jerarquía normativa que obedezca a las necesidades de los seres humanos en el actual período histórico, pues si bien los derechos civiles y políticos fueron una gran conquista de las revoluciones liberales, los problemas relacionados con la falta de acceso a servicios básicos debido a la explotación de seres humanos por parte de sus semejantes generan la necesidad urgente de repensar el lugar preponderante que le hemos dado a la libertad de apropiación privada.

De esta suerte, si incluso algunos de los más notables académicos, sobre los cuales se han fundado sistemas y escuelas de pensamiento pudieron reconocer las dificultades de plantear visiones absolutas sobre los derechos que no tienen en cuenta aspectos como la sensibilidad, la empatía y las necesidad humanas, resulta aún más evidente que las doctrinas que políticas y los diseños normativos que nos han llevado a la denegación de las garantías básicas para la existencia de los seres humanos deben ser reestructuradas. Así las cosas, hay que poner en duda la forma de racionalidad imperante, por lo cual nuestra propuesta no se encamina a atacar a las instituciones como forma de producción y reproducción del poder, o a determinadas personas o Estados que niegan el derecho a la asistencia sanitaria, pues a parte de denunciarlos hay que cambiar la manera en que se producen los discursos de saber que legitiman las decisiones que adoptan las personas, las corporaciones y las instituciones.

Cuestionar las caras visibles en la adopción de decisiones y no a la forma de racionalidad imperante, conllevaría a que otras personas, corporaciones o instituciones adopten el lugar dejado por estas y reproduzcan las mismas lógicas de poder. Por ende, nuestra teoría procura que se subviertan las jerarquías normativas que establecen una prelación de derechos hasta hoy considerados como intocables o como básicos, básicamente heredados de las revoluciones liberales, por una nueva racionalidad fundada en la garantía de capacidades, la integración, el respeto a la diferencia y en general la preservación de la diversidad humana.

Bajo esta lógica consideramos que el derecho a la asistencia sanitaria antecede y es constitutivo del ejercicio de las capacidades humanas e incluso del reconocimiento de otros derechos, pues estos (como los civiles y políticos) requieren de un alto grado de autonomía que sólo puede ser posible a partir de la integración en la sociedad de los sujetos con diferentes grados de diversidad funcional y del manejo, tratamiento, mitigación y cura (si la llega a haber) de las enfermedades o de los problemas de salud que impiden la participación activa del sujeto en los procesos democráticos y en la vida comunitaria.

## 3. El reconocimiento de la asistencia sanitaria como un derecho autónomo

La asistencia sanitaria requiere que se establezcan obligaciones concretas para los Estados, las instituciones, las corporaciones, los privados y la sociedad civil en general, para lograr la integración social de las personas con diversos grados de diversidad funcional y mitigar las consecuencias de la enfermedad y los problemas de salud.

A pesar de las dificultades que presenta el Derecho a efectos de materializar compromisos políticos resulta claro que muchos de los avances para la protección de garantías fundamentales están relacionados con el cumplimiento de los acuerdos o pactos sociales que se concretan en normas, las cuales no sólo establecen sanciones, sino controles efectivos a la actividad política y a la interacción social. El Derecho tiene repercusiones determinantes al momento de establecer si tenemos la obligación de contribuir a la financiación de un sistema que brinda asistencia hacia otras personas, incluso si se trata de extraños morales, pues dispone de herramientas para tornar en exigibles las obligaciones que sin elementos coercitivos sólo tendrían una vinculatoriedad desde un plano valorativo y axiológico.

Por tanto, la defensa de la prestación de un servicio de asistencia sanitaria sobre la base de contribuciones forzosas, de carácter universal y que tenga por objeto permitir el

desarrollo de capacidades humanas requiere de su establecimiento como un derecho, dado que faculta a las personas para que puedan exigir avances en su cobertura, protección a los niveles de protección alcanzados y determinar de manera clara quienes son responsables por el cumplimiento de las obligaciones que de este se desprendan.

Así consideramos que el Derecho es un vehículo de transformación social que se adecua a las demandas sociales sobre la atención a la enfermedad, los problemas de salud y la adaptación de la comunidad para la integración de personas con diferentes grados de diversidad funcional. Aunado a ello, consideramos que el Derecho es una herramienta para establecer el respeto por la diversidad humana, a partir del empleo de herramientas coercitivas e incentivos para garantizar el derecho fundamental de los individuos y las comunidades de ser diferentes, a tener diversas visiones sobre la vida, la salud y la enfermedad y a participar en la formulación, diseño y ejecución de normas y políticas públicas sobre la asistencia sanitaria.

Las acciones afirmativas para alcanzar la igualdad en el acceso a la atención de problemas relacionados con la salud y la enfermedad, la obligación de establecer planes para la integración de las personas y el llamado para respetar la diferencia, son importantes avances que deben ser tenidos en cuenta, los cuales en múltiples escenarios han sido resultado de la organización y empoderamiento de las personas para exigir sus derechos.

Por supuesto que el Derecho es sólo un elemento más de las múltiples disciplinas que deben contribuir para lograr un cambio profundo que tenga por objeto garantizar la asistencia sanitaria financiada por el Estado, con carácter universal y que permita el desarrollo de las capacidades humanas básicas para lograr una vida en condiciones dignas. Para nosotros es claro que el Derecho no resuelve todas las problemáticas, que debe exigirse aún más a quienes tienen la facultad de producir las normas, interpretarlas y aplicarlas con autoridad, pero resulta innegable que ha servido y actual sirve al propósito de la reivindicación de nuestros más caros anhelos de libertad y diversidad.

