



SOLIDARIDAD SOCIAL Y DERECHO A LA SALUD: LA ASEQUIBILIDAD EN EL SUMINISTRO DE SERVICIOS ESENCIALES PÚBLICOS DE SALUD

EDUARDO SALVADOR ARENAS CATALÁN

Candidato a Doctor en el Instituto de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho, Economía y Gobierno de la Universidad de Utrecht

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMÁNDOSE A LA SOLIDARIDAD SOCIAL. 1. ¿Pueden la igualdad y la no-discriminación llevar a cabo el trabajo de la solidaridad social? III. LA SOLIDARIDAD SOCIAL Y EL DERECHO A LA SALUD. 1. El contenido normativo del Derecho a la Salud: art. 2.2. PIDESC y la AAAQ. 2. ¿Qué es problemático en la interpretación del contenido normativo del Derecho a la Salud, tal como se encuentra hoy? 3. Instrumentos de derechos humanos que consagran la solidaridad social. 4. Elementos normativos de la solidaridad social en relación con el Derecho a la Salud. IV. HACIA UNA NOCIÓN DE ASEQUIBILIDAD BASADA EN LA SOLIDARIDAD SOCIAL. 1. El Comentario General Número 14. 2. La Universalidad. 3. Una propuesta de interpretación de la asequibilidad basada en la solidaridad social. V. CONCLUSIÓN.

Palabras clave

Solidaridad Social; Derecho a la Salud; Comercialización de la atención sanitaria; Marquetización de la atención sanitaria; Asequibilidad; Acceso a la Salud; Comentario General Número 14; AAAQ.

Resumen

Este artículo indaga en qué medida la solidaridad social se encuentra debidamente incluida dentro del marco normativo del Derecho a la Salud. La solidaridad social se resiste a ser reducida tanto al criterio de la no-discriminación, como a la actual interpretación oficial de la asequibilidad, vinculada a la idea de un mínimo. Basándose en dos distinciones (actores privados versus marquetización y equidad en el trato hacia los ciudadanos y en el financiamiento del sistema), este artículo propone una nueva interpretación basada en el principio de la solidaridad social. El enfoque consiste en por una parte consolidar la posición del Estado en tanto proveedor directo de servicios de atención sanitaria, así como en darle control sobre los criterios de acuerdo a los cuales se regula el acceso a los servicios privados de salud.

I. INTRODUCCIÓN

Una discusión actual sobre la solidaridad social desde una perspectiva de derechos humanos implica una empresa compleja, pero necesaria. Compleja, en tanto nunca se

habían experimentado mayores desigualdades económicas que en la era actual¹. Necesaria, en cuanto la solidaridad social, como principio estructurador de los derechos humanos, no ha sido puesta en práctica.

Entre solidaridad social y salud existe un importante nexo. De acuerdo a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por su sigla en inglés), la distribución del ingreso global es más desigual que en el más desigual de los países, mientras se estima que el ingreso medio del 5% más rico de la población mundial es casi 200 veces superior a aquel del 10% más pobre². Desde la perspectiva de las desigualdades en salud, la OMS ha estimado que un 11% de la población mundial sufre catástrofe financiera cada año a consecuencia de los costos de salud (definida como el pago por costos sanitarios de más del 40% del ingreso directo, una vez cubiertas las necesidades básicas), mientras más de un 5% de la población mundial ingresa de modo forzoso en la línea de la pobreza como resultado de tener que desembolsar sumas de dinero al momento de recibir tales servicios³.

Estas cifras reflejan que dependiendo del carácter progresivo o regresivo de los principios que estructuran el financiamiento de los sistemas de salud, las desigualdades sociales se verán facilitadas u obstaculizadas. En otras palabras, existe una estrecha relación entre el financiamiento de los sistemas de salud y la desigualdad económica, así como entre la solidaridad social, las desigualdades económicas y las desigualdades en materia de salud. ¿Puede decirse que tales vinculaciones se corresponden con el objeto de los derechos humanos? Lo más cercano que el lenguaje de los derechos humanos⁴ llega a aquello, es en referencia a los principios de igualdad y de no-discriminación⁵. Pero, ¿son estos principios capaces de acometer esta tarea?

¹ De acuerdo a información presentada por la ONG Oxfam en la última cumbre del Foro Económico Mundial, las 80 personas más ricas del planeta poseen recursos económicos equivalentes a la mitad de la población con menos recursos económicos.

OXFAM, *Working for the Few. Political Capture and Economic Inequality*. Consultado en: <http://www.oxfam.org/en/research/working-few> (20 de enero de 2014); OXFAM, *Even It Up. Time to End Extreme Inequality*. Consultado en: <https://www.oxfam.org/en/research/time-end-extreme-inequality> (23 de abril de 2015).

² UNCTAD, *Growth and Poverty Eradication: Why addressing inequality matters*. Consultado en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/presspb2013d4_en.pdf (20 de noviembre de 2013).

³ OMS, *La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*. Consultado en: http://whqlibdoc.who.int/whr/2010/9789243564029_spa.pdf (25 de noviembre de 2013).

⁴ La historia de este desarrollo va de la mano del legado de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la que estableció que: «...*todos los hombres nacen iguales*», y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que estableció que: «*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*». El art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos condensa este legado.

⁵ OHCHR, *Human Rights and Poverty Reduction. A Conceptual Framework*. Consultado en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyReductionen.pdf> (23 de noviembre de 2013).



El presente artículo argumenta que la igualdad y la no-discriminación constituyen principios no aptos para acometer el problema de las inequidades en salud. Argumenta, no obstante, que existe una alternativa: el mandato fundacional que los derechos humanos otorgaran al principio de la solidaridad social. Este mandato goza de la misma jerarquía que otros principios que han sido, empero, el foco de mayor atención. Esta asimetría no debiera conducir a descalificar el alto estatus del que goza la solidaridad social dentro del conjunto de normas de derechos humanos.

El valor agregado de la solidaridad social, o su dimensión única, consiste en la persecución de la cohesión social, objetivo auspicioso en tiempos donde la desigualdad alcanza récords históricos en países centrales⁶, y donde la pobreza y la desigualdad derivada de una serie de crisis del capitalismo global, amenaza no solamente a naciones pobres y en vías de desarrollo, sino también a países industrializados como Estados Unidos, España, Grecia, Portugal, Italia o Irlanda.

Con el objetivo de embarcarse en esta empresa, el presente artículo explora el significado de la solidaridad social, su valor normativo dentro del contexto del Derecho a la Salud, y el modo en que tal vinculación podría influenciar el entendimiento del suministro de los servicios esenciales públicos de salud.

II. APROXIMÁNDOSE A LA SOLIDARIDAD SOCIAL

La filosofía política ofrece una interesante óptica para aproximarse al estudio de la clase de problemas planteados por la solidaridad social. En la perspectiva de Michael Sandel, la solidaridad social aparece como un requisito de la ciudadanía democrática. Sandel señala que:

Una brecha económica exagerada entre ricos y pobres perjudica la solidaridad que la ciudadanía democrática requiere. Ello ocurre de la siguiente forma: A medida que la desigualdad se acrecienta, ricos y pobres empiezan a vivir vidas crecientemente separadas. Los más prósperos, envían a sus hijos a colegios privados (o a colegios públicos en barrios acaudalados), dejando los colegios públicos para los niños de las familias que no cuentan con otra alternativa. Una tendencia similar ocurre en otras instituciones y centros públicos: Clubes deportivos privados reemplazan centros de recreación y piscinas municipales públicas. Condominios exclusivos contratan guardias de seguridad privados, descansando menos en la protección policial. Un segundo o tercer automóvil elimina la necesidad de acudir al transporte público. Y la cuenta suma y sigue. Los más pudientes se disgregan de los espacios y servicios públicos, dejándoselos a aquellos que no pueden pagar por otra cosa.

⁶ E. SAEZ Y G. ZUCMAN, «Wealth inequality in the United States since 1913: evidence from capitalized income tax data», *The National Bureau of Economic Research*. Consultado en: www.nber.org/papers/w20625 (20 de octubre de 2014).

