

Concepto de FEDESALUD a la Corte Constitucional en relación con el Proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 Senado – 267 de 2013 Cámara

Noviembre de 2013

Alcance del derecho a la salud y la seguridad social y la justiciabilidad de este derecho.

Pretendemos poner en evidencia mediante este concepto, solicitado por la Honorable Corte Constitucional, que el proyecto de Ley estatutaria reduce gravemente el concepto de salud y de esta forma limita la exigibilidad del derecho y restringe la posibilidad del disfrute del mismo a la población colombiana.

Se señala, en síntesis, que entre los valores ideales de salud establecidos por los organismos internacionales y por la misma OMS, en términos tan amplios como “el máximo nivel de salud posible” o “el estado completo de bienestar”, que resultan imposibles de exigir por la justicia, y la estrecha visión del derecho a la salud como garantía de acceso a los servicios de salud, contenida en el proyecto de Ley estatutaria, existen amplias posibilidades normativas que han sido puestas en práctica por muchos países hace décadas, derivadas de una mejor conceptualización de la salud y del derecho a la salud, especialmente aquellas relacionadas con:

1. La obligación del Estado de proteger la salud y la vida de los ciudadanos controlando activamente los riesgos siempre presentes en el ambiente, o aquellos derivados de la organización social, las actividades económicas o las actuaciones individuales de otros ciudadanos.
2. La responsabilidad de los agentes económicos y de los ciudadanos en general de prevenir y evitar los daños a la salud a terceros.

Este concepto se limitará a este punto trascendental, por considerar que de no corregirse o modularse tal visión limitada y restringida del derecho a la salud y de las obligaciones derivadas del mismo, sería preferible que el proyecto de ley no supere el control de constitucionalidad.

1. El valor ético o normativo ¿Valor ideal alcanzable o valor mínimo asegurable?

Independientemente del concepto de equidad social, de igualdad, de moral, de ética o de filosofía política que se plantee, toda sociedad fija unos valores éticos o normativos y unos derechos mínimos para los ciudadanos. Éste es un resultado histórico de cada sociedad, en el marco de relaciones de poder (local y global), más que una opción racional colectiva, como parece ser el planteamiento de la “posición original” de Rawls (Daniels, 2002)ⁱ.

Los derechos, por otra parte, si bien se establecen jurídicamente o adoptan en cada país en un periodo determinado, no se derivan de la legislación nacional e internacional: “Los derechos humanos pueden ser vistos como demandas primordialmente éticas. Ellos no son mandatos principalmente ‘legales’, ‘proto-legales’ o ‘legales-ideales’. Aunque los derechos humanos puedan, y con frecuencia lo hacen, inspirar la legislación, éste es un hecho posterior, más que una característica constitutiva de los derechos humanos”.(Sen 2004)ⁱⁱ

Sin embargo el problema con la formulación de los derechos es su gran generalidad. Si bien el valor “normativo” es el referente en la formulación general del derecho, el valor ideal alcanzable, el derecho se lleva a obligación tangible del Estado tan sólo sobre unos mínimos, que constituyen la “norma” legal.

La construcción de los derechos es por tanto un proceso dinámico, constituye un permanente proceso de transformación social a través de la historia. Cada bien o servicio que unos hombres logran es deseado por otros, por ser posible en ciertas condiciones. (el alfabetismo, la vivienda propia, el agua potable, la televisión o el teléfono celular). Igual sucede en servicios de salud (vacunas, acceso a especialista, acceso a tomógrafo o posibilidad de diálisis o trasplante).

En este sentido la sociedad construye día a día nuevos valores normativos en el sentido de ideales a alcanzar en términos de calidad de vida o salud. La “normativa” de referencia puede identificarse como el mejor de los resultados observados, o el máximo biológico posible, contra los cuales se comparan el resto de los individuos, grupos o países. De esta forma la esperanza de vida superior o la mortalidad infantil inferior, alcanzada en unos países, se torna referencia normativa para los demás.