## 4. La necesidad de crear principios propios para la exigibilidad del derecho a la asistencia sanitaria que no se fundamente en un esquema de igualdad de recursos

Teniendo en cuenta las importantes diferencias que observamos en los conceptos de salud, derecho a la salud y derecho a la asistencia sanitaria, consideramos que este último debe establecer límites concretos no sólo en la manera en la que se define, sino en los mecanismos para su fundamentación, eficacia, validez y justiciabilidad. Desde esta perspectiva, la formulación de unos principios que tengan por objeto concretar su campo de acción de manera específica, resultan necesarios para la puesta en marcha de nuestra teoría.

Los principios que hemos formulado pretenden ser máximas para la optimización del ordenamiento jurídico, en materia del derecho a la asistencia sanitaria, que tienen en cuenta previsiones relativas a la atención universal, fundamentada en las obligaciones básicas de un Estado que tiene por objeto la materialización de la dignidad a partir de la garantía del ejercicio de las capacidades humanas básicas, pero respetando un alto grado de autonomía de las personas y los colectivos humanos, en las construcciones históricas que han tenido sobre fenómenos como la vida, la muerte, la enfermedad y la salud.

Tales principios no tienen por objeto garantizar los funcionamientos, ni uniformizar las conductas humanas para establecer grados de normalidad hacia los cuales deben apuntar los esfuerzos médicos y científicos, sino la posibilidad de desarrollar capacidades humanas de manera plena, para establecer un equilibrio entre aquello que nos debemos como seres que comparten su existencia en el seno de una comunidad y la protección de la diversidad como elemento estructural y apodíctico de la condición humana.

A su vez, pretenden que las asignaciones presupuestales necesarias para sufragar las prestaciones del derecho a la asistencia sanitaria se calculen teniendo en cuenta las

especificidades culturales y los distintos grados de diversidad funcional de las personas, pues ha de tenerse en cuenta que la asistencia médica diferenciada es una condición que incide en la transformación de recursos económicos en oportunidades reales, dado que debe dejarse de lado la falacia de la economía moderna según la cual la pobreza y la marginación pueden ser superadas sobre la base exclusiva del esfuerzo propio.

Así las cosas, un derecho a la asistencia sanitaria requiere del reconocimiento de las diferencias entre los sujetos que son destinatarios de las normas que pretendan garantizarlo y de las limitaciones que tenemos como seres humanos y como sociedades, tanto en la disposición de recursos, como en el restablecimiento de la salud de las personas. Desde esta óptica no pueden tratarse de manera igual a todos los sujetos, dado que algunos necesitan más colaboración por parte de la sociedad que otros y más que la aplicación de un principio de igualdad se requiere de la distribución equitativa de los bienes sociales como los recursos económicos, las oportunidades y el acceso a puestos de trabajo. Por ello, nuestra teoría es crítica frente a las propuestas que consideran que debe establecerse un sistema de repartición de recursos para todas las personas, para que contraten los servicios que deseen y requieran, o que se asigne una proporción mayor de ingresos a las personas que no tengan suerte en la lotería natural o social para mitigar las consecuencias de su situación.

Ciertamente el principio de igualdad ocupa un lugar muy importante en las teorías de la justicia y en la manera en que estas pretenden dar soluciones a problemas sobre su aplicación y práctica, como los concernientes a la asistencia sanitaria. A nuestro modo de ver, los enfoques que tienen por objeto maximización de tal principio, como en el caso del liberalismo igualitario, resultan otorgándole un papel muy grande a ese principio, pues dan por sentado que la sociedad debe perseguirlo a como un fin en sí mismo, aun cuando un trato paritario que no tiene en cuenta las dificultades para la transformación de los recursos en oportunidades, no sólo termina afectando las libertades humanas, sino que genera un distanciamiento mayor entre los miembros de la sociedad.

Así, como se ha expuesto en este trabajo, la igualdad tiene una doble función: constitutiva y finalista, dado que es un vehículo necesario para garantizar la diferencia y diversidad de los miembros de una comunidad o de ella misma, así como también el hecho de ser un valor y principio importante para el respeto y dignidad que debemos a nuestros semejantes. Por ello, nuestra teoría tiene por objeto la concreción de la igualdad en el sentido de que los Estados se obliguen a brindar a todas las personas, sin importar sus diferencias y su grado de diversidad funcional, las prestaciones necesarias para lograr condiciones de salud óptimas que les permitan desarrollar las capacidades humanas básicas y de esta manera expandir sus libertades hasta el punto de que tengan la posibilidad real de vivir vidas plenas y realizar aquellas cosas que consideran importantes en el transcurso de su existencia.

## 5. Un nuevo paradigma del desarrollo y de las libertades

En nuestro criterio existen poderosas razones para establecer que el derecho a la asistencia sanitaria se debe ser constitutivo del desarrollo y no que esté debe garantizarse una vez un Estado logre alcanzarlo. De manera concreta, nuestra teoría establece el papel determinante del reconocimiento de la asistencia sanitaria como derecho, pues a partir de este se maximizan las libertades que terminan repercutiendo en el desarrollo.