Este fenómeno produce dos efectos negativos. Uno fiscal y otro civil. En cuanto al primero, los servicios públicos se deterioran, por cuanto aquellos que no usan dichos servicios se vuelven más reticentes a apoyarlos con sus impuestos. Segundo, los centros públicos como colegios, parques, plazas de juegos y centros comunitarios dejan de ser lugares de encuentro entre ciudadanos de orígenes diversos. Instituciones que otrora constituían puntos de encuentro entre la gente y que servían como escuelas informales de la virtud cívica se vuelven cada vez más infrecuentes. El vaciamiento del espacio público vuelve difícil cultivar la solidaridad y el sentido comunitario de los que depende la ciudadanía democrática⁷.

La perspectiva de Sandel muestra preocupación por el acrecentamiento de las desigualdades económicas, pero su argumento es fundamentalmente uno sobre cohesión social. La solidaridad social tendría que ver con comunidades caracterizadas por la colaboración y el compartir, objetivo que no puede perdurar en sociedades con excesivas desigualdades en la distribución de la riqueza.

Desde el punto de vista de la teoría social, la solidaridad social puede ser aproximada adoptando la definición de Stjernø. Este autor señala que ésta es «la disposición para compartir recursos mediante contribuciones personales hacia aquellos en resistencia o en situación de necesidad, mediante el establecimiento de impuestos y redistribución organizada por el Estado. [...] La solidaridad implica una disposición a la acción colectiva y una voluntad para institucionalizar dicha acción a través del establecimiento de derechos y de ciudadanía»⁸.

La solidaridad social puede asimismo vincularse a la noción de ciudadanía social en la forma descrita por T.H. Marshall⁹ en su clásico ensayo: *Ciudadanía y Clase Social*¹⁰. Los puntos de vista de Marshall en materia de ciudadanía pueden asociarse a los tres grandes tipos de derechos fundamentales: civiles, políticos y sociales. El final del siglo diecinueve habría estado marcado por un desplazamiento en la noción de ciudadanía social en Gran Bretaña: desde el asistencialismo hacia los indigentes —representado por las famosas Leyes para Pobres¹¹— a la reestructuración de clases a través de la redistribución, impuestos progresivos y política social. Dice Marshall:

La reducción de las diferencias de clase continúa siendo el objetivo de los derechos sociales, pero ha adquirido un nuevo significado. Ya no consiste en el mero intento por

⁷ M. SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?*, Penguin Books, Londres, 2009.

⁸ S. STJERNØ, *Solidarity in Europe. The History of an Idea*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

⁹ F. ATRIA, «¿Existen derechos sociales?» *Discusiones*, núm. 4, pp. 15-59. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>

¹⁰ T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950.

¹¹ T. H. MARSHALL, *The Right to Welfare and other essays*, Heinemann, Londres, 1981.

reducir la obviamente fastidiosa indigencia de los estratos más bajos de la sociedad. Ahora ha asumido la apariencia de una acción que modifica totalmente el esquema de la desigualdad social. Ya no se contenta con elevar el subterráneo del edificio social dejando la estructura intacta. Ahora ha comenzado a remodelar el edificio por completo, y bien podría terminar convirtiendo un rascacielos en un bungalow¹².

Finalmente, en una conexión que muestra más directamente la vinculación entre solidaridad social y acceso a la salud, cabe mencionar el reconocido estudio de Mackintosh y Koivusalo sobre la comercialización de este sector. Luego de ofrecer una definición de sistemas de salud, los mencionados autores señalan que «los servicios de salud deben apuntar tanto a la universalidad en el acceso de acuerdo a la necesidad, como a la solidaridad en el suministro y financiamiento, y que los sistemas de salud deben ser juzgados en base a tales objetivos. La solidaridad constituye en este sentido un robusto sistema de redistribución y subsidios a fin de permitir el acceso a la salud sobre la base de la necesidad»¹³.

Estas nociones ponen de relieve cómo la solidaridad social envuelve mecanismos concretos de acción, la que se traduce en el cumplimiento de deberes jurídicos.

Más cercanamente a la materia objeto del presente estudio, el marco normativo de los derechos humanos, y del Derecho a la Salud, aborda la temática de la solidaridad social. La Declaración Universal de Derechos Humanos («la Declaración» o «DUDH»), como instrumento fundacional de los derechos humanos se refiere a la solidaridad social en su primer artículo. Ella establece que: «*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*».

Un análisis de los *travaux préparatoires* de la Declaración muestra que, siguiendo la tendencia de la Revolución Francesa, la expresión: «fraternalmente,» fue hecha sinónima de la expresión solidaridad¹⁴. Este concepto reflejaba la idea de vinculación entre todos los miembros de la raza humana, lo que conduciría a la idea de deberes jurídicos¹⁵.

La norma del primer artículo fue concluida luego de una larga discusión. Cassin vinculó la expresión *fraternité* de la Revolución Francesa a la Declaración, y los países

¹² T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class and other essays*, cit.

¹³ M. MACKINTOSH y M. KOIVUSALO, *Commercialization of Health Care. Global and Local Dynamics and Policy Responses*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2005.

¹⁴ UNCHR. (5 de diciembre de 1947). Summary record of the Second Meeting [of the Working Group on the Declaration of Human Rights] UN Doc E/CN.4/AC.2/SR.2; R. NORMAND y S. ZAIDI, *Human Rights at the UN. The Political History of Universal Justice*, Bloomington, Indiana University Press, 2008.

¹⁵ Intervención de CASSIN. UNCHR. (17 de junio de 1947). Summary Record of the Eight Meeting [of the Drafting Committee of the Commission on Human Rights] UN Doc E/CN.4/AC.1/SR.8; Intervención de SANTA CRUZ. Consideration of Draft International Declaration of Human Rights, Submitted by the Drafting Committee (Annex A of document E/CN.4/95).

latinoamericanos apoyaron dicho punto de vista¹⁶. El significado de la solidaridad social en el contexto de la DUDH, tal como lo muestran los *travaux préparatoires*, se vincula con el internacionalismo, los derechos sociales, la evitación de la guerra, y con una manera de conducir las relaciones humanas e internacionales teniendo en vista el objetivo de la paz¹⁷.

La inclusión de la expresión «fraternidad» en el primer artículo de la Declaración permite concebir al principio de la solidaridad social como un elemento fundante de los derechos humanos, conjuntamente con la libertad, la igualdad y la dignidad humanas. Sin embargo, dicho reconocimiento no ha avanzado en paralelo con instrumentos de derechos humanos posteriores, especialmente desde la perspectiva de instrumentos dotados de valor jurídico vinculante.

Ahora bien, incluso aceptando que el principio de la solidaridad social se encuentra suficientemente asentado, ¿es realmente necesario embarcarse en la exploración de un nuevo principio cuando otros principios de derechos humanos más ampliamente reconocidos, puedan quizás servir de mejor forma idéntico propósito?

1. ¿Pueden la igualdad y la no-discriminación llevar a cabo el trabajo de la solidaridad social?

Legítimamente cabe cuestionarse en qué medida el objeto de preocupación de la solidaridad social no podría ser acaso abordado mediante otros principios de mayor madurez dentro del sistema de derechos humanos. Tal es el caso con los principios de igualdad y de no-discriminación.

Estos principios abordan el estatus de los seres humanos *qua* seres humanos. Sin embargo, como ya lo advirtiera T.H. Marshall tiempo atrás, estos principios se caracterizan por su naturaleza formalista.

En esta etapa, el núcleo de la ciudadanía se componía de derechos civiles. Y los derechos civiles resultaban indispensables para una economía de mercado competitiva. Ellos daban a cada hombre, como parte de su estatus individual, el poder de relacionarse en tanto unidad económica independiente en la lucha económica, permitiendo asimismo negarle protección social sobre la base de que éste se encontraba capacitado con suficientes medios para auto-protegerse¹⁸.