2. La formulación del derecho

Al finalizar 2008, la Corte Constitucional de Colombia ordenó, en un trascendental falloⁱⁱⁱ, que el Estado igualara los planes de beneficios de todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con el mandato establecido en la

Constitución y la Ley, pues tras 15 años de operación del mismo se había consolidado la inequitativa situación de que los servicios otorgados a los afiliados no contribuyentes (Régimen Subsidiado) eran mucho más limitados que los de los contribuyentes y sus familiares (Régimen Contributivo). La sentencia incluye un anexo sobre la génesis y evaluación del derecho a la salud en el ámbito internacional, especialmente útil para este análisis, del cual se extraen y comentan algunos apartes:

En 1966 se adoptaron los *Pactos Internacionales de derechos humanos* que desarrollan la *Declaración Universal* de 1948. Varias razones explican por qué pasó tanto tiempo entre la *Declaración* y la adopción de textos jurídicos internacionales que desarrollan los derechos que ésta contiene (1966).¹ Entre ellas, las profundas discusiones que se dieron en torno a cómo debían ser concebidas dichas normas, en las deliberaciones previas a su adopción.

Las diferentes posiciones coincidieron en que todos los derechos reconocidos en la *Declaración Universal* tienen carácter jurídico, y en tal sentido, deben ser reconocidos y protegidos. Las discrepancias surgieron en torno a si todos los derechos son fundamentalmente del mismo tipo y, en consecuencia, deben ser regulados de forma similar, o si por el contrario, existen dos categorías distintas, que demandan ser concebidas y desarrolladas por separado. Dos cuestiones prácticas preocupaban en particular en virtud de aquel debate, si los derechos debían ser consagrados en un solo Pacto o en dos diferentes, y si los derechos económicos, sociales y culturales debían ser contemplados de forma general y breve, o de forma detallada y amplia.²

Una posición del debate sostenía que debía expedirse un único Pacto para regular todos los derechos, en razón a que todos son de la misma categoría (derechos humanos) y deben ser promovidos y protegidos por igual y al mismo tiempo. Alegaba que sin la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos adquieren un carácter meramente nominal; todos son esenciales y no pueden ser presentados como si existiera una jerarquía entre unos y otros. La otra posición sostenía que ambos grupos de derechos debían ser consagrados en instrumentos internacionales independientes, debido a que existe una diferencia enorme entre ellos que amerita fijar reglas propias para cada caso en estatutos normativos distintos. Según esta segunda posición, los derechos civiles y políticos son justiciables de forma absoluta, pues son de carácter negativo; su cumplimiento no depende de la acción del estado sino de su inacción, constituyen un escudo de defensa para los individuos frente a interferencias ilegítimas del estado. En cambio, para esta posición los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables de forma absoluta, pues no son de aplicación inmediata, son derechos que deben ser implementados de manera progresiva, mediante programas. Esta posición llevaba a abogar también porque este segundo tipo de derechos fuera consagrado de forma general y amplia y no específica como los civiles y políticos. No hacerlo de esta manera, implicaría restringir la libertad de cada país para desarrollar y configurar, de acuerdo a sus capacidades y posibilidades específicas, precisar los ámbitos de protección que se van a garantizar y los programas mediante los cuales se alcanzarán tales propósitos. La controversia finalmente se inclinó a favor de la segunda posición. Se resolvió

¹ Acerca de los antecedentes de los Pactos Internacionales de derechos humanos (PDCP y PDESC) ver, entre otros: *Annotations on the text of the draft international covenants on human rights*, UN Doc. A/2929 (1955); STEINER, H. J. & ALSTON, P. (2000): *International Human Rights in Context*. Oxford, University Press. USA, NY, 2000.

