

La salud como derecho fundamental en la Ley Estatutaria N.º 1751 de 2015. Una alternativa legislativa a una dificultad conceptual e ideológica

Health as a fundamental right in Statutory Law N.º 1751 of 2015. A legislative alternative to a conceptual and ideological difficulty

Delfín I. Grueso y Lina M. García-Zapata

Recibido 25 mayo 2023 / Enviado para modificación 22 junio 2023 / Aceptado 30 julio 2023

RESUMEN

Este artículo revisa las ventajas y las limitaciones de la consagración de la salud como un derecho fundamental, según lo estableció la Ley Estatutaria 1751 de 2015, pilar fundamental del sistema de salud en Colombia. Lo positivo fue que se blindó ese derecho frente a las más comunes contingencias políticas que determinan la voluntad legislativa, aunque no se le otorgue esa supuesta superioridad que tendría si reconocier como un “derecho humano”. Las limitaciones proceden del modo, en parte poco claro, en que se definió este “derecho fundamental” a la salud, y, sobre todo, del hecho de que queda todavía expuesto a las contingencias fiscales, las cuales, finalmente, someten lo que es “debido” a lo que es financieramente “posible”.

Palabras Clave: Derechos fundamentales; derechos humanos; derecho a la salud; paradigmas políticos (*fuentes: DeCS, BIREME*).

ABSTRACT

This article reviews the advantages and limitations of the consecration of health as a fundamental right, as established by Statutory Law 1751 of 2015, a fundamental pillar of the health system in Colombia. The positive thing was that this right was protected against the most common political contingencies that determine the legislative will, although it was not granted that supposed superiority that it would have if it were recognized as a “human right.” The limitations come from the way, partly unclear, in which this “fundamental right” to health was defined, and, above all, from the fact that it is still exposed to fiscal contingencies, which, finally, subject what is “because” of what is financially “possible.”

Key Words: Constitutional rights; human rights; right to health; positive rights; political paradigms (*source: MeSH, NLM*).

Este artículo se orienta a tematizar el logro y los límites del derecho a la salud, tal y como este aparece en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, es decir, como un “derecho fundamental”, pilar fundamental de lo que sería el sistema de salud en Colombia. Destaca lo positivo de este modo de definirlo, pues elude algunas dificultades inherentes a otras dos posibilidades: tratarlo como una conquista más de las luchas sociales, o insertarlo en los términos propios del lenguaje de los derechos humanos. No obstante esa ventaja, hay cierta vaguedad en la forma como la ley separa “elementos” de “principios” y las consecuencias que parecen derivarse de ello. Y, lo que es

DG: Filós. Sociól. Departamento de Filosofía, Universidad del Valle. Grupo de Investigación Praxis. de investigación en Ética y Filosofía Política. Cali, Colombia.

delfin.grueso@correounivalle.edu.co

LG: OD. M. Sc. Epidemiología. Ph. D. Salud. Facultad de Salud, Universidad del Valle. Grupos Pacífico Siglo XXI y Currículo y Pedagogía en Educación Superior (Curpes). Cali, Colombia.

lina.garcia.z@correounivalle.edu.co



más preocupante, a pesar de ganar un cierto margen de obligatoriedad por parte del Estado para garantizar que ese derecho se realice, este “derecho fundamental” sigue expuesto a las contingencias fiscales, que en la práctica abren un abismo entre lo “debido” y lo “posible” (1).

¿Qué sería problemático de plantear el derecho a la salud como una reivindicación por ser alcanzada a través de las luchas sociales, o como ya un logro del proceso de actualización del sistema jurídico mediante un proceso político que ha terminado perfilando en una voluntad legislativa que lo positivizó? Que revela su carácter contingente y lo deja expuesto a las contingencias futuras de la política, pues lo que políticamente se conquistó, en otras circunstancias también puede ser políticamente revisado y revertido.