Esta referencia pareciera indicar que el principio de igualdad no resultaría suficiente para abordar las desigualdades económicas y sociales. Observemos si la prevención de

¹⁶ J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹⁷ Intervención de SANTA CRUZ. UNCHR. (27 de mayo de 1948). Summary Record of the Fiftieth Meeting [of the Commission on Human Rights] UN Doc E/CN.4/SR.50.

¹⁸ T.H. MARSHALL, *Citizen ship and Social Class and other essays*, cit.

Marshall resulta corroborada mirando más de cerca las normas de derechos humanos pertinentes en materia de Derecho a la Salud.

En el contexto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («PIDESC» o «el Pacto»), salta a la vista que la carencia de riqueza o recursos económicos no se encuentran incluidos en tanto motivos prohibidos de discriminación. De acuerdo a Matthew Craven, reconocido comentarista del PIDESC, la razón de ello es que «a diferencia del sexo, edad, o raza, la riqueza no constituye un atributo inmutable de la persona humana y por lo tanto puede ser excluida bajo el principio *eius dem generis*»¹⁹.

Cualquier lector con una vaga idea acerca del significado de los derechos sociales podría pensar que las referencias que el Pacto realiza en el art. 2.2. en relación al origen social o propiedad podrían significar que la discriminación basada en falta de recursos estaría siendo incluida. De esta manera, si a alguien se le impidiera acceder a la atención sanitaria en razón de su incapacidad económica para solventar el costo de tales servicios, podría considerarse que tal persona estaría siendo objeto de discriminación en base a su origen social o propiedad.

Una mirada más acuciosa muestra cómo aquello no es el caso. La Observación General Número 20²⁰ del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («CESCR» por su sigla en inglés), establece que las referencias al origen social²¹, propiedad²² o situación económica o social²³, no hacen referencia al dinero que se solicita a cambio de tales servicios sociales. La discriminación abordada por el Pacto, de acuerdo al CESCR, se refiere a la estigmatización y estereotipos negativos generalizados²⁴. Ello significa que la discriminación no se configura si a alguien se le impide acceder a un servicio social por no contar con el dinero suficiente para pagar por él. La justiciabilidad no emana de la negación de un servicio social por carecer de dinero —una privación objetiva por decirlo de algún modo— sino que de una óptica subjetiva: la discriminación se configura como consecuencia de *ser estigmatizado*. En este escenario, por ejemplo, si a una persona se le niega acceso a un tratamiento médico en una clínica privada sobre la base de que dicho tratamiento cuesta \$3000, dinero del que dicha persona carece, ninguna discriminación se ha configurado. Para alinearse con el lenguaje del Pacto y que exista justiciabilidad, la parte

¹⁹ M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1995.

²⁰ CESCR (4-22 de mayo de 2009). Comentario General 20. No-discriminación en derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, para. 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) UN Doc. E/C.12/GC/20.

²¹ *Ibid.* [24].

²² *Ibid.* [25].

²³ *Ibid.* [35].

²⁴ *Ibid.*

afectada tendría que probar, hipotéticamente, que la privación se vincula a un elemento subjetivo adicional: que por ejemplo él o ella fue impedido de acceder al servicio por *pertenecer a un barrio marginal*. Lo anterior resulta paradójico porque aquellos incapaces de pagar por un servicio no se les considera haber sido objeto de discriminación (en la medida que no sean llamados pobres, pertenecientes a la clase trabajadora, a un barrio marginal o algo por el estilo), pese a haberseles impedido hacer uso de aquellos servicios precisamente a causa de su incapacidad para pagar por ellos. El lenguaje de la discriminación sustantiva —también abordada por el Comentario General Número 20— pese a ser aplicable a grupos más extendidos, no hace las cosas más fáciles por cuanto también recae sobre las mismas consideraciones subjetivas estudiadas²⁵.

De ahí que los principios de igualdad y no-discriminación no consigan acometer el problema de la desigual capacidad económica de los individuos y resulten, por tanto, inaptos para abordar problemas vinculados con la distribución de la riqueza. Como se observara, el fundamento para ello radica en que las distinciones basadas en desiguales capacidades económicas no implica un ataque contra un atributo esencial de la persona, sino que apunta a un dato de orden adjetivo. Si bien ello puede ser correcto en sentido estricto (las distinciones basadas en la incapacidad de pago no implican juicios contra una persona, sino que tan sólo miran al tamaño de su billetera), ello es aún problemático por cuanto beber agua, disponer de comida suficiente y obtener acceso a la atención sanitaria en caso de enfermedad sí constituyen necesidades humanas básicas. Y el criterio de acuerdo al cual los individuos satisfacen tales necesidades constituye, por tanto, una delicada temática de derechos humanos.

Los principios de igualdad y no-discriminación sobre los cuales se ha construido parte importante del edificio normativo de los derechos humanos no abordan este asunto. Esto no significa que la igualdad y la no-discriminación estén incorrectamente formulados. Ellos abordan importantes objetivos de derechos humanos, por lo que no existe necesidad de modificarlos de manera alguna. Lo que sí es incorrecto es creer que los principios de igualdad y de no-discriminación totalizan el mandato de derechos sociales como el Derecho a la Salud. Así como también resultaría incorrecto —al menos históricamente equívoco— negarle a la solidaridad social su espacio dentro del marco normativo de los derechos humanos. El pobre desarrollo posterior con que se ha dotado a este principio sólo refleja un mandato incumplido por parte de la comunidad internacional, más en caso alguno puede estimarse que tal hecho debe hacerse equivalente a la inexistencia del mandato. Es precisamente este último aspecto, mucho más complejo que el de la no-discriminación, el que las normas de derechos humanos han insuficientemente sistematizado.

²⁵ *Ibid.* [8].

El presente artículo no constituye sino un intento por enunciar este problema, así como elaborar una propuesta de interpretación en tal sentido.

III. LA SOLIDARIDAD SOCIAL Y EL DERECHO A LA SALUD

1. El contenido normativo del Derecho a la salud: art. 2.2 PIDESC y la AAAQ

El contenido normativo del Derecho a la Salud ha de enmarcarse en el Artículo 2.2 del PIDESC y la denominada AAAQ, en la forma descrita por la Observación General Número 14 (en adelante «OG14»). El art. 2.2 del PIDESC establece que las obligaciones del Pacto han de ser llevadas a cabo «*sin discriminación*». Este elemento, en apariencia menos sustantivo, es de hecho, uno de los elementos más significativos de todo el Pacto como consecuencia de su naturaleza «directamente justiciable»²⁶. Las normas de mayor contenido sustantivo (como en este caso el art. 12 del Pacto), son relegadas a un estándar más laxo de revisión a raíz de su estatus de «realización progresiva»²⁷.

Con respecto a la AAAQ, la OG14, bajo el título de «Contenido Normativo del Artículo 12», hace referencia una vez más a la no discriminación. Aquí, la no-discriminación es presentada como un sub-elemento de la accesibilidad, en conjunto con otros sub-elementos que incluyen: accesibilidad física, accesibilidad económica, y acceso a la información.

La línea de argumentación que este artículo ha venido desarrollando asocia la solidaridad social con la accesibilidad económica (asequibilidad). Como se mostrará, ello tiene que ver con que la asequibilidad, en los términos de la OG14, operacionaliza tres elementos que pertenecen a la esfera de preocupaciones de la solidaridad social: la universalidad, los grupos vulnerables, y la equidad²⁸.

2. ¿Qué es problemático en la interpretación del contenido normativo del Derecho a la Salud tal como se encuentra hoy?

Si bien ha de saludarse que la OG14 incluya la asequibilidad dentro del contenido normativo del Derecho a la Salud, si los argumentos presentados en nuestras sub-secciones 2.1 y 3.1 son correctos (en el sentido de que la no-discriminación no es idónea para promover la solidaridad social, y que la no-discriminación constituye el único sub-elemento de realización inmediata), los prospectos para considerar la asequibilidad como un elemento justiciable dentro del Derecho a la Salud no son los más auspiciosos. Y si la

²⁶ B. SAUL, D. KINLEY y J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

²⁷ Artículo 2.1 del Pacto.