² La segunda cuestión consistía en determinar si era mejor redactar las normas que contemplaban los derechos económicos, sociales y culturales de forma detallada y amplia, para así precisar los derechos y obligaciones específicas y los contenidos y ámbitos de protección en cada caso, o redactarlas de forma general y breve, para lograr un más amplio consenso, delegando la concreción del contenido de cada derecho a cada uno de los sistemas jurídicos nacionales.

desarrollar los derechos de la *Declaración Universal* mediante dos Pactos distintos y no en uno sólo, teniendo en cuenta que la implementación de dichos Pactos difiere, dependiendo del conjunto de derechos que contemple. Mientras que para los derechos civiles y políticos se deben desarrollar mecanismos para constatar y corregir las violaciones que se causen a los mismos, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales se deben crear procedimientos para hacer seguimiento constante al desarrollo de los programas que tienen por objeto garantizar su goce efectivo.³

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se acordó en 1966 y entró en vigencia en enero de 1976. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) también se acordó en 1966 y entró en vigencia en marzo de 1976. En los dos Pactos se reconoce el derecho de libre determinación de los pueblos, específicamente el derecho a '*disponer libremente de sus riquezas*', '*para el logro de sus fines*',⁴ advirtiendo que, '*en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia*'. Las principales diferencias que existen entre los derechos consagrados en ambos Pactos se refieren pues, al tipo de obligaciones adquiridas en uno y otro caso, y a su justiciabilidad, respectivamente.

*Las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)*⁵

A partir de 1989, el Comité adopta 'observaciones generales' acerca del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC, 1966) en desarrollo de su función primordial, vigilar la aplicación del Pacto por los Estados Partes. Para el Comité, el PIDESC reconoce que los estados tienen tres tipos de obligaciones, derivadas de los derechos reconocidos, obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger* y obligaciones de *garantizar*.⁶

El más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la *Observación General N°14* (2000) acerca '*el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*'. De manera clara y categórica, la *Observación General N°14* (2000) establece que '*la salud es un derecho humano fundamental e*

³ En la medida en que se entendieron los derechos civiles y políticos como derechos 'legales', se aceptó que su implementación podía realizarse mediante órganos adecuados, encargados de establecer las eventuales violaciones de éstos. En cambio, al considerar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos 'programáticos', se aceptó que era mejor su implementación mediante un sistema periódico de presentación de informes. No obstante, no se trató de una cuestión pacífica. En las reuniones preparativas, se alegó que bajo ciertos regímenes, los derechos civiles y políticos no son de carácter 'legal' y los económicos, sociales y culturales no son 'programáticos', por lo que se abogó por la elaboración de un solo Pacto en el cual los estados señalaran cuáles derechos eran legales y cuáles programáticos y con qué procedimientos serían implementados. *Annotations on the text of the draft international covenants on human rights*, UN Doc. A/2929 (1955).

⁴ PIDCP (1966) y PIDESC (1966), artículo 1 (2) "Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia."

⁵ "El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto."

⁶ Acerca de los antecedentes de los Pactos Internacionales de derechos humanos (PIDCP y PIDESC) ver, entre otros: *Annotations on the text of the draft international covenants on human rights*, UN Doc. A/2929 (1955); STEINER, H. J. & ALSTON, P. (2000): *International Human Rights in Context*. Oxford, University Press. USA, NY, 2000.

indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos'. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está 'estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos', refiriéndose de forma específica al 'derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación'. Para el Comité, 'esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud'.⁷

El Comité advierte que 'todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente',⁸ y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.⁹ Observa el Comité que el concepto del '*más alto nivel posible de salud*' contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar "toda una gama de facilidades, bienes y servicios" que aseguren el *más alto nivel posible de salud*.¹⁰ En tal sentido, considera que 'el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud'; entre ellos '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.'

Uno de los aspectos más notorios que revelan las diferencias que existen entre ambos Pactos es el lenguaje empleado para consagrar los derechos en uno y otro. Mientras el PIDCP usa expresiones tales como '*toda persona tendrá derecho a*' o '*todo individuo tiene derecho a*', el PIDESC usa expresiones tales como '*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a*' o '*los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar*'. La fórmula empleada en el segundo caso acentúa la decisión de delegar la tarea de definir el contenido concreto de los derechos económicos, sociales y culturales a los Estados, para que sean éstos, en especial a través del legislador, quienes precisen el alcance de estos. De hecho, los Estados únicamente podrán someter los derechos del PIDESC a limitaciones (i) '*determinadas por ley*', (ii) '*sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos*' y (iii) '*con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*'.¹¹

⁷ Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud'.