¿Qué sería problemático de plantear el derecho a la salud como un derecho humano, creyéndolo entonces a salvo de las contingencias políticas? Que ese carácter suprapolítico, que obliga a todo Estado a observarlo en su ordenamiento jurídico, no está tampoco exento del debate político, solo que a otro nivel. Aunque casi todas las ideologías políticas están de acuerdo con que los “derechos humanos” son universales e inviolables, esa categoría se la otorgan a ciertos derechos (o aspirantes a ser derechos) y se la niegan a otros. Si la salud se presentara como un derecho humano, alcanzaría cierta sacralidad, pues sería “universal”, “ahistórico”; en últimas, verdadero y eterno, no dependiente de una positivización jurídica específica, ni de los cambios en el orden político. Sin embargo, no parece posible (y más adelante se volverá a esto) alcanzar esto sin que emerjan, como ya surge con otros “derechos humanos”, como la propiedad, la libertad o la vida, cuestionamientos ético-políticos en relación con su definición precisa y su alcance frente a otros derechos. Los neoliberales, para comenzar, no le reconocen ese estatuto; esa “sacralidad” que podría ponerlo por encima de los ordenamientos jurídicos positivizados en cualquier Estado. Al fin de cuentas, las profundas discrepancias entre los paradigmas políticos es también una discrepancia en torno a los derechos y las obligaciones de los individuos y en torno al tamaño, la función y el derecho de injerencia de los Estados en el campo de los derechos. Cada vez que un paradigma político se hace con la dirección del Estado, termina revisando esa sacralidad y redefiniendo las relaciones entre el Estado y los derechos, lo que vuelve a poner en evidencia, también con respecto a los derechos humanos, la primacía de la política. No en vano las declaraciones también han cambiado, desde las que, sobre los “derechos del hombre” hicieron la Revolución francesa y norteamericana, hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones

Unidas (ONU) de 1948. No acaban de ponerse de acuerdo sobre cuáles son esos derechos “verdaderos” (inherentes a la nación humana, dijo Thomas Jefferson), “ahistóricos” y “universales”; indiscutiblemente ligados a la “naturaleza humana”.

La ventaja de plantear la salud como un “derecho fundamental” es que lo ancla constitucionalmente y lo pone en consonancia con las exigencias derivadas de los acuerdos internacionales que Colombia ha suscrito. No tiene que justificarse como un derecho humano, incontrovertible. Tampoco lo deja expuesto tan fácilmente a futuras legislaciones ordinarias. Y es en virtud de eso que la Ley Estatutaria 1751 de 2015 ha sido un paso clave para avanzar hacia un sistema nacional de salud, articulado por un derecho hasta entonces inexistente, en sentido estricto, en el ordenamiento jurídico nacional (1). La primera ventaja se dejó ver con la Resolución N.º 429, de 2016, que adopta la Política de Atención Integral en Salud. Aun así, como se tratará de mostrar más adelante, subsiste un considerable margen para la maniobrabilidad política, que puede desestabilizarlo (2).

Lo que establece la Ley 1751 de 2015

Lo que esta ley hace es “garantizar el derecho a la salud”, definido como un derecho “autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo”. Establece la prestación del servicio de salud como un “servicio público esencial obligatorio”, precisando lo que esto quiere decir en términos de las obligaciones del Estado, prescribiendo con cierta claridad la forma de garantizar ese servicio. En buena parte por esto se extiende 26 artículos, con cierta pretensión de exhaustividad, protegiendo por separado diferentes facetas de la salud del individuo y de las comunidades, en sus dimensiones de prevención, cura y cuidados paliativos, apelando para esto a las nociones de gradualidad, accesibilidad, cobertura y otros.