²⁸ CESCR (11 de mayo de 2000). Comentario General Número 14. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12). UN Doc E/C.12/2004/4 [12 b)].

asequibilidad no es justiciable, ¿puede estimarse que la OG14 representa adecuadamente la preocupación por la solidaridad social en el contexto del Derecho a la Salud?

Una visión del Derecho a la Salud con perspectiva de solidaridad social no esquiva la cuestión de la asequibilidad. La OG14 no lo hace. Aunque tímido, dicho instrumento desarrolla un intento por especificar el criterio en base al cual el acceso a la salud ha de distribuirse y la forma en que las inequidades en materia de salud han de ser abordadas. Tal criterio ha de extenderse a la importante temática de las características estructurales de los sistemas de salud, incluyendo su financiamiento. Si bien el CESCR en sus observaciones finales²⁹, y el Relator Especial del Derecho a la Salud en sus informes³⁰ han hecho esto en cierta medida, la naturaleza de tales instrumentos dista de ser satisfactoria. El lenguaje de las observaciones finales resulta no sólo insuficientemente prescriptivo, sino también, excesivamente casuístico, careciendo de la necesaria sistematización.

De otra parte, como se mostrará, la sustancia de algunos de los informes del Relator Especial pareciera fundarse en una noción de ciudadanía no basada en la solidaridad social.

Por último, la sobria redacción de la OG14 en una materia fundamental como la asequibilidad ha facilitado su implementación a través de interpretaciones que desfiguran su significado más profundo. La sección cuarta analizará cómo ocurre aquello. Antes, empero, la próxima sub-sección abordará los trazos más relevantes de la relación entre solidaridad social y Derecho a la Salud.

3. Instrumentos de derechos humanos que consagran la solidaridad social

Un enfoque que ponga de relieve la relación entre solidaridad social y Derecho a la Salud reclama un soporte normativo. Pese a lo tedioso del ejercicio, se ha estimado pertinente resumir tal vinculación haciendo mención de los principales instrumentos. De este recuento normativo se observa que fuera del PIDESC, la totalidad de los instrumentos no presenta un carácter jurídico vinculante. Con todo, queda en evidencia que la relación es significativa, haciéndose necesario sistematizar los distintos trazos de solidaridad social en una nueva interpretación que encarne la importancia de ésta, en tanto principio informante del Derecho a la Salud.

3.1. *Instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos*

— DUDH.

- Art. 1. Las relaciones humanas deben basarse en un comportamiento fraternal;

²⁹ B. TOEBES, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia, Amberes, 1999.

³⁰ UNCHR (31 de enero de 2008). Informe del Relator Especial para el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental, Paul Hunt. UN Doc. A/HRC/7/11 [43].

- Art. 29.1. «Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad»
- PIDESC. El art. 12.2 d) señala que los estados deben crear las «condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».
- Comentario General Número 14.
 - Párrafo 12 b) relativo a la accesibilidad económica (asequibilidad): «los establecimientos de salud, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud, deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos»;
 - Párrafo 19. «En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico de salud necesario y los establecimientos de salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud...».
- Comentario General 19³¹. Párrafo 3. «La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social»;
- La Declaración de Alma-Ata³².
 - Párrafo II. «La grave desigualdad existente en el estado de salud de la población, especialmente entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como dentro de cada país, es política, social, y económicamente inaceptable y, por tanto, motivo de preocupación común para todos los países»;
 - Párrafo III. «El desarrollo económico y social, basado en un Nuevo Orden Económico Internacional, es de importancia fundamental para lograr el grado máximo de salud para todos y para reducir el foso que separa, en el plano de la salud, a los países en desarrollo de los países desarrollados...»;

³¹ CDESCR (4 de febrero de 2008). Comentario General Número 19. El derecho a la seguridad social (art. 9) UN Doc E/C.12/GC/19.

³² OMS (6-12 de septiembre de 1978). Primary Health Care: Report of the International Conference on Primary Health Care, Alma-Ata, USSR) 'Health for All' Series No. 1, Geneva/New York: WHO, 1978.

- Párrafo IV. «El pueblo tiene el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación y aplicación de su atención de salud»;
 - Párrafo V. «Los gobiernos tienen la obligación de cuidar la salud de sus pueblos, obligación que sólo puede cumplirse mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas. Uno de los principales objetivos sociales de los gobiernos, de las organizaciones internacionales y de la comunidad mundial entera en el curso de los próximos decenios debe ser el de que todos los pueblos del mundo alcancen en el año 2000 un nivel de salud que les permita llevar una vida social y económicamente productiva. La atención primaria de salud es la clave para alcanzar esa meta como parte del desarrollo conforme al espíritu de la justicia social»;
 - Párrafo VI. «La salud primaria de salud [...] ha de ser] puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad [...] a un costo que la comunidad y el país puedan soportar...»;
 - Párrafo VII.6 «La atención primaria de salud: debe estar asistida por sistemas de envío de casos integrados, funcionales y que se apoyen mutuamente, a fin de llegar al mejoramiento progresivo de la atención sanitaria completa para todos, dando prioridad a los más necesitados»;
 - Párrafo VIII. «Todos los gobiernos deben formular políticas, estrategias y planes de acción nacionales, con objeto de iniciar y mantener la atención primaria de salud como parte de un sistema nacional de salud completo y en coordinación con otros sectores. Para ello, será preciso ejercer la voluntad política para movilizar los recursos del país y utilizar racionalmente los recursos externos disponibles».
- La Declaración de Ottawa para la Promoción de la Salud³³. El párrafo 5 señala que «la promoción de la salud se centra en alcanzar la equidad sanitaria.» Asimismo, los participantes de la Conferencia se comprometen a «eliminar las diferencias entre las distintas sociedades y en el interior de las mismas, y a tomar medidas contra las desigualdades en términos de salud, que resultan de las normas y prácticas de esas sociedades»³⁴.
- La Declaración del Derecho al Desarrollo. El art. 8.1 de la Declaración establece que: «Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo, y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales».

³³ OMS. Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud. WHO/HPR/HEP/95.1. WHO, Geneva, 1986.

³⁴ *Ibid.*

- La Declaración de los Objetivos del Milenio de Naciones Unidas.³⁵ El párrafo 6 establece que la solidaridad es un valor que requiere que: «*Los problemas mundiales deben abordarse de manera tal que los costos y las cargas se distribuyan con justicia, conforme a los principios fundamentales de la equidad y la justicia social. Los que sufren, o los que menos se benefician, merecen la ayuda de los más beneficiados*».
- Informes del Relator Especial para el Derecho a la Salud
 - 3 de marzo de 2006³⁶. Este informe identifica el Derecho a la Salud con el sistema de salud, señalando que el Derecho a la Salud constituye fundamentalmente «*un sistema de salud eficaz, integrado y con capacidad de respuesta, que abarque la atención de la salud y los factores determinantes subyacentes de la salud, accesible para todos*».³⁷ Cuando «*el Relator Especial habla de los determinantes subyacentes de la salud, no se refiere únicamente a determinantes como el agua potable y el saneamiento adecuado, sino también a los factores sociales determinantes de la salud*»³⁸. Estos son «*las condiciones, tales como la pobreza y el desempleo, que hacen enfermar a las personas en primer lugar*»³⁹. El informe enfatiza la accesibilidad económica, indicando que el sistema de salud «*debe ser accesible para todos, no solamente los más adinerados, sino también para los que viven en la pobreza*».⁴⁰ El informe comprende que los aspectos económicos que derivan del enfoque de derechos humanos deben «*prestar especial atención a los particulares y a las comunidades desfavorecidas*»⁴¹.
 - 31 de enero de 2008⁴². El informe nota que en «*demasiados países los sistemas de salud están a punto de hundirse o sólo son accesibles para grupos particulares de la población. Con demasiada frecuencia, los sistemas de salud son injustos, regresivos y peligrosos*»⁴³. Más adelante, el informe señala que los principios de igualdad y no-discriminación buscan «*implantar programas de proximidad y de otro tipo para asegurar que las personas y comunidades desfavorecidas tengan en la práctica el*

³⁵ Asamblea General de Naciones Unidas. (18, septiembre, 2000). Declaración de Naciones Unidas de Objetivos del Milenio. Res. 55/2. UN Doc. A/Res/55/2.