⁸ El PIDESC, artículo 12, contempla '*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*'.

⁹ Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud' (2).

¹⁰ Observación General N° 14 (2000) 'El derecho del más alto nivel posible de salud' (9). "(...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...]."

¹¹ PIDESC (1966), artículo 4. La norma equivalente del PIDCP (1966) establece condiciones más estrictas para limitar los derechos civiles y políticos (artículo 4. 'En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.').

Ahora bien, el hecho de que los Estados sean los encargados de precisar el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, implica que las decisiones que al respecto se hayan tomado o se vayan a tomar, fijan el ámbito específico de protección del derecho y, en tal medida han de ser respetadas. Por tal razón el PIDESC advierte que no se podrá admitir ‘restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de (i) leyes, (ii) convenciones, (iii) reglamentos o (iv) costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado’.¹² Esta regla permite identificar algunas de las fuentes de derecho que determinan en los sistemas jurídicos nacionales el contenido específico de un derecho humano fundamental, tanto los contemplados por el Pacto, como los no contemplados en éste. Es decir, el PIDESC establece los mínimos de protección a los derechos, no máximos. Adicionalmente, el PIDESC fija una regla de interpretación de sus propias normas, en pro de la defensa de los derechos reconocidos, al establecer que ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno para ‘emprender actividades o realizar actos’ encaminados a ‘la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos’ o ‘a su limitación en medida mayor que la prevista en [el Pacto]’.¹³

3. La justiciabilidad del derecho a la salud.

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 (Martínez 2009)^{iv}. Esto demuestra que tan sólo está esbozado el principio legal, mas no formulada la norma legal y el ordenamiento coercitivo propio del derecho (Kelsen 1979)^v.

Por otra parte, la formulación de los mínimos (y en última de los derechos sociales limitados) parte de la premisa de que ese ideal alcanzable es tan sólo una meta que se logrará progresivamente en función del esfuerzo de una sociedad o país a través del tiempo (derechos progresivos), pues no se reconocen (o se niega implícitamente) que las desigualdades entre ciudadanos o entre grupos son consecuencia de la estructura de relaciones sociales, que condiciona la posición de unos y otros en la escala económica y social.

Se dibujan las desigualdades e injusticias como un supuesto “camino al desarrollo” que unos han alcanzado y otros aún no (están en vías de). En este punto comienzan a ser “norma” grandes diferencias e injusticias (que sólo el tiempo solucionará) y el derecho determina apenas el máximo de rezago aceptable o permitido.

Pero la ética impone límites a la organización social. Aunque una sociedad, considere como “normales” y por tanto en algún grado “norma” grandes desventajas y niveles de exclusión social, estos valores serán cuestionados en función del espacio y el tiempo. Si

¹² PIDESC (1966), artículo 5 (2).

¹³ PIDESC (1966), artículo 5 (1).

la sociedad fija unos valores diferentes de los reconocidos internacionalmente y unos derechos inferiores a sus ciudadanos, estos resultarán siempre cuestionados.

No puede ser considerado “normal” y por tanto “no modificable” en una sociedad, lo que era y ya no es aceptable por otras. Los valores éticos y morales se modifican con el tiempo y con los cambios sociales en un mundo global. Por ello el racismo, la esclavitud, el sometimiento de la mujer, etc, que fueron aceptables en un tiempo no lo son ya. Igual sucede con la desnutrición de los niños, la inasistencia sanitaria, la insalubridad ocupacional, etc.. (Martínez 2007)

4. El problema conceptual

Otro problema relacionado intrínsecamente con la formulación del derecho a la salud consiste en la comprensión misma de tal concepto. La palabra salud parece tener tantas interpretaciones en lo popular, lo técnico y lo filosófico que resulta extremadamente difícil de delimitar y asir en la práctica.