Sobre la base de lo expuesto proponemos un ataque frontal a las teorías de la justicia y a los modelos económicos que consideran que el derecho a la asistencia sanitaria es un lujo que sólo pueden darse los países ricos o las economías plenamente desarrolladas, pues parten del supuesto de establecer las libertades como un fin en sí mismo y no en una doble visión teleológica y constitutiva del desarrollo.

Esta situación se presenta por las teorías que ejerciendo un uso arbitrario de la razón han desarrollado una racionalidad en la cual las instituciones deben servir al crecimiento económico, a partir de la variación porcentual positiva en datos como el Producto Interno Bruto, o la media estándar de este, pues afirman que *a priori* estos indicadores son prueba

irrefutable del incremento de los niveles de desarrollo o incluso del mejoramiento de las condiciones de vida de quienes habitan determinados territorios. Sin embargo, nuestra teoría no está en contra de la idea general del desarrollo como un fin legitimo estatal, sino con aquella versión de este que sacrifica las libertades básicas con la finalidad aumentar la riqueza, pues el desarrollo no es un fin en sí mismo, sino una consecuencia de la expansión de las libertades que le permitan a las personas vivir vidas con sentido, esto es, aquellas en las cuales pueden vivir libre de miseria y hacer las cosas que consideran importantes.

Por tal razón, el derecho a la asistencia sanitaria no constituye un conjunto de prestaciones que deben garantizarse en una etapa del posdesarrollo de un Estado, pues este es condición misma del desarrollo. Entonces, establecer que las únicas libertades que deben garantizarse por medio del Derecho son aquellas relacionadas con la propiedad privada, la seguridad y el funcionamiento de las instituciones, dado que el resto de las libertades, o de manera más precisa las que se desprenden del derecho a la asistencia sanitaria, impiden o retrasan el desarrollo de una sociedad constituye un argumento poco riguroso que no corresponde con los hechos.

Nuestra teoría pretende contribuir en la crítica que debe formularse sobre los paradigmas que establecen un empleo de la palabra libertad asociado con el individualismo, el egoísmo y las restricciones estatales a la disposición de la propiedad, pues, aunque consideramos que muchas de las importantes garantías básicas se fundan en el deber de abstención de las personas y del Estado en los planes de vida de un individuo o de una colectividad, el concepto de libertad es mucho más amplio.

Precisamente un concepto integral de la libertad parte de la idea de que su materialización sólo puede darse a partir de la satisfacción de las capacidades básicas humanas y estas, a su vez, únicamente pueden ser ejercidas si las personas tienen plena autonomía para adoptar cursos de acción para desarrollarlas. Este grado de autonomía suficiente requiere, de manera necesaria, que las personas puedan participar de la comunidad, incluso si tienen afectaciones en su salud o diferentes grados de diversidad funcional.

De esta manera los Estados deben garantizar las prestaciones, derechos y obligaciones en materia sanitaria, mínimamente necesarias, para que las personas puedan ejercer las capacidades humanas básicas. Esto no impide que un Estado o una sociedad pueda ir más lejos y garantizar otro tipo de servicios que tengan por objeto mejores condiciones de vida o el incremento del bienestar, pero en esta tesis estamos hablando de obligaciones y principios exigibles en un entorno político y social actual, con bienes escasos y con múltiples intereses en pugna.

Hablamos de acuerdos mínimos, no porque dejemos de anhelar consensos aún más amplios, sino porque partimos de la idea de establecer compromisos que constituyen un nuevo paradigma y sobre los cuales se establezcan axiomas que no puedan ser negociados por constituir la esencia misma de la legitimidad del ejercicio del poder estatal y de la idea de comunidad, pues seremos juzgados, no por el pasado imperfecto que hemos heredado, sino por las acciones que pudimos llevar a cabo para reducir las injusticias presentes. En ese sentido, no proponemos una utopía, sino la posibilidad real de construir una sociedad libre, en la cual las libertades sean constitutivas del desarrollo y la diversidad sea el punto de partida de una nueva razón práctica orientada al reconocimiento de nuestros semejantes como sujetos dignos de nuestra empatía, respeto y más alta consideración.

Bogotá D.C., Colombia, 17 de junio de 2021.

# Bibliografía


Abramovich, V., & Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta.

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales.* (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arendt, H. (2013). *Eichmann en Jerusalén.* Bogotá D.C., Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial, S.A.S.

Arnsperger, C., & Van Parijs, P. (2002). *Ética económica y social. Teorías de la sociedad justa.* Barcelona: Paidós.

Barrero Berardinelli, J. A. (2018). *Jurisprudencia constitucional.* Bogotá: Legis.

Baumgartner, L., & Ramsey, E. (1933). Johann Peter Frank and His "System einer vollständigen medicinischen Polizey. *Annals of Medical History*, 525-532.

Benach, J., & Muntaner, C. (2005). *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud.* Barcelona: El Viejo Topo.

Benedictow, O. J. (2011). *La Peste Negra, 1346-1353: La historia completa.* (J. L. Gil Aristu, Trad.) Madrid: España.

Bentham, J. (1780). *Introducción a los principios de la moral y de la legislación* (1907 reprint of 1823 edition. (First printed 1780.) ed.). Londres: Oxford: Clarendon Press.