³⁶ UNCHR (3 de marzo de 2006). Informe del Relator Especial para el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt. UN Doc. E/CN.4/2006/48.

³⁷ *Ibid.*[10].

³⁸ *Ibid.*[9].

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*[6].

⁴¹ *Ibid.*[25].

⁴² UNCHR (31 de enero de 2008). Informe del Relator Especial para el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt. UN Doc. A/HRC/7/11.

⁴³ *Ibid.*[13].

mismo acceso que otros grupos más favorecidos»⁴⁴. El informe continua señalando que estos dos principios se relacionan con el concepto de la equidad, definido como «igualdad de acceso a la atención sanitaria de acuerdo con la necesidad»⁴⁵. El informe señala que estos tres conceptos tienen un componente de justicia social, indicando que «si las personas que viven en la pobreza no tienen acceso al sistema de salud, a diferencia de los ricos, que sí lo tienen, el Estado podrá ser tenido por responsable y se le podrá exigir que ponga remedio a la situación»⁴⁶.

- La Declaración Política de Río sobre Determinantes Sociales de la Salud⁴⁷. La declaración señala que la acción sobre los determinantes sociales de la salud es crítica para abordar las inequidades en salud⁴⁸. La declaración define a los factores sociales determinantes de la salud como las condiciones de la sociedad en las que una persona nace, crece, vive, trabaja y envejece. La declaración enfatiza que la acción sobre estos determinantes, tanto para los grupos vulnerables como para la población entera es esencial para conseguir una sociedad integradora, equitativa, económicamente productiva y sana⁴⁹.

3.2. Instrumentos de derechos humanos emitidos por organizaciones regionales y documentos de organizaciones de derechos humanos locales y de base

- La Carta Social de las Américas⁵⁰. La solidaridad social es mencionada explícitamente en los arts. 1, 4, 14, 17, 26, 33, y 34. La inclusión social, la equidad y la universalidad son igualmente mencionados en distintas normas.
- La Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe. Párrafo 9. «Los DESC (...) deben guiar las leyes, políticas y actividades de los gobiernos y de otros actores con miras a su plena realización, del mismo modo que cuestionar el fundamento de aquellas otras que amenacen su dignidad».
- La Carta de la Salud de los Pueblos⁵¹. La Carta enfatiza la cohesión social y la universalidad. Establece que: «Los gobiernos tienen una responsabilidad fundamen-

⁴⁴ *Ibid.*[42].

⁴⁵ *Ibid.*[43].

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ OMS (21 de octubre de 2011). Declaración Política de Río sobre los Determinantes Sociales de la Salud.

⁴⁸ *Ibid.* [10].

⁴⁹ *Ibid.* [6].

⁵⁰ OEA (4 de junio de 2012). Carta Social de las Américas. AG/doc. 5242/12 rev. 2, Cochabamba.

⁵¹ The People's Health Movement. The People's Charter for Health. Rescatado de: http://www.phmovement.org/en/resources/charters/peopleshealth?destination=phm_home_page

tal para garantizar el acceso universal a la asistencia de salud de buena calidad, a la enseñanza y a otros servicios sociales de acuerdo con las necesidades de la gente y no con su capacidad de pago»⁵².

- *Global Health Watch 4*. *Global Health Watch* es un proyecto que depende de un conjunto de organizaciones de base regionales e internacionales incluyendo el Movimiento de los Pueblos por la Salud, Medact, Medico International, Third World Network, Health Action International y Alames. Significativamente, el informe llama a una «agenda progresiva por la salud pública», que define la estrategia recomendada por tales organizaciones a los activistas del Derecho Humano a la Salud. Entre éstas, se incluye: re-regular las finanzas globales, rechazar la austeridad, incrementar los programas de imposición progresiva, cerrar los paraísos financieros, apoyar el sistema global de impuestos, entre otros.

4. Elementos normativos de la solidaridad social en relación con el Derecho a la Salud

Sobre la base de las referencias anteriores, los siguientes elementos pueden abstraerse a fin de explicar la conexión normativa entre solidaridad social y Derecho a la Salud:

- La idea de deberes. El reconocimiento de la solidaridad social como un mandato de derechos humanos emerge del art. 1 de la DUDH. El mandato encuentra su expresión en la idea jurídica de deberes para con la comunidad, expresada tanto en el art. 29.1 de la DUDH, como en el párrafo IV de la Declaración de Alma-Ata;
- Universalidad⁵³. Repetidamente, los instrumentos señalan que el Derecho a la Salud ha ubicarse al alcance de «todos». Más adelante, este artículo discurrirá sobre dos maneras diferentes de entender lo anterior;
- Equidad⁵⁴. Los citados instrumentos citan repetidamente el concepto de equidad, vinculándolo con la idea de asequibilidad en los costos sanitarios. Fuera de la ya citada definición de equidad del Relator Especial para el Derecho a la Salud⁵⁵, el Glosario de la OMS para la Promoción de la Salud establece que: «...la falta de equidad tiene lugar como consecuencia de las diferencias de oportunidades derivadas, por ejemplo, del acceso desigual a los servicios de salud, a una alimentación correcta, a una vivienda adecuada, etc. En tales casos, las desigualdades en cuanto al estado de

⁵² *Ibid.* [4].

⁵³ Arts. 1, 22, 25.1, 29.1 DUDH; Arts. 12.1, 12.2 d) PIDESC; [12 b), 43 b), 52, 53] Comentario General 14; [13, 25] Comentario General 19; [VII.6] Declaración de Alma-Ata; [5] Carta de Ottawa; [2, 4, 7] Declaración de Río.

⁵⁴ [12 b), 52] Comentario General 14; [3, 6, 10] Comentario General 19; [II, III, V, VI] Declaración de Alma-Ata; [5, 6.1.1, 6.1.2] Carta de Ottawa; [2-10, 13-14] Declaración de Río; (n 43-46) Informe del Relator Especial 31 enero 2008.

⁵⁵ (núm. 45).

salud surgen como consecuencia de la falta de equidad en materia de oportunidades en la vida»⁵⁶. Cinco sub-elementos se desprenden de la equidad:

1. Redistribución⁵⁷;
2. Foco en las personas y grupos vulnerables⁵⁸;
3. Atención sanitaria lo más igualitaria y completa posible⁵⁹;
4. Sistema Nacional de Salud⁶⁰. En la medida que este elemento no puede comprenderse sin la participación del Estado, constituye una medida esencialmente redistributiva;
5. Acción sobre los Determinantes Sociales de la Salud⁶¹. Tales medidas presentan una naturaleza intrínsecamente redistributiva, y constituyen uno de los aspectos más decisivos por la promoción de la salud.

IV. HACIA UNA NOCIÓN DE ASEQUIBILIDAD BASADA EN LA SOLIDARIDAD SOCIAL

Los instrumentos analizados en la sección anterior muestran que la relación entre solidaridad social, desigualdades económicas y desigualdades en salud cuenta con un respaldo jurídico. La pregunta ahora consiste en analizar en qué medida tales normas tienen la capacidad de orientar en la práctica los derechos humanos hacia el objetivo de la asequibilidad. Ello resulta central para garantizar la solidaridad social.

1. El Comentario General Número 14

Es conveniente comenzar prestando atención a dos cualidades positivas de la OG14 desde el punto de vista de la solidaridad social. En primer lugar su inclusión tácita no es algo menor. En el análisis de los instrumentos ya se observaba cómo el párrafo 12 b) de la OG14 incluye la universalidad, la preocupación por los grupos desventajados y

⁵⁶ OMS. Glosario de la Promoción de la Salud, 1998. WHO/HPR/HEP/98.1.