Por ejemplo, resulta prácticamente imposible exigir el cumplimiento del derecho a la salud en los términos de la inasible definición de la OMS: “el estado de completo bienestar físico, psicológico y social”. Es evidente que resultará imposible orientar el quehacer de los trabajadores de la salud o del sector mismo, si bajo su responsabilidad se encuentra lograr el completo bienestar social. Por otra parte, en el lado opuesto, el concepto de salud propio de la práctica médica, evidentemente expresado en términos negativos, como ausencia de enfermedad, resulta poco útil para hacer exigible el derecho.

Como se ha observado en la formulación del derecho, existe gran dificultad, tanto en la comprensión del derecho a la salud, como en la definición de su alcance (*“el más alto nivel posible de salud”*). En consecuencia, es difícil en la práctica exigir algo que no está claramente definido o evaluar el cumplimiento de metas que no pueden formularse con claridad. Veámoslo en un ejercicio práctico. ¿De qué hablamos cuando mencionamos este derecho. Del derecho a....

- recibir asistencia médica cuando la requerimos?
- acceder a la última tecnología médica?
- conocer la forma adecuada de proteger la salud y evitar riesgos?
- tener una organización social que nos proteja de las enfermedades transmisibles (vacunas, normas sanitarias).?
- tener un sistema de protección social que nos garantice un sistema de financiamiento y provisión de servicios que permita superar las barreras financieras?
- crecer y desarrollarnos sanos, desarrollar capacidades (potencial)?
- lograr la mayor expectativa de vida posible con las mayores capacidades posibles?
- tener un trabajo saludable?
- tener una vivienda digna?
- disfrutar de un completo bienestar social?

¿O quizás a todas las anteriores, con sus importantes subtemas y particularidades y quizás otras más que pueden quedar aún por fuera de la lista? Sin embargo, **la versión más popular y general del derecho a la salud parece limitarse al acceso a la atención médica, sin tomar en cuenta los condicionantes de la construcción y del deterioro de la salud de los individuos y los grupos**, problema fundamental que encontramos en la Ley Estatutaria.

5. *Salud como desarrollo de capacidades y potencialidades*

Una definición normativa de salud en la línea del pensamiento de Canguilhem (1971)^{vi} permite entender la salud como ***el desarrollo de las capacidades y las potencialidades*** del cuerpo humano, (la capacidad respiratoria, la capacidad cardiovascular, la capacidad neuromuscular, la capacidad inmunológica, la capacidad visual, la capacidad digestiva, la capacidad afectiva, la capacidad intelectual, la capacidad sexual, etc.) desde el recién nacido hasta el adulto joven, de acuerdo con unos valores históricos y sociales determinados. Así mismo ***la conservación de esas potencialidades y capacidades el mayor tiempo posible en el adulto***, gracias a los conocimientos de la sociedad y al desarrollo científico y tecnológico. (Martínez 1988)^{vii}

Desde esta conceptualización, salud no es propiamente la ausencia de enfermedad, sino la capacidad de enfrentar las agresiones y los agentes externos. “El mayor nivel de salud posible” es la plena capacidad orgánica para defenderse ante cualquier enfermedad o agresión externa y recuperarse. Y la enfermedad, desde esta perspectiva, sólo trasciende si de ella se deriva la muerte o cualquier grado de incapacidad orgánica o funcional que se traduzca en limitaciones posteriores para el desempeño, eso es lo que le importa a un enfermo, desde la visión normativa de una sociedad competitiva, que la enfermedad o lesión traiga como consecuencia la pérdida de sus capacidades.

Por otra parte, las capacidades físicas, neuromotoras, cardiovasculares, digestivas, visuales, sexuales, afectivas o inmunológicas, se pierden con el transcurso de los años, en función del envejecimiento natural y según el grado de exposición a riesgos derivada de las condiciones de vida. Tal pérdida de capacidades progresiva desde el adulto joven hasta el anciano define una pérdida clara de salud, aunque no constituya propiamente una enfermedad. Cuando estas capacidades llegan a estar seriamente disminuidas, el mismo agente externo, un simple virus gripal o un pequeño accidente, es capaz de producir una enfermedad o lesión mucho más severa, de hacer mucho más daño.