Bentham, J. (1830). *Constitutional Code; Collected Works (Vol. IX).* Londres: Wellington Street, Strand.

Berg, G. V. (1799-1804). *Handbuch des deutschen Policeyrechtes.* Hannover.

Beveridge, S. (1942). *Beveridge Report (Social Insurance and Allied Services).* Londres: H. M. Stationary Office.

Buchanan, A. E. (Winter de 1984). The Right to a Decent Minimum of Health Care. *Philosophy & Public Affairs, 13*(1), 55-78. Recuperado el 27 de february de 2018, de http://www.jstor.org/stable/2265199

Buergenthal, T. (1989). Derecho e Instituciones Internacionales sobre Derechos Humanos. En O. P. OPS, & O. M. OMS, *El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado* (pág. 654). Washington.

Burns, E. M. (1954). *Analysis of the Social Security System (informe al comité de la comisión de procedimientos y recursos de la Cámara de Representantes.* Washington: Washington, Government Printing Office, núm. 38.458.

Bury, J. B. (1923). *History of the Later Roman Empire A.D. 395-565.* New York: Macmillan & Co., Ltd.

Cabo Salvador, J., Cabo Muiños, J., & Iglesias, J. R. (2010). Capítulo 1. Sistemas de salud y reformas sanitarias en España, Canadá y EEUU. En UDIMA, *Gestión Sanitaria Integral:pública y privada* (pág. 1088). Madrid: Centro de Estudios Financieros. doi:ISB 978-84-454-1994-6

Campbell, T. (2002). *La justicia. Los principales debates contemporáneos.* Barcelona: Gedisa.

Camus, A. (1990). *La peste.* Quito: Libresa S.A.

Cannon, W. (1926). Physiological regulation of normal states: some tentative postulates concerning biological homeostatics. En C. Richet, & A. Petit (Ed.), *Sesamis, sescollègues, sesélèves.* París: Éditions Médicales.

Castiglione, A. (1936). *Storia della medicina.* Milano: Mondadori.

Christopher, A. (1996). *Ensayos de historia de la salud en Colombia. Crecimiento, enfermedades, propiedad y Estado entre 1902 y 1940* (Vol. 37). Bogotá, Colombia: Instituto de Estudios Politicos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional IEPRI, CEREC 1996.

Cohen, G. A. (1989). On the Currency of Egalitarian Justice. *Ethics, 99*(4), 906-944. Obtenido de https://www.jstor.org/stable/2381239

Colomer, E. (1986). *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger. Tomo primero. La filosofía trascendental: Kant.* Barcelona: Herder Editorial.

Colomer, E. (2006). *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger. Tomo segundo. El idealismo: Fichte, Schelling y Hegel.* Barcelona: Herder Editorial.

Contreras, P. F. (1994). *Derechos sociales: teoría e ideología.* Madrid: Tecnos.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-469, Expediante T - 3400788 Gilberto Arbeláez Insuasti vs. Ministerio de la Protección Social (Corte Constitucional Colombia 23 de 07 de 2013).

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-760, Sentencia T-760 (Corte Constitucional Colombia 31 de Julio de 2008).

Daniels, N. (1985). *Just health care.* New York: Cambridge University Press.

Daniels, N. (2008). *Just Health. Meeting Health Needs Fairly.* Cambridge: Cambridge University Press.

De Castro, B. (1981). Los derechos sociales: análisis sitemático. En AA.VV, *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos* (págs. 15-17). Murcia: Universidad de Murcia.

De Tocqueville, A. (2007). *La democracia.* Madrid: Akal.

Dworkin, R. (1977). *Taking Rigths Seriously.* Londrés: Duckworth.

Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia.* Barcelona: Gedisa.

Dworkin, R. (1991). *The Ethical Basis of Liberal Equiality.* Universidad de Siena: Ethics and economics.

Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político.* Barcelona: Paidos.

Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida.* Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Dworkin, R. (1996). Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy & Public Affairs, 25*(2), 87-139. Recuperado el 4 de March de 2021, de https://www.jstor.org/stable/2961920

Dworkin, R. (2003). *Virtud soberana.* Barcelona: Paidos.

Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga.* Madrid: Marcial Pons.

Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia.* Barcelona: Editorial Gedisa S.A.

Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Dworkin, R. (s.f.). What is Equiality? Part. I: Equiality of Welfare; Part. II: Equiality of Resources. *Philoshophy and Public Affaris, 10*, 3-4; 185-246; 283-345.

Eco, U. (1997). *Arte y belleza en la estética medieval.* Barcelona: Lumen.

El Mundo. (12 de 2 de 2015). Cuando los médicos recomendaban fumar. *El Mundo*.

Engelhardt, H. T. (1995). *Los fundamentos de la bioética.* New York: Editorial Paidós.

Engelhardt, H. T. (1997). Freedom and Moral Diversity: The moral failure of health care in the Welfare State. *Social Philosophy & Policy. Vol 14. No, summer.*

Engelhardt, H. T. (1998). Physician-Assisted Death: Doctrinal Development vs. Christian Tradition. *Christian Bioethics 4*, 115-121.

Engelhardt, H. T. (1999). Salud, medicina y libertad: Una evaluación crítica. (F. V. Lucas, Ed., & E. Serra, Trad.) *Libertad y salud n. 1.* , 11-28.