⁵⁷ [10, 11, 12 b), 19] Comentario General 14; [3] Comentario General 19; [II, III, VI, VII.6, VIII] Declaración de Alma-Ata; [5, 6.1.1, 6.1.2] Carta de Ottawa; [5] Declaración de Río.

⁵⁸ Art. 25.2 UDHR; Art. 12.2 a) PIDESC; [12 b), 14, 18, 21-22, 25-27, 35, 37, 40, 43 a), f), 52, 62, 65] Comentario General 14; [4, 12] Comentario General 19; [VII.6] Declaración de Alma-Ata; (n 40-41) Informe del Relator Especial 3 marzo 2006; (n 44-46) Informe del Relator Especial 31 enero 2008.

⁵⁹ [12 b)] Comentario General 14; [V, VI, VIII, IX] Declaración de Alma-Ata; [6.1.2] Carta de Ottawa; [13.2. i), ii), iv), v), vi), vii)] Declaración de Río.

⁶⁰ Art. 25.1. DUDH; Art. 12.2 d) PIDESC; [8, 36] Comentario General 14; [V, VII.6, VIII] Declaración de Alma-Ata; [6.1.1] Carta de Ottawa; (n 37) Informe del Relator Especial 3 marzo 2006; (n 43-44) Informe del Relator Especial 31 enero 2008.

⁶¹ [4, 10-12 a), b), 16, 18, 36] Comentario General 14; [5] Declaración de Alma-Ata; [3] Carta de Ottawa; (n 48-49) Declaración de Río; (n 37-38) Informe del Relator Especial 3 marzo 2006.

la equidad. La sub-sección anterior explicitó cómo dichos aspectos se vinculan con la solidaridad social. En segundo lugar, la OG14 sistematiza las distintas dimensiones que revisten prioridad en la protección del Derecho a la Salud. Se enfatiza así la centralidad de los costos de la atención sanitaria, lo que ha contribuido a asentar la importancia de la asequibilidad en tanto pilar fundamental en el edificio del Derecho a la Salud.

Desde una perspectiva más crítica, puede observarse que la OG14 enfoca la cuestión de la equidad desde una óptica un tanto unidimensional. La atención sanitaria sólo es abordada explícitamente desde la perspectiva de los ciudadanos. No se hace referencia a los requerimientos estructurales, particularmente en materia de financiamiento, para que el sistema de salud opere de modo equitativo. Decimos que el problema es sólo «un tanto» unidimensional por cuanto la OG14 identifica un número de elementos que en la práctica no pueden ser reconciliados con arreglos no equitativos en el suministro de estos servicios.

A causa de una redacción excesivamente amplia de la OG14, el problema ha sido principalmente de interpretación y de práctica, lo que ha devenido en visiones que instrumentalizan el derecho con el fin de dar prioridad a las lucrativas oportunidades de negocios derivadas de la comercialización de la atención sanitaria. Tales perspectivas obvian el hecho de que ésta, constituye un mecanismo que concretiza necesidades humanas esenciales.

En este sentido, experiencias recientes en muchos países muestran que el involucramiento privado en la salud se ha hecho sinónimo con la marquetización de la atención sanitaria⁶². Desde el presente enfoque de derechos humanos, ello resulta problemático. La marquetización de la salud, esto es, la fijación de los precios de los bienes y servicios integrantes de la atención médica y sanitaria a través del arbitrio de las reglas de la oferta y la demanda, no puede satisfacer las preocupaciones arriba mencionadas. En primer lugar, por cuanto el propósito de un mercado no es el de satisfacer igualitaria o equitativamente necesidades humanas esenciales. El permitir que los precios de un bien o servicio se definan por el mercado refleja que la intención es proveer dicho bien o servicio con arreglo a la capacidad individual de pago. Ello ocurre, por ejemplo, con el mercado de la telefonía móvil. En este ámbito, se ha permitido que sea la relación entre oferta y demanda la que fijelos precios de dichos servicios.

La OG14 señala que el suministro de la atención sanitaria debe ser gobernado por el principio de la equidad⁶³. Como se señalaba con anticipación, la noción de equidad de Paul Hunt es la de «igual acceso a la salud de acuerdo a las necesidades»⁶⁴. A este

⁶² M. MACKINTOSH y M. KOIVUSALO, *cit.*

⁶³ (núm. 28).

⁶⁴ (núm. 45).

concepto, la OG14 agrega el requerimiento de que ésta se otorgue de forma universal⁶⁵, y que se encuentre especialmente disponible para los «grupos sociales en desventaja»⁶⁶. La pregunta que surge es: ¿puede un ámbito que demanda la integración de estos tres elementos funcionar de la misma forma en que opera el mencionado mercado de telefonía móvil? Ello resulta problemático tanto empírica como teóricamente. Empíricamente, un mercado en que todos, por sus propios medios —incluso los más pobres— fueran capaces de financiar una cobertura integral de atención sanitaria, constituye no solamente un escenario hipotético que jamás ha existido en la historia de la humanidad. Nunca, tampoco, se había encontrado más distante de la situación actual. Desde el punto de vista teórico, señalar que el acceso a la salud constituye un derecho humano significa que el asunto reviste una importancia tal que su realización no puede dejarse sujeta a la contingencia del mercado⁶⁷.

En lo que probablemente constituyó un intento por enlazar con la redacción del Comentario General Número 3⁶⁸ —emitido en un contexto de gran confianza hacia los mercados a raíz de la caída del muro de Berlín— los redactores de la OG14 parecen no haber prohibido la marquetización de modo explícito. Sólo con la crisis financiera de 2008 ha decaído la narrativa sobre la supuesta eficiencia del libre mercado asignando eficientemente recursos públicos en el sector salud. Tal evidencia no sólo es inexistente en el ámbito de la atención sanitaria⁶⁹; dicha narrativa no pareció prestar mayor atención a los gigantescos logros que el sector público alcanzara en términos de equidad, pero también desde la perspectiva de la eficiencia económica y de la extensión en la cobertura sanitaria durante la segunda mitad del Siglo XX⁷⁰.

Por último, como lo indica Anja Rudiger, en el caso de la atención sanitaria ni siquiera se configurarían las condiciones para una relación de «libre» mercado:

La creencia dominante en los «mercados libres», establece que la oferta y la demanda por atención sanitaria se autorregulará y que la competencia bajará los costos. Acepta que el acceso a la atención sanitaria será restringida para aquellos que puedan pagarla, pero asume que los precios serán razonables porque la oferta y la demanda están vinculadas. No obstante, mientras con la mayoría de los productos los límites a la demanda se basan en el

⁶⁵ [12 b)] Comentario General 14.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ R. MANRIQUE, «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y Libertades*, núm. 23, época II, pp. 73-105.

⁶⁸ CESCR (14 de diciembre de 1990). Comentario General núm. 3. La naturaleza de las obligaciones de los estados parte (art. 2, para. 1 del Pacto). E/1991/23, [8].

⁶⁹ J. LISTER, *Health Policy Reform. Global Health versus Private Profit*, Faringdon, Libri Publishing, 2013.

⁷⁰ M. MACKINTOSH y M. KOIVUSALO, *cit.*

precio, en el caso de la atención sanitaria la demanda no es sensible al precio, por cuanto la elección desaparece desde el momento en que el individuo se enferma⁷¹.

La inconvincente posibilidad tanto empírica como teórica de que un mercado de la atención sanitaria pueda cumplir con los requisitos de la OG14, conduce a la conclusión de que hacer sinónimos el involucramiento de los actores privados con la marquetización de la salud, conlleva una interpretación incorrecta de dicho instrumento.

2. La universalidad

La expresión: «para todos», a propósito de la asequibilidad de los sistemas de salud hace surgir el siguiente interrogante: ¿Debiera la universalidad significar que toda persona tiene derecho a un mínimo nivel de atención sanitaria, o debiera entenderse que cada quien tiene derecho a obtener atención sanitaria sobre la base de la necesidad, y no de su capacidad de pago?⁷².