Por lo anterior, además de establecer el derecho del ciudadano a ser atendido cuando sucede la lesión o la enfermedad y ayudar a la recuperación del organismo y sus capacidades, debe establecerse el derecho del ciudadano a ser protegido por el Estado, la sociedad y los demás ciudadanos, de las agresiones externas o riesgos, que de no ser prevenidos o evitados mediante acciones organizadas, se traducirán en enfermedades y lesiones que ponen en riesgo la vida o derivan en enfermedades y lesiones con las consecuentes pérdidas importantes de las capacidades y limitaciones permanentes.

Con una conceptualización de salud como la anterior, más centrada en las capacidades del organismo que en la enfermedad, pero formulada en términos positivos, y susceptible

de medición, se podría plantear la exigibilidad del derecho, tanto desde la perspectiva individual como de la organización social en los siguientes términos:

- el derecho de cada ciudadano a unas condiciones de vida adecuadas para poder contar con una buena salud y por otra
- el derecho a que la organización de la sociedad responda a las necesidades de conservar y recuperar la salud de todos los ciudadanos

El primero se puede dividir en

- El derecho de cada niño a unas condiciones de vida que le permitan desarrollarse sano y crecer con las mayores capacidades posibles.
- El derecho de cada ciudadano joven y adulto a unas condiciones de vida y trabajo saludables que lo protejan de los riesgos de enfermedad, lesión, incapacidad o muerte y por tanto le permitan conservar sus capacidades el mayor tiempo posible.

El segundo se puede dividir en

- El derecho de cada ciudadano a una atención médica que le permita enfrentar la enfermedad o lesión y la rehabilitación en las mejores condiciones tecnológicas, de calidad y respecto a sus derechos.
- El derecho de cada ciudadano a una atención en salud que le permita prolongar sus capacidades y potencialidades el mayor tiempo posible con base en las posibilidades tecnológicas y científicas.
- El derecho de cada ciudadano a ser informado sobre los riesgos para su salud y educado en las formas de prevención, cuidado de la salud y recuperación de las capacidades afectadas.

El derecho a la salud, planteado en los términos anteriores, permite su exigibilidad y justiciabilidad, con mucha más precisión que con las clásicas definiciones como el derecho al “más amplio nivel de salud” o al “estado completo de bienestar”.

Por otra parte, desde el punto de vista colectivo, los derechos se pueden plantear igualmente como obligaciones del Estado. Para garantizar el derecho a la salud basta reacomodar los puntos antes señalados en términos de obligaciones del Estado.

- La obligación de garantizar unas condiciones mínimas a todos los niños, especialmente en los grupos más desaventajados, para que logren desarrollarse sanos y plenos de capacidades y puedan competir en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad.
- La obligación de garantizar unas condiciones de vida y de trabajo que permitan conservar la salud de los ciudadanos, especialmente de aquellos más expuestos a los riesgos del ambiente y el trabajo.
- La obligación de organizar un sistema de protección social, seguridad social y salud que garantice a todos los ciudadanos el acceso a una atención médica en las mejores condiciones tecnológicas, de calidad y respeto a sus derechos. Con especial atención a las poblaciones con barreras geográficas, económicas, culturales o de otra índole para el acceso al servicio.
- La obligación de organizar un sistema de protección social y salud pública capaz de prevenir y controlar los riesgos que afectan la salud de las poblaciones. Con especial énfasis en proteger a los grupos en mayor riesgo de enfermar y morir.

Así mismo, el máximo nivel de salud y los estados de completo bienestar pasarán de ser los objetivos del accionar en salud a ser, por el contrario, las resultantes de exigir y garantizar las obligaciones del Estado de proteger la salud de los ciudadanos y las responsabilidades de los agentes económicos y de los ciudadanos en la prevención de los riesgos que generan y que afectan la salud de terceros.