Separa los “elementos” de los “principios” que integran la ley. Los elementos (“disponibilidad”, “aceptabilidad”, “accesibilidad”, “calidad e idoneidad profesional”) son entendidos como esenciales e interrelacionados. Son las condiciones que deben cumplir los agentes, los servicios, los establecimientos y las tecnologías que harán parte del sistema de salud. Los principios son “universalidad”, “pro homine”, “continuidad”, “oportunidad” y “prevalencia de derechos”, “progresividad del derecho”, “libre elección”, “sostenibilidad”, “solidaridad”, “interculturalidad”, “protección de los pueblos indígenas” (a los que se le agregan las comunidades ROM, negras, raizales y palenqueras). Se da a entender que todos esos elementos y principios, de forma integrada, concurren para garantizar la salud como un “derecho fundamental”.

Este entramado de elementos y principios parece orientado, normativamente, a alcanzar un grado aceptable de “equidad en salud”. Y cuando se orienta a la equidad, emerge en la ley la gramática de la justicia social, un poco distinta de la que habla de los derechos en términos propios del iusnaturalismo o del iuspositivismo. Al modo de John Rawls, por ejemplo, intenta intervenir las fuentes de la inequidad compensando las desigualdades.

¿Cómo se pretende alcanzar la equidad? Básicamente, compensando desigualdades que, de no ser neutralizadas, dejarían a la sociedad toda en una situación de inaceptable injusticia social en materia de salud. La Ley interviene las desigualdades para garantizar el acceso a la salud (o más bien a los servicios de salud). Textualmente, dice la ley (literal C del artículo 6): “El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de las personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección”. La idea de fondo es que, identificando sectores sociales vulnerables, se adopten políticas públicas para garantizar su ingreso al sistema. No obstante, el principio de equidad, rodeado de otros en cuya lista difícilmente podemos encontrar elementos de naturaleza similar (por ejemplo, es difícil establecer cómo se compara, en su naturaleza, un criterio como la “eficiencia” con un sector poblacional como los pueblos indígenas), preserva el espíritu de las teorías de la justicia al tomar en cuenta, entre los principios, a la solidaridad, claramente pertinente dado el carácter socialmente vinculante que la equidad supone. En la parte pertinente (literal J, artículo 6) la Ley dice: “El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”. ¿Qué parece derivarse de esta complementariedad entre equidad y solidaridad? Que, siendo la salud un derecho individual (además de colectivo, pero a estos efectos se resalta su carácter individualizante) y dándose por supuesto que no todos tienen igual acceso a él, se prescribe que es una obligación del conjunto de la sociedad, incluso de manera intergeneracional, contribuir con los elementos materiales para permitir su acceso universal. En otras palabras, dando por supuesto un “título” individual, el derecho a la salud, algo que como una libertad negativa nadie debería poderle vulnerar, pero que tampoco nadie está obligado a garantizarle (como ocurre con los derechos humanos de naturaleza individualista, o de primera generación, como la libertad o la propiedad), se avanza hacia una obligación social que el Estado debe garantizar. Se transforma un derecho individual en un derecho social, vale decir, en un derecho que tiene, como contrapartida, una “obligación social”, sin lo cual no sería más que un título vacío. El Estado se faculta a sí mismo para obligar al resto de la sociedad a garantizar so-

lidariamente el cumplimiento de ese derecho. Que éste no es cualquier alcance, es algo sobre lo cual se volverá más adelante.

Si al materializar la “equidad”, la ley se fija en las garantías de acceso de los individuos al sistema, cuando ellos pierden la salud, para que puedan recuperarla, para abordar el asunto de los “determinantes”, que se supone se orientan al aspecto preventivo, la ley se enfoca en las desigualdades sociales. Le dedica un artículo, el 9, en cual distingue entre la diversificada naturaleza de esos determinantes: sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos. La ley estipula que es un deber del Estado generar políticas públicas orientadas a “la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud [...] prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida”. Se dice que estas acciones sobre los determinantes, enfocadas en prevenir la pérdida de la salud, “estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud”.

De momento queda abierta la cuestión de qué tan en serio se está tomando aquí la noción de equidad. Por lo pronto, atendamos al significado histórico, en el marco jurídico nacional, de definir y defender este “derecho fundamental” a la salud, superando toda una historia de dificultades anexas a la defensa de la salud como un derecho.