La primera alternativa aparece seductora. Especialmente cuando el problema se plantea desde la perspectiva de los servicios esenciales públicos de salud. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define «esencial» como: «Sustancial, principal, notable»⁷³. Asimismo, «esencia», se define como «lo más importante y característico de una cosa»⁷⁴. De este modo, vincular la noción de esencialidad con la de mínimo podría parecer como algo razonable. La noción de «obligaciones básicas», como establece la OG14, pareciera corroborar tal razonamiento⁷⁵. Más aún, pese a su definición de equidad, Paul Hunt pareciera asociar la esencia del Derecho a la Salud con la protección por los desfavorecidos⁷⁶, lo que podría asociarse a la idea de un mínimo de protección para estos.

Sin embargo, la discusión sobre la esencialidad debiera abordarse desde la perspectiva del contenido del derecho que en la especie se discute. En este caso —como lo indica el art. 12 del PIDESC— el «derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física o mental». Ello sugiere lo inapropiado que resultaría asociar la esencia del Derecho a la Salud con un derecho a un mínimo de atención sanitaria, puesto que lo que ha de

⁷¹ A. RUDIGER, «From Market Competition to Solidarity? Assessing the Prospects of US Health Care Reform Plans from a Human Rights Perspective», *Health and Human Rights*, Vol. 10, núm.1, pp. 123-135.

⁷² F. ATRIA, «Réplica. Derecho y política a propósito de los derechos sociales», *Discusiones*, núm. 4, pp. 145-176. Recuperado de:

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/rplica-derecho-y-politica-a-proposito-de-los-derechos-sociales-0/>.

⁷³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=esencia> (23 de abril de 2015).

⁷⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=esencial> (23 de abril de 2015).

⁷⁵ [43] Comentario General 14.

⁷⁶ (núm. 41).

examinarse, es qué es lo esencial para obtener el *más alto* nivel posible de salud física y mental⁷⁷. Este punto de partida desaconseja vincular la idea de esencialidad con la de mínimos, lo que parece ir de la mano con la Declaración de Alma-Ata. Dicho instrumento —en caso alguno orientado a naciones ricas, sino más bien todo lo contrario— estableció el objetivo de caminar en la dirección de una atención sanitaria completa para todos⁷⁸.

Por otra parte, desde el punto de vista de la solidaridad social, no se debiera prestar atención únicamente a lo que un Derecho a la Salud mínimo indica literalmente, sino también a lo que tal noción implica. Vale decir, que sobre tal mínimo, el acceso a la salud se gobernará con base en la lógica del mercado, esto es, sobre la base de la capacidad de pago. Y si sólo algunos tienen derecho a un mínimo, y otros cuantos acceden a más mientras más pagan, es legítimo cuestionarse si tal entendimiento, más que acercarse a una definición de solidaridad social, concluya por revalidar la segregación social.

Los sistemas de salud de dos niveles (*two-tiered healthcare systems*), admiten distintos grados de marquetización. Ejemplos como el chileno han sido elogiados por su capacidad de asegurar un mínimo para todos. Ello significa que si alguien es incapaz de costear un seguro de salud por cuenta propia, al menos un mínimo de servicios será cubierto por el Estado. Por su parte, aquellos individuos con recursos suficientes, podrán acceder a comprar su propia atención sanitaria de modo total o parcial.

Empero, en sistemas de estas características, una serie de elementos de la solidaridad social resultan lesionados.

El efecto se asemeja bastante al patrón descrito por Sandel en la sub-sección 2.1. En primer lugar, mientras aquellos con suficientes recursos económicos quedan en condiciones de financiar su atención sanitaria, se hace claro que ésta no se diferencia sustantivamente de ningún otro bien de consumo. El efecto tanto práctico como simbólico no es irrelevante. Cuando los precios por la mayor o menor extensión y calidad de la cobertura sanitaria pasan a ser definidos por el mercado, se hace difícil percibir que tales bienes y servicios constituyan la expresión de un derecho social.

En segundo lugar, se configura el efecto fiscal descrito por Sandel: Proveedores exclusivos y primas de seguros de salud de alto costo permiten a las clases medias y altas disfrutar de un sistema segregado de atención sanitaria, la que es total o parcialmente financiada por ellos mismos. El resultado es que tales grupos comienzan a perder todo incentivo por la redistribución. Así, la totalidad de los elementos necesarios para mirar al

⁷⁷ El origen de la redacción del derecho a la salud en los términos del PIDESC es incluso anterior a la DUDH pues se vincula con la Constitución de la OMS de 1946, la que estableció que: «*El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*».

⁷⁸ [Para. VII.6] Declaración de Alma-Ata.

resto de la sociedad de forma condescendiente han sido configurados, lo que motiva a este grupo a ser aún más propenso a rechazar cualquier forma de acción redistributiva (y, por cierto, a ejercer su no-insignificante influencia política para la consecución de tal propósito).

Las clases medias y los pobres son dejados sin más alternativa que acudir al usualmente sobrecargado sistema de hospitales de la red pública de salud, y como el Estado ya les otorgó su mínimo, los derechos humanos pueden darse por satisfechos. Cuando la atención sanitaria se otorga sobre la base de la capacidad de pago, los derechos humanos pueden hacer poco por impedir la reproducción de las desigualdades de riqueza pre-existentes. A mayor sea el grado de marquetización permitido por las regulaciones, mayor será la medida en que se reproducirán las desigualdades de salud; desigualdades que los derechos humanos están llamados a suprimir, pues como célebremente dijera Martin Luther King Jr. un 26 de marzo de 1966: *de todas las formas de desigualdad, la injusticia en la salud es la más chocante e inhumana*.

La lógica de mercado presente en sistemas de salud de dos niveles como el caso chileno, implica que la única forma de redistribución que se lleva a cabo es aquella que otorga un mínimo para los pobres. De ahí que tal vez no sea coincidencia que países como Chile —ubicados en la media alta de los países en vías de desarrollo— presente uno de los más altos índices de desigualdad globales⁷⁹. Así, nada impide que en esta perspectiva, el rol de los derechos humanos diste de encarnar la solidaridad social. Por el contrario, entendido de esta forma, los derechos humanos concluyen legitimando una fina maquinaria de privilegio, exclusión e individualismo.

3. Una propuesta de interpretación de la asequibilidad basada en la solidaridad social

En el primer párrafo de la sub-sección 4.2 se propuso una segunda forma de entender la universalidad y la equidad. Vale decir, que el Estado cumpla con su obligación del Derecho a la Salud en una forma en que tal acceso se otorgue sobre la base de la equidad, la que con Paul Hunt ha de entenderse como «igual acceso a la salud conforme a las necesidades»⁸⁰. Sin embargo, el entendimiento del propio Paul Hunt no parece encontrarse a la altura de su definición. Ello, porque al especificar los aspectos económicos derivados de un enfoque de derechos humanos señaló que éstos se traducen en «prestar especial atención a los particulares y a las comunidades desfavorecidas»⁸¹. Tal entendimiento asocia la cuestión de la solidaridad social exclusivamente con los grupos desventajados, y si bien, tal aspecto constituye un elemento de la solidaridad social, reducirlo exclusivamente a esa dimensión implicaría, de acuerdo a la referencia que hemos hecho de

⁷⁹ UNDP. Véase: <http://hdr.undp.org/es>.

⁸⁰ (núm. 45).

⁸¹ (núm. 41).

T.H. Marshall, un entendimiento decimonónico de la ciudadanía social en que la función de los derechos sociales no sería sino la de asistir a los indigentes.

¿Puede la noción de equidad ir más allá de esta perspectiva estigmatizadora y disonante con la idea de igual dignidad humana y, por el contrario, vincularse con los elementos de la solidaridad social antes enumerados?