Engels, F. (1845). *The condition of the working class in England in 1844.* Moscow: Progress Publishers.

Esguerra Roa, C. (2006). *El individualismo no utilitarista de Robert Nozick.* (C. Calderón Schrader, Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Fariñas Dulce, M. J. (2005). Universalidad e interculturalidad. En *10 palabras claves sobre derechos humanos* (págs. 195-231). Verbo Divino.

Fariñas Dulce, M. J. (14 de julio de 2006). Neoliberalismo y Globalización. *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Costa Rica, Edición especial de doctrina*, 17-32.

Fariñas Dulce, M. J. (11 de octubre de 2010). *La ciudad en la sociedad global: el derecho a ser ciudadano.* Fundación Carolina. Recuperado el 1 de 3 de 2021, de http://www.attacmadrid.org/wp/wp-content/uploads/NPFari%C3%B1as1010.pdf

Fee, E., & Brown, T. M. (2007). 100 Years of the Pan American Health Organization. En *The Value of Health: A history of the Pan American Health Organization.* Rochester NY.: Rochester University Press.

Ferrajoli, L. (1999). *La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). Prólogo. En V. Abramovich, & C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibiles* (págs. 9-14). Madrid: Editorial Trotta S.A.

Flores Guerrero, R. (Mayo de 2004). Salud, enfermedad y muerte: lecturas desde la antropología sociocultural. *Revista Mad. No. 10. Departamento de antropología Universidad de Chile*, 1-8.

FMI. (04 de 2011). *International Monetary Fund.* Recuperado el 15 de 09 de 2013, de Fondo Monetario Internacional: http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2011/01/weodata/download.aspx

Foucault, M. (1990). Omnes et singulatim: hacia ina crítica de la razón política. En M. Foucault, *Tecnologías del yo* (págs. 95-140). Barcelona: Paidós.

Foucault, M. (1991). La política de salud en el siglo XVIII. En M. Foucault, *Saber y verdad* (pág. 244). Madrid: Endymion.

Foucault, M. (1999). *Estrategias de poder.* (F. Álvarez Uría, & J. Varela, Trads.) Barcelona, España: Paidos.

Frank, J. P. (1941). The People's Misery: Mother of Diseases. (T. d. Sigerist, Ed.) *Bulletin of the History and Medicine*, 81-100.

Friedman, B. (2002). Review of Stiglitz. *New York Review of Books*.

Friedman, M. (1966). *Capitalismo y libertad.* Madrid: Ediciones Rialp S.A.

Friedman, M. (1970). The social responsability of. *New York Time Magazine*.

Friedman, M., & Friedman, R. (1983). *Libertad de elegir.* Barcelona: Ediciones Orbis, S.A.

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls.* Barcelona: Ediciones Paidós, Ibérica S.A.

Gerlitt, J. (1942). Cuarentena_El desarrollo de la cuarentena. *ACTAS CIBA*(8), 174-190.

Gittleman. (1982). The African Charter on Human and Peoples Rigths: A legal Analysis. *Virginia Journal of International Law. No. 22*.

Gray, J. (1986 b). Marxian Freedom, Individual Liberty, and the End of Alienation. En *Social Philosophy and Policy* (págs. 160-187). Cambridge.

Gray, J. (1986). *Liberalism.* Minneapolis: University of Minnesota Press.

Green, T. H., Harris, P., & Morrow, J. (1986). *T.H. Green : Lectures on the principles of political obligation, and other writings.* New York: Cambridge University Press.

Habermas, J. (1984). *The Theory of Communicative Action* (Vol. 1). (T. McCarty, Trad.) Boston: Beacon Press.

Hannum, H. (1984). *Guide to International Human Rigths Practice.* Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

Harris, J. (1974). The Marxist Conception of Violence. En *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 3). Princeton: Princeton University Press.

Harsanyi, J. (1985). Rule Utilitarianism, Equiality and Justice. *Social Philosophy and Policy*, 115-127.

Hart, H. L. (2002). *"Entre utilidad y derechos" Estudios de filosofía y Derecho 5.* (E. L. Montealegre, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hayek, F. A. (1944). *Camino de servidumbre* (Tercera 2011. Quinta reimpresión 2017. ed.). (J. Vergara, Trad.) Madrid, España: Alianza.

Hayek, F. A. (1944). *The road to serfdom.* Chicago y Londres: Universidad de Chicago Press/Routledge.

Hayek, F. A. (1960 B). *Los fundamentos de la Libertad. Tomo II.* Valencia: Fomento de Cultura Ediciones.

Hayek, F. A. (1960). *Los fundamentos de la libertad. Tomo I.* (Edición en español 1997 ed.). Barcelona: Ediciones Folio S.A.

Hayek, F. A. (1973). *Derecho, Legislación y Libertad.* Madrid: Unión Editorial, S.A.

Hayek, F. A. (1976). *Law, Legislation and Liberty.* Chicago: University of Chicago Press.

Hegel, G. (2005). *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal.* Madrid: Tecnos.

Herr, S. S., Gostin, L. O., & Koh, H. H. (2003). *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities.* Oxford y Nueva York: Oxford University Press.

Hipócrates. (1990). Sobre la enfermedad sagrada. En *Tratados Hipocráticos* (Vol. I). Madrid: Gredos.