La salud, ¿un derecho?

Para la dinámica juridizante de la cultura liberal, toda demanda moral, aspiración social o consigna de lucha, si es válida, debe concretarse como un derecho. ¿Es vital la salud para la sociedad, y para cada uno de los individuos que la integran? Sí. Ergo, debe haber un derecho a la salud. Ese es más o menos el trayecto normativo que lleva de una lucha a un derecho positivizado.

Hay otro camino, menos normativo, pero igualmente juridizante, y está ligado a los procesos de normalización de la vida social. Es un camino que se fue abriendo tortuosamente en el proceso de consolidación de las sociedades modernas a través de esas formas de control social que Michel Foucault resume con la categoría de biopolítica (6). No es que ese proceso haya llevado, directamente, a la afirmación de la salud como un derecho. Lo que prima es la puesta en acción de ciertos mecanismos de “normalización” de la población, a los cuales no son ajenas las políticas públicas higienistas. Estas políticas, a su vez, no emergieron al margen de una racionalización de la productividad, al tenor del eficientismo económico, con sus ritmos, tiempos y espacios “sanamente” separados para el trabajo, para el descanso y para la reproducción de la vida social. En ese entramado de lucha contra la “holgazanería”,

contra la locura, contra la delincuencia, que con el tiempo podrá emparentarse con la eugenesia, el racialismo, los nacionalismos, el darwinismo social, entre otros, se van tejiendo también las legislaciones que regulan y protegen el trabajo, el fortalecimiento de la población (6). Al final, por aquí también se llega a los procesos de actualización política y jurídica de la cual la salud puede emerger como un derecho.

El otro camino (que ya hemos mencionado y que podríamos llamar “trascendente”) bebe de la retórica de los “derechos humanos”, que desempeña un papel no menos importante en la estructuración de las sociedades modernas. El problema es que no está claro cómo es que la salud resulta siendo un “derecho humano”. La Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, en su artículo 25, elude darle esa especificidad (7): “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad”.

La salud aparece refundida en un mar de necesidades humanas que difícilmente alcanzarían, todas, el estatus de “derecho”. Deslizada así, en una prosa tan ecléctica, queda a mitad de camino entre una posibilidad que puede ser jurídicamente positivizada y un derecho sagrado, “natural y universal”, que los Estados deben garantizar; ambigüedad que solo podría ser dirimida en términos políticos. Con esta situación se encuentran quienes pretenden, en Colombia, establecer de una manera inequívoca la salud como un derecho.

El derecho a la salud en Colombia

En Colombia la cuestión comenzó a cobrar centralidad de manera creciente desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (3). Ella pareció encarnar un tratamiento neoliberal del sistema de salud en un orden constitucional recientemente estrenado y que perfilaba un Estado social de derecho. En medio de esa tensión entre dos marcos normativos, la defensa de la salud como un derecho, algo muy común en las consignas del movimiento social, y particularmente de las luchas gremiales del sector salud, no parecía encontrar los modos de ir más allá de una aspiración moral. Se trataba en buena parte de alcanzar un acceso igualitario a los servicios de salud o un derecho de cada individuo a gozar de buena salud. Pero si se trataba de afirmar, de manera enfática, un derecho a la salud, no era mucho lo que se podía lograr revisando las declaraciones universales.

Esto lo expresó tempranamente Mauricio Restrepo en su artículo “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia”. Allí, tras revisar el asunto, termina concluyendo que, a pesar de que “el derecho a la salud es uno de los proclamados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos [...] puede entenderse [...] como una extensión del derecho a la vida y como una libertad para alcanzar un estado de máxima salud” (4). Se acude a esa “existencia derivada” porque, si miramos a los pactos, las declaraciones y convenios, “esta doctrina, que tiene un origen relativamente reciente, es vaga en cuanto al contenido y alcance de este derecho, de tal manera que queda al arbitrio de los Estados el adjudicarle una acepción precisa, uno de cuyos limitantes importantes es la disponibilidad de recursos”.