Teniendo en cuenta las anteriores secciones 3.1 y 3.2, el problema de la solidaridad social puede enmarcarse en torno a tres preguntas clave:

- 1) ¿A quién debe suministrarse la atención sanitaria?
- 2) ¿Qué incluye, y cómo debe suministrarse la atención sanitaria?, y
- 3) ¿Quién debe suministrar la atención sanitaria?

En cuanto a la primera pregunta, el art. 12.2 b) del PIDESC, señala que la atención sanitaria debe ponerse al alcance de todos en caso de enfermedad. De este modo cada nación tendrá que definir qué cabe dentro del Derecho a la Salud haciendo ejercicio de su soberanía y considerando las normas de derechos humanos pertinentes.

La segunda y tercera preguntas se relacionan. La forma en que se suministra la atención sanitaria se vincula con quien la otorga. De ahí que Paul O'Connell señale que «el traspaso del suministro de los servicios médicos desde el sector público al sector privado no sólo involucre un cambio en «quién» ofrece el servicio; más fundamentalmente, envuelve una re-definición acerca de «qué» es lo que se suministra»⁸². Así, las normas de derechos humanos deberían especificar tanto la orientación de las políticas de salud, como la orientación en el financiamiento del sistema, en particular, los aspectos que resultarían ajenos o derechamente contrarios a la solidaridad social.

En cuanto a lo primero, las políticas de salud han de orientarse a abordar los determinantes sociales de la salud⁸³. Tal como se viera, dicho aspecto constituye uno de los elementos esenciales del Derecho a la Salud⁸⁴. Por su parte, la OMS ha enfatizado elementos como la redistribución, la mancomunación de los fondos destinados a la salud, y el manejo eficiente de los mismos. La redistribución aparece asociada al establecimiento de impuestos progresivos sobre la base de mayores niveles de riqueza⁸⁵. La mancomunación de los recursos sanitarios contribuye a evitar tanto la segregación como el colapso económico derivado de costos de salud excesivos, así como a incrementar la responsabilidad y compromiso colectivos⁸⁶. Finalmente, un manejo eficiente de los recursos exige que los

⁸² P. O'CONNELL, «The human right to health in an age of market hegemony», en *Global Health and Human Rights. Legal and Philosophical perspectives*, Routledge, Abingdon, 2010, pp. 190-209.

⁸³ (núm. 61).

⁸⁴ [17] Comentario General 14.

⁸⁵ OMS. *La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*, cit.

⁸⁶ *Ibid.*

sistemas de atención sanitaria eviten la duplicación de los servicios, al igual que los costos administrativos excesivos⁸⁷.

En cuanto a lo segundo —el financiamiento de la salud— la cuestión más importante y espinosa es la relativa al involucramiento del sector privado en el suministro de la atención sanitaria. Si bien su participación no se prohíbe⁸⁸, este artículo ha demostrado en las dos sub-secciones anteriores, que el suministro de los servicios de atención sanitaria debe caracterizarse por la universalidad, el foco en los grupos vulnerables y la equidad.

Este entendimiento significa principalmente dos cosas. Por una parte, que para que el Estado cumpla con su obligación del Derecho a la Salud la cobertura debe alcanzar una atención sanitaria completa para todos, con especial énfasis en los grupos socialmente desventajados, desarrollando mecanismos equitativos y redistributivos tales como el establecimiento de impuestos progresivos, y los determinantes sociales de la salud. Por otra parte, a los actores privados no se les impide involucrarse directamente en el suministro de servicios de atención sanitaria, pero el Estado debe asegurarse que tal suministro, analizado en su conjunto, cumpla con las descritos focos de atención en materia de universalidad, grupos vulnerables y equidad. En la práctica ello implica que mientras la marquetización de la atención sanitaria debe considerarse vedada desde una perspectiva de derechos humanos, el Estado debe controlar el modo y las condiciones en que se accede a los proveedores privados. De este modo, si ventajas comparativas de orden médico aconsejan la presencia privada, el control del Estado debe impedir que el acceso a tales servicios quede restringido a la capacidad individual de pago, y que las condiciones de su acceso obedezcan exclusivamente a criterios médicos.

V. CONCLUSIÓN

Este artículo ha demostrado cómo la solidaridad social constituye un importante principio de derechos humanos, y un aspecto crucial en la interpretación de derechos sociales como el Derecho a la Salud.

El análisis normativo muestra la existencia de tres elementos que resultan significativos para un entendimiento de la relación entre solidaridad social y Derecho a la Salud: universalidad, grupos vulnerables, y equidad. Estos conceptos no son en caso algunos novedosos en la jerga de los derechos humanos; lo importante es la forma en la que se ha sostenido que la solidaridad social, a través de la noción de asequibilidad, interactúa con estos conceptos. De la mano de la definición de ciudadanía social de T.H. Marshall, el Derecho a la Salud no puede ser entendido como un mero asistencialismo para los pobres

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ B. TOEBES, *cit.*, p. 328.

e indigentes, sino como un mecanismo para reestructurar el mundo social a través de la eliminación de las inequidades en el ámbito de la salud.

Se propone así la necesidad de avanzar hacia un nuevo enfoque en materia de asequibilidad. En vez de recurrir a la no-discriminación, principio que como se ha demostrado resulta inapto para articular la solidaridad social, el presente artículo ha enseñado cómo la asequibilidad se vincula con las perspectivas de equidad y de universalidad estudiadas. Se postula así un entendimiento de tales nociones en que la necesidad médica, y no la capacidad de pago, sea lo que condicione el suministro de la atención sanitaria, la que a su vez es entendida no como un derecho a un mínimo, sino como una atención orientada a ofrecer una cobertura lo más completa e igualitaria posible para todos.

Finalmente, el artículo muestra cómo la asequibilidad no puede separarse de los criterios con base a los cuales se distribuye la atención sanitaria. Así, mientras las normas de derechos humanos no expresan su favor hacia ningún sistema de salud en particular, el artículo ha concluido que entender la asequibilidad del Derecho a la Salud desde una perspectiva de solidaridad social, conduce al Estado a entender la obligación internacional derivada de este derecho en al menos dos sentidos. Por una parte prohibiendo la marquetización en el suministro de la atención sanitaria, aspecto que ciertamente sería recomendable incluir explícitamente en futuras revisiones de la OG14. Por otra, controlando que el acceso a los servicios provistos por los actores privados se fundamente en la necesidad médica, impidiendo así que quede condicionado a la capacidad de pago individual.

TITLE

SOCIAL SOLIDARITY AND THE RIGHT TO HEALTH. AFFORDABILITY IN THE PROVISION OF ESSENTIAL PUBLIC HEALTH SERVICES

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. APPROACHING SOCIAL SOLIDARITY. 1. Can equality and non-discrimination do the job of social solidarity? III. SOCIAL SOLIDARITY AND THE RIGHT TO HEALTH. 1. The normative content of the Right to Health: art. 2.2. ICESCR and the AAAQ. 2. What is problematic about the interpretation and normative content of the Right to Health as it stands today? 3. Human rights instruments that recognize social solidarity. 4. Normative elements of social solidarity in relation to the Right to Health. IV. TOWARDS A SOCIAL SOLIDARITY-BASED NOTION OF AFFORDABILITY. 1. General Comment 14. 2. Universality. 3. Towards a notion of affordability based on social solidarity. V. CONCLUSION.

KEY WORDS

Social Solidarity; Right to Health; Healthcare commercialization; Healthcare marketization; Affordability; Access to health; General Comment 14; AAAQ.

ABSTRACT

This paper inquires whether social solidarity is adequately embedded in the right to health's normative framework. Social solidarity resists being reduced to non-discrimination and to the official interpretation of affordability, linked



to a minimum. Basing itself on two distinctions (private actors vis-a-vis marketization, and equity with respect to citizens and with respect to the financing of the system), this paper proposes a new interpretation based on the principle of social solidarity. The approach consolidates, on the one hand, the state's position as a direct provider of healthcare services. On the other, it allows the state to controlling the criteria according to which access to these private services is regulated.

Fecha de recepción: 23/02/2015

Fecha de aceptación: 24/04/2015