Hobsbawm, E. (1995). *Historia del siglo XX, 1914 - 1991.* Barcelona: CRÍTICA.

Hume, D. (1739-1740). *A tratise of Human Nature* (3a ed.). Oxford: L.A. Selby-Bigge.

Hume, D. (1758). *Essays.* London: London Grant Richards and Leichester Square.

Hume, D. (1777). *Enquires Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals* (3a ed.). Oxford: L.A. Selby Bigge.

Jaramillo Pérez, J. F., García Villegas, M., Rodríguez Villabona, A. A., & Uprimny Yepes, R. (2018). *El derecho frente al poder.* Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

Jewkes, J. (1955). The Economist and Economic Change. En *Economics and Public Policy.* Washington D.C.: The Brookings Institution.

Kant, I. (1921). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* Madrid.

Kant, I. (1959). *Foundations of the Metaphysics of Morals.* (i. d. Beck, Trad.) Indianapolis: Library of Liberal Arts.

Kant, I. (1977). *Crítica de la razón práctica.* Buenos Aires: Losada.

Kant, I. (1989). *Metafísica de las costumbres.* Madrid: Tecnos.

Kant, I. (2004). Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita. En I. Kant, *Filosofía de la historia* (págs. 17-32). La Plata: Terramar: Caronte filosofía.

Kant, I. (2004). Respuesta a la pregunta ¿qué es la ilustración? En I. Kant, *Filosofía de la historia* (págs. 33-41). La Plata: Terramar: Caronte Filosofía.

Kant, I. (2012). *Crítica de la razón pura.* (M. G. Nuñez, Trad.) México D.F.: Porrúa.

Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho.* Viena: Primera edición en español 1979. Editorial Porrua 1991.

Kymlicka, W. (1995). *Filosofia política contemporanea. Una introducción.* Barcelona: Ariel.

Laroque, P. (1948). *From Social Insurance to Social Security: Evolution in France* (Vol. 57). Geneva: International Labour Review.

Lema Añón, C. (2010). *Salud, Justicia, Derechos. El Derecho a la Salud Como Derecho Social* (1a ed.). Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.

Lema Añón, C. (2020). La revolución de los determinantes sociales de la salud: derecho a la salud y desigualdad. *Anuario Filosofía del Derecho*.

Lessnoff, M. H. (2001). *La filosofía política del siglo XX* (Ediciones Akal 2001 para la lengua española ed.). Madrid: Ediciones Akal S.A.

Mankiw, G. (2012). *Principios de economía* (6a ed.). México D.F.: Cengage Learning Editores S.A.

Marshall, T. (1950). *Citizenship and social class.* (P. Linares, Trad.) Cambridge: Cambridge University Press.

Marx, K., & Engels, F. (2008). *Manifiesto del partido comunista.* Buenos Aires: Gradifco SRL.

Menger, C. (1996). *Principios de economía política.* Barcelona: Ediciones Folio.

Mesa Cuadros, G. (2007). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado Ambiental de derecho".* Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Mill, J. S. (1863). *El utilitarismo.* (R. 1. De Castilla, Trad.) Buenos Aires: Aguilar.

Mill, J. S. (1986). *La utilidad de la religión.* Madrid: Editorial Alianza.

Mill, J. S. (1993). *Bentham.* (C. Mellizo, Trad.) Madrid: Tecnos.

Mill, J. S. (2013). *Sobre la libertad.* Madrid: Alianza Editorial S.A.

Miller, D. (2011). *Filosofía política: una breve introducción.* Madrid: Alianza Editorial S.A.

Mises, L. H. (1986). *La acción humana.* Madrid: Unión Editorial S.A.

Mittelbrunn, C. P. (2008). *Conceptos fundamentales de la salud a través de su historia reciente.* Asociación para la defensa de la sanidad pública de Asturias. Fedecaria ONG.

Morales, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia.* Madrid: Marcial Pons.

Nagel, T. (1991). *Equality and Partiality.* New York: Oxford University Press.

Narveson, J. (1983). On Dworkininian Equiality. *Social Philosophy and Policy*, 1-23.

Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y Utopía.* Nueva York: Fondo de cultura económica.

Nozick, R. (1989). *The Examined Life: Philosophical Meditations.* New York: Simon and Schuster.

Nussbaum, M. (2000). The Cost of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. *Journal of Legal Studies No. 29*, 1005-1036.

Nussbaum, M. (2001). *Upheavals of thought: The inteligence of emotions.* Cambridge: Cambridge University Press.

Nussbaum, M. (2003). Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice. *Feminist Economics no. 9*(9), 33-59.

Nussbaum, M. (2004). *Hiding From Humanity: Disgust, Shame, and te Law.* Princeton: Princeton University Press.

Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia.* Barcelona: Paidós.

Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades.* Barcelona: Espasa Libros, S.L.U.

OG. No 1. ONU. (1989). Observación General Número 1. *Presentación de Informes por los Estados Partes.* Organizaión de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OG. No. 14. ONU. (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. *Observación General Número 14.* Organizaión de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OG. No. 3. ONU. (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes. *Observación General Número 3.* Organizaión de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OG. No. 4. ONU. (1991). El derecho a una vivienda adecuada. *Observación General Número 4.* Organizaión de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OG. No. 5. ONU. (1994). Personas con discapacidad. *Observación General Número 5.* Organizaión de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OG. No. 6. ONU. (1995). Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. *Observación General Número 6.* Organizaión de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

OIT. (2009). La seguridad social como respuesta a la crisis; Sociedades en envejecimiento; Seguro de desempleo en tiempos de crisis. *Revista Trabajo 67*.