No es casual que el autor se desplace en su artículo de la retórica de los derechos a la de la justicia social, que él trata en clave de John Rawls, Robert Nozick, Amartya Sen y Norman Daniels (4). Con la misma dificultad se encuentra, años más tarde, Félix León Martínez al tematizar la salud como un derecho humano: “El llamamiento al derecho a la salud como un derecho humano no parece arrojar, como bien lo demuestra la formulación expuesta, más que un “deber ser” lleno de generalidad (“el más alto nivel posible de salud”), que no entrega en absoluto herramientas para hacerlo exigible, en la medida que el incumplimiento de tal norma por parte de los responsables de garantizar el derecho, tan sólo traería como consecuencia una sanción moral y no una sanción legal (5)”.

Por esa dificultad es que resulta novedoso, dejando de lado esa pretensión de universalidad, tomar la vía de un “derecho fundamental” que se recoge en la Ley Estatutaria ya referida. Este derecho está a mitad de camino entre un “derecho humano” y un “derecho positivo”. Todavía hay tiempo de que esa ganancia impacte favorablemente en las políticas públicas y deje una huella duradera en el lenguaje que, con relación a la salud, hablamos los colombianos. Mientras el reciente ordenamiento normativo no reciba un gran impacto transformativo de fuerte impronta neoliberal, jalonada por las siempre poderosas influencias del mercado, todavía podría resguardarse la ilusión de que tenemos un “derecho a la salud” en la forma de un “derecho fundamental”.

Como logro histórico, este “derecho fundamental a la salud” se debe, cuando menos, a tres fuentes. Primero, la reforma constitucional de 1991, que nos legó una Carta en la cual los “principios generales” tenían una fuerza mayor a la una simple enunciación de intenciones y se los integraba a la noción de “Estado social de derecho”, al tenor de un nuevo pacto político fundacional. Segundo, los fallos de la Corte Constitucional, encargada por la reforma del 91 de velar por el cumplimiento de la Constitución y que bien pronto dejó en claro que sus principios y derechos

no serían letra muerta y que algunos derechos (especialmente aquellos desconocidos en las declaraciones de la “primera generación” y en las actuales perspectivas neoliberales), los llamados “derechos sociales y económicos”, constituyen una obligación de un Estado que debe honrar su naturaleza como “Estado social de derecho”. La confluencia de un orden social garantista y la osadía “legislativa” propia del “neoconstitucionalismo” (en el sentido de ir sentando doctrina para futuros fallos) ha favorecido toda una línea jurisprudencial en favor del derecho a la salud. Tercero, las obligaciones derivadas de la subscripción de Colombia a acuerdos multilaterales, cuyas exigencias en materia de salud se integran al bloque de constitucionalidad colombiano. El resultado de estos tres factores es que hoy tenga más sentido hablar de la salud como un derecho fundamental.

Las sucesivas adecuaciones al sistema nacional de salud, posteriores a la Ley 100 de 1993, en gran medida una ley de corte neoliberal y promulgada, paradójicamente, por los mismos tiempos en que Colombia declaraba el suyo como un Estado social de derecho, son la resultante de la presión de los tres determinantes que se acaban de enumerar. Y la Ley Estatutaria N.º 1751 de 2015 podría considerarse un momento clave de ese proceso, en cuanto concreta qué significa ese “derecho fundamental”; extrae de él toda su fuerza normativa y su capacidad transformadora de las políticas públicas del sector, de una manera que no se había alcanzado antes en el ordenamiento jurídico nacional.