Sin embargo, aun siguiendo este desarrollo, la perspectiva del derecho conlleva ineludiblemente el problema de la generalidad en la formulación del valor normativo ideal, del deber ser, como también la trampa de los derechos progresivos o servicios mínimos que se deben garantizar a los ciudadanos, entre tanto las metas resultan alcanzables en función del tiempo (los más vulnerables, los más pobres, focalización, etc) (Martínez 2007) .

La Ley 715 de 2001^{viii}, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud en todos los niveles de la administración pública, es un ejemplo de cómo el Estado debe garantizar el derecho a la salud, al establecer la competencia de los municipios en:

1. Establecer la situación de salud en el municipio y propender por el mejoramiento de las condiciones determinantes de dicha situación. De igual forma, promoverá la coordinación, cooperación e integración funcional de los diferentes sectores para la formulación y ejecución de los planes, programas y proyectos en salud pública en su ámbito territorial.
2. Además de las funciones antes señaladas, los distritos y municipios de categoría especial, 1o., 2o. y 3o., deberán ejercer las siguientes competencias de inspección, vigilancia y control de factores de riesgo que afecten la salud humana presentes en el ambiente, en coordinación con las autoridades ambientales.
3. Vigilar y controlar en su jurisdicción, la calidad, producción, comercialización y distribución de alimentos para consumo humano, con prioridad en los de alto riesgo epidemiológico, así como los de materia prima para consumo animal que representen riesgo para la salud humana.
4. Vigilar las condiciones ambientales que afectan la salud y el bienestar de la población generadas por ruido, tenencia de animales domésticos, basuras y olores, entre otros.
5. Vigilar en su jurisdicción, la calidad del agua para consumo humano; la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos; manejo y disposición final de radiaciones ionizantes, excretas, residuos líquidos y aguas servidas; así como la calidad del aire. Para tal efecto, coordinará con las autoridades competentes las acciones de control a que haya lugar.
6. Ejercer vigilancia y control sanitario en su jurisdicción, sobre los factores de riesgo para la salud, en los establecimientos y espacios que puedan generar riesgos para la población, tales como establecimientos educativos,

hospitales, cárceles, cuarteles, albergues, guarderías, ancianatos, puertos, aeropuertos y terminales terrestres, transporte público, piscinas, estadios, coliseos, gimnasios, bares, tabernas, supermercados y similares, plazas de mercado, de abasto público y plantas de sacrificio de animales, entre otros.

Aún así, existen importantes vacíos en la legislación relacionados con los riesgos laborales y con la responsabilidad de los agentes económicos sobre la salud de terceros, muy claras en las legislaciones de los países desarrollados, por los riesgos químicos, físicos y bacteriológicos que surgen de su accionar o de los productos de consumo o servicios que entregan a los ciudadanos, pero si el alcance del derecho a la salud en la Ley Estatutaria incluyera los puntos centrales mencionados, su desarrollo se dará ulteriormente.

ⁱ Daniels, Norman (2002). Democratic Equality. Rawls Complex Egalitarianism. En: Freeman Samuel (2002). The Cambridge Companion to Rawls. Cambridge University Press. Cambridge 2003.

ⁱⁱ Sen Amartya 2004. Elements of a Theory of Human Rights. Philosophy and Public Affairs. Blackwell Publishing inc. 2004.

ⁱⁱⁱ Sentencia T- 760 de 2008. Corte Constitucional

^{iv} Martínez Félix “Derecho a la salud o equidad en salud” Revista Javeriana. Enero - Febrero de 2009. Número 751. Tomo 145. pag. 70 – 82.

^v Kelsen Hans (1979, póstuma), Teoría General de las Normas. Editorial Trillas, México, 1994

^{vi} Canguilhem Georges. (1971) *El Conocimiento de la Vida*. Editorial Anagrama. Barcelona. 1976

^{vii} Martínez Félix “Aportes a la Discusión sobre el concepto de Salud y Enfermedad”. Revista Facultad de Salud Pública, Universidad de Antioquia, Medellín, Volumen 11, No. 1 Junio 1988.

^{viii} Ley 715 de 2001 Título III Sector Salud. Capítulo I Competencias de la Nación en el sector salud. Artículo 44 Competencias de los municipios 44.3. De Salud Pública)