Okin, S. M. (1987). Women in Western political thought. *Philosophy & Public Affairs, 16*(1), 42-72.

OMS - UNICEF. (1978). Declaración ALMA ATA. *Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Alma-Ata.* Kazajistán - URSS: Organización de las Naciones Unidas.

OMS. (1948). Preámbulo. *Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100.* Nueva York: Organización Mundail de la Salud.

OMS. (1986). Carta de Ottawa. *Primera Conferencia Internacional para la Promoción de la Salud.* Ottawa, Canada: Organización Mundial de la Salud.

OMS. (2006). *Trabajar en Pro de la Salud.* Suiza: Organización Mundial de la Salud. Catalogación por la biblioteca de la OMS.

ONU. (1945). Carta de las Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.* San Francisco: ONU.

ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Resolución 217 A (III).* París: Asamblea General de las Nacioens Unidas.

ONU. (1949 d). Convenio IV de Ginebra. *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.* Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

ONU. (1950). *Resolución 421E (V).* Asamblea General de las Naciones Unidas. Sesión Plenaria 314.

ONU. (1955). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. *Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.* Ginebra: Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social.

ONU. (1959). Declaración de los Derechos del Niño. *Sesión Plenaria Número 841. Resolución 1386 (XIV).* Organización de las Naciones Unidas.

ONU. (1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. *Asamblea General Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.* Organización de las Naciones Unidas.

ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI).* New York: Asamblea General de las Naciones Unidas.

ONU. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI). *Resolución 2200 A (XXI).* Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas.

ONU. (1969). Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social. *Resolución 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969.* Organización de las Naciones Unidas.

ONU. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Organización de las Naciones Unidas. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

ONU. (1982). Observación General Número 6, sobre el derecho a la vida. *Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones.* Organización de Naciones Unidas.

ONU. (1982). Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes . *Resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982.* Organización de las Naciones Unidas.

ONU. (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos.* Viena, Austria: Organización de las Naciones Unidas.

ONU. (2000). *Informe sobre Desarrollo Humano. Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNDU).* Managua: Organización de las Naciones Unidas.

ONU. ACNUR "United Nations High Commissioner for Refugees". (2019). *COLOMBIA FACT SHEET.* ONU.

OPS - OMS. (2003). *Informe del grupo de trabajo 1 de la comisión sobre macroeconomía y salud.* Washington, D.C.: OPS.

OUA. (1981). Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul). *XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana.* Nairobi, Kenya: Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana.

Pastoureau, M. (2006). *Una historia simbólica de la Edad Media occidental.* Katz editores.

Pereira, G. (2001). La envidia como criterio de justicia distributiva. *ARETÉ. Revista de filosofía, XIII*(1), 103-120.

Pérez Tamayo, R. (2012). *De la magia primitiva a la medicina moderna.* España: S.L. Fondo de cultura económica de España.

Platón. (1988). *La República. Libro III.* Madrid, España: Alianza Editorial S.A.

Polanyi, K. (1997). *La gran transformación.* Madrid: Ediciones de la Piqueta.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* (Primera edición al español, 1979 ed.). (F. d. Económica, Ed., & M. D. González, Trans.) Cambridge, Massachusetts, United States: The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Rawls, J. (1980). Kantian Constructivism Moral Theory. *Journal of Philosophy No. 77.*, 515-571.

Rawls, J. (1996). *Liberalismo Político.* Barcelona: Crítica.

Roberts, F. (1952). *The cost of health.* London: The Turnstyle press.

Roemer, M., & Friedman, J. W. (1971). *Doctors in Hospitals: Medical Staff Organization and Hospital Performance.* Baltimore: The Johns Hopkins Press.

Rosen, G. (1958). *A History of Public Health.* Nueva York: MD Publications, Inc.

Rothbard, M. N. (1995). *La ética de la verdad.* Madrid: Unión Editorial S.A.

Rousseau, J.-J. (1821). *Emilio, ó de la educación.* Madrid: Imprenta de Alban y Compañía.

Ruiz Rivera, A. F. (2011). A propósito de la "Tragedia de los bienes comunes": Insumos para el debate entre conservación, sobrepoblación y desarrollo sostenible. En G. d. GIDCA, *Elementos para una teoría de la Justicia Ambiental y el Estado Ambiental de Derecho* (págs. 477-500). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. UNIJUS.

Ruiz Rivera, A. F. (2014). *Hacia una teoría de la justicia del derecho a la salud: concepto y fundamento en perspectiva de integralidad. Master's thesis.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sand, R. (1952). *The Advance to Social Medicine.* Londres: Staples Press.

Sandel, M. J. (2008). Justice. *Harvard University's Justice with Michael Sandel.* Recuperado el 4 de 10 de 2021, de https://learning.edx.org/course/course-v1:HarvardX+ER22.1x+2T2021/block-v1:HarvardX+ER22.1x+2T2021+type@sequential+block@lecture_01/block-v1:HarvardX+ER22.1x+2T2021+type@vertical+block@vert_l1_poll_n

Sandel, M. J. (2009). *Justice: What's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux.

Santos, B. d. (2003). *Crítica de la razón indolente.* Desclee.

Scanlon, T. M. (1998). *What We Owe to Each Other.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Schneider, H. P. (1991). *Democracia y Constitución.* Madrid: C.E.C.

Schwelb, E. (1964). *Human Rigths and the International Community.* Chicago: Quadrangle.

Sen, A. K. (1980). Equality of What? En S. M. McMurrin, *Tanner Lewctures on Human Values* (págs. 353-369). Salt Lake City: University of Utah Press.

Sen, A. K. (September de 1985). Commodities and Capabilities. *The Economic Journal, 96*, 820-822.

Sen, A. K. (1992). *Inequality Reexamined.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Sen, A. K. (2000). *Desarrollo y Libertad.* (E. Rabasco, & L. Toharia, Trads.) Barcelona: Editorial Planeta.

Sen, A. K. (2002). *El derecho a no tener hambre.* (R. Arango Rivadeneira, Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Sen, A. K. (2010). *La idea de la justicia.* (H. Valencia Villa, Trad.) Bogotá: Taurus.

Serafini, A., & Finkielman, S. (2004). *De Fabiola a Fliedner y la primera escuela de enfermería.* Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Médicas Alfredo Lanari.

Shon, L. (1982). *The New International Law: Protection of the Rigts of the Individual Rather than States.* American University Law Review.

Sidgwick, H. (2011). *The Methods of Ethics.* Cambridge: Cambridge University Press. doi:https://doi.org/10.1017/CBO9781139136617

Sigerist, H. (2006). Johann Peter Frank: Un Pionero de la Medicina Social. *Salud Colectiva*, 269-279.

Singer, P. (1972). Famine, Affluence, and Morality. En *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 1). Princeton: Princeton University Press.

Singer, P. (2009). *Ética práctica.* Madrid: Ediciones Akal S.A.

Smith, A. (1776). *Welth of Nations* (R.H. Campbell y A.S. Skinner ed., Vols. 2. Libro 5, capítulo 2). Oxford: Clarendon Press.

Smith, A. (1997). *La teoría de los sentimientos morales.* Madrid: Alianza Editorial.

Sohn, L. (1968). A Short History of United Nations Documents on Human Rigths. En AAVV, *The United Nations and Human Rigths* (págs. 37-169). 18th Report of the Commission to Study the Organization of Peace.

Stewart, A. P., & Jenkins, E. (1969). *The Medical and Legal Aspects of Sanitary Reform.* Nueva York: Humanities Press.

Stiglitz, J. (2002). *Globalization and Its Discontents.* New York: Norton.

Tucci, A. (2007). *Instrumentación Biomédica.* United Kingdom: Lulu.

Turner, C. (1832). *Los efectos de los oficios, trabajos y profesiones, y de las situaciones civiles y formas de vida, sobre la salud y la longevidad.* Londres.

UK Parliament. (1833). *The Factory act of 1833: eight pamphlets, 1833-1834.* UK: UK Parliament.

UK Parliament. (1834). *1834 Poor Law.* UK: UK Parliament. Obtenido de https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/1834-poor-law/#:~:text=The%20new%20Poor%20Law%20was,did%20not%20already%20have%20one.

UK Parliament. (1842). *Report on the Sanitary Condition of the Laboring Population of Great Britain.* UK: UK Parliament. Obtenido de https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/coll-9-health1/health-02/#:~:text=In%20July%201842%2C%20the%20most,Chadwick%20(1800%2D1890).

UK Parliament. (1878). *1878: Factory and Workshop Act.* UK: UK Parliament.

Van Parijs, P. (1993). *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política* (1ª ed.). Barcelona, España: Ariel, S.A.

Virchow, R. (1957). *Werk und Wikung.* (H. Waitzkin, Trad.) Berlín: Rütten & Loenig.

Virchow, R. (1958). *Disease, Life, and Man.* (L. Rather, Trad.) Stanford, CA.: Stanford University Press.

Waitzkin, H. (2013). *Medicina y salud pública al final del imperio* (Primera edición al español ed.). (Á. O. Holguín, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de medicina. Centro de historia de la medicina.

Wartburg, W. (1979). ¿A right to health? Aspects of Constitucional Law and Admnistrative Practice. En E. René-Jean Dupuy, *alphen aan den rijin: sijthoff and Noordhoff.*

Wilkinson. (1989). *Class mortality differentials, income distribution and trends in 1921 - 1981.* Journal of Social Policy.

Williams, B. (1993). *La fortuna moral. Ensayos filosóficos 1973 - 1980* (Primera edición en español ed.). (S. Marín, Trad.) México: Univesidad Autónoma de México. Instituto de investigaciones filosóficas.

Williams, B. (1998). *Introducción a la ética* (cuarta ed.). (M. J. Redondo, Trad.) Madrid, España: Ediciones Cátedra S.A.

World Peace Foundation. (1941). *Documents on American Foreign Relations Vol. III July 1940- June 1941.* (S. Shepard Jones, & D. P. Myers, Edits.) World Peace Foundation; First Edition.

Zúñiga Fajuri, A. (2006). *Justicia distributiva y derecho a la protección de la salud.* Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Público, Ciencia Política y Filosofía Jurídica.