

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA



Casa abierta al tiempo

¿CUÁL ES EL BIEN JURÍDICO QUE PROTEGE EL DERECHO A LA SALUD?

TESIS

Que para obtener el grado de

Doctora en Ciencias en Salud Colectiva

PRESENTA

M en SP. Adriana González Delgado

Director

D en C. Sergio López Moreno

Universidad Autónoma Metropolitana
Unidad Xochimilco
División de Ciencias Biológicas y de la Salud

20 de enero del 2020

<u>AGRADECIMIENTOS</u>	5
<u>DEDICATORIAS</u>	6
<u>PROPÓSITO DE ESTUDIO</u>	8
<u>RESUMEN</u>	9
<u>PALABRAS CLAVE</u>	10
<u>ABSTRACT</u>	11
<u>KEYWORDS</u>	12
<u>INTRODUCCIÓN</u>	13
<u>DESAFÍO DEL LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD</u>	14
<u>OBJETIVOS DEL ESTUDIO</u>	15
<u>OBJETIVO GENERAL</u>	15
<u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u>	15
<u>MARCO TEÓRICO</u>	16
<u>CONCEPTOS SOBRE SALUD Y ENFERMEDAD</u>	16
<u>LA SALUD, LOS DERECHOS HUMANOS (DDHH) Y DERECHOS FUNDAMENTALES</u>	17
<u>EL DERECHO A LA SALUD DENTRO DEL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES</u>	19
<u>DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL</u>	20
<u>LAS CAPACIDADES DE ACUERDO CON AMARTYA SEN</u>	24
<u>ELEMENTOS DE LAS CAPACIDADES</u>	26
<u>FUNCIONAMIENTOS</u>	26
<u>BIENESTAR Y AGENCIA</u>	26

<u>LAS CAPACIDADES DESDE LA PERSPECTIVA DE MARTHA NUSSBAUM</u>	28
<u>METODOLOGÍA</u>	30
<u>CONSIDERACIONES ÉTICAS</u>	33
<u>RESULTADOS</u>	34
BIEN JURÍDICO	34
DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO OBJETIVO, DERECHO SUBJETIVO Y BIEN JURÍDICO	35
<i>COMPONENTES DE BIEN JURÍDICO LLAMADO “SALUD” DESDE EL ENFOQUE DE CAPACIDADES</i>	36
ENFOQUE DE CAPACIDADES EN SALUD DE ACUERDO CON PRAH RUGER	36
CAPACIDADES EN SALUD DE ACUERDO CON VENKATAPURAM Y EL CONCEPTO DE META-CAPACIDAD	46
<u>DISCUSIÓN</u>	48
<u>CONCLUSIÓN</u>	58
<u>REFERENCIAS</u>	61

Índice de figuras

<i>Figura 1. Teoría del Derecho y su relación con los Derechos Humanos</i>	21
Figura 2. Clasificación de los Derechos Fundamentales	23
<i>Figura 3. Diferencia entre derecho objetivo y derecho subjetivo</i>	24
<i>Figura 4. Diferencias entre derecho objetivo, subjetivo y bien jurídico con ejemplo en salud</i>	36
Figura 5. Acuerdos incompletos específicos (Nivel de acuerdo alto).....	43
Figura 6. Acuerdos específicos y generalizados incompletos. (Nivel medio de acuerdos)	43
<i>Figura 7. Acuerdos incompletos teorizados sobre resultados particulares (Nivel bajo de acuerdos)</i>	44
Figura 8. Acuerdos incompletos específicos con ejemplo en salud.....	50
Figura 9. Acuerdos incompletos específicos y generalizados con ejemplo en salud	52
Figura 10. Acuerdos sobre resultados particulares carentes de teoría completa bajo el enfoque de Derecho a la Salud	53
Figura 11. Relación entre salud, capacidades en salud, bienestar y calidad de vida entendida como capacidades.....	54
Figura 12. Acuerdos sobre resultados particulares carentes de teoría completa bajo el enfoque de Derecho a la Salud y las Escalas de Justicia de Fraser.....	56

Agradecimientos

A la Universidad Autónoma Metropolitana y al Doctorado en Ciencias en Salud Colectiva por permitirme cumplir un logro más en mi vida.

A mis Sinodales los Doctores José Alberto Rivera, Juan Manuel Castro, David Benítez y Marco Téllez por leer el trabajo, por su asesoría y consejos.

Al Dr. Sergio López Moreno, director de este trabajo, que durante todos estos años me ha guiado, dado confianza y ha sabido ser el mejor de los maestros. Agradezco mucho tu tiempo, tus palabras. No solo eres un excelente profesor sino una excelente persona.

A la Dra. Carolina Teleboin, en ella he descubierto a una gran persona, a una excelente compañera de congresos y una amiga. Gracias por el apoyo y por escucharme.

Dedicatorias

A mi familia, mi papá, mi mamá y mi hermana, por estar ahí siempre que lo he requerido, por soportar otra tesis junto conmigo y siempre impulsarme a seguir mis sueños. Por no dejar de creer en mi. Los amo.

A Nelly, mi mejor amiga. No hay palabras para agradecerte la compañía, el apoyo, el escucharme, el compartir conmigo buenos y malos momentos, así como nuestra obsesión por lo gatuchinos. Te quiero, como hermana, como la hermana que elijo de vida.

A mis amigos: Esteban, Óscar R, Jessi, Héctor, Asael, Rúben y Ernesto. El encontrarlos fue lo mejor que me ha pasado. Gracias por su apoyo, por cuidarme, procurarme y sobre todo por hacerme reír como solo ustedes lo hacen. Los quiero, amigos.

A Daisy, Carmen, Luisa, Sandra, Odeth, Gaby