No obstante lo anterior, esta ganancia histórica no está a salvo de posibles reversos en el futuro. En primer lugar, porque es, precisamente, “histórica”: en gran parte es la resultante de un pacto político fundacional, expresado en un texto constitucional con vocación de eternidad que, pese a eso, es siempre temporal. Siempre es posible un nuevo orden político que eche atrás estas ganancias como, en su momento, la oleada expansiva del neoliberalismo echó abajo los modelos de salud desarrollados en el “Estado de bienestar” o como la caída del muro de Berlín puso en cuestión los modelos desarrollados en el “socialismo realmente existente”. En política, como en todas las cosas humanas, las “conquistas finales” están a merced de los reinicios históricos. En segundo lugar, porque en el límite, aun en el momento más optimista de implementación del Estado social de derechos, con su auge garantista y con su “cascada” jurisprudencial en favor de los derechos fundamentales, siempre está el fantasma de la “viabilidad fiscal”, así los fallos obliguen al Estado a garantizar los derechos fundamentales. Esa es la “piedra de toque” de la salud como un derecho fundamental tal y como está garantizado, al menos normativamente, en la Ley Estatutaria N.º 1751 de 2015. Lo que en el fondo está

en juego no es la vigencia de un derecho (de un simple derecho positivo, de un derecho humano o de un derecho fundamental), sino el estatuto de la salud dentro de un ordenamiento social que debería ser analizado a la luz de la justicia social, un campo más amplio de análisis de las relaciones entre derechos individuales, beneficios colectivos, deberes y solidaridades entre individuos.

Por lo pronto, está amenazado ya por el fantasma de la “disponibilidad fiscal”. Y en eso comparte la suerte de cualquier derecho social y económico: o que, estando vigente y habiendo voluntad política, haya plata para garantizarlo, o que, cambiando la voluntad política, simplemente se lo erradique del ordenamiento jurídico de un país. Las dos condiciones marcan la preeminencia de lo político sobre lo jurídico y lo económico, pues también la voluntad política depende, entre otros factores de gobernabilidad, de la disciplina fiscal.

De darse un significativo cambio constitucional, ese texto, siempre en permanente reescritura, al tenor de la dinámica de las fuerzas políticas, con el ordenamiento jurídico que él propició, las que estarán enfrentadas nuevamente serán las perspectivas políticas más generales, los paradigmas de derecha y de izquierda, y ha de ser nuevamente la retórica de la justicia social la que pueda instalar, de la mano de la noción de equidad, la necesidad de que la sociedad como un todo iguale las oportunidades en materia de salud. Y así, una vez más, el afán juridizante propio de la cultura liberal tendrá que ceder el paso a la perspectiva crítico-normativa de la justicia. ♣

REFERENCIAS

1. Senado de la República de Colombia. Ley Estatutaria N.º 1751 de 16 de febrero de 2015 [Internet]. Bogotá: Senado de la República; 2015. Disponible en: <https://bit.ly/4flzmlC>.
2. Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. Resolución 0429, Por medio de la cual se adopta la Política de Atención Integral en Salud, 17 de febrero de 2016 [Internet]. Bogotá: MinSalud; 2016. Disponible en: <https://bit.ly/3W5OG8D>.
3. Congreso Nacional de Colombia. Ley 100 de 1993. Por la cual se establece el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, 23 de diciembre de 1993 [Internet]. Bogotá: Congreso de Colombia; 1993. Disponible en: <https://bit.ly/3Dgrpdn>.
4. Restrepo M. Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia. En: Giraldo JC, compilador. Ejercicios del derecho a la salud [Internet]. Bogotá: Defensoría del Pueblo; 2000.
5. Martínez M. Derecho a la salud o equidad en salud. En: Giraldo Valencia JC, compilador. Ejercicios del derecho a la salud. Bogotá: Defensoría del Pueblo; 2000.
6. Foucault M. Nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France [Internet]. México: Fondo de Cultura Económica; 2007. Disponible en: <https://bit.ly/3Bk8bTK>.
7. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 [Internet]. Disponible en: <https://bit.ly/3BxH73e>.
8. Giraldo Valencia JC, compilador. Ejercicios del derecho a la salud [Internet]. Bogotá: Defensoría del Pueblo; 2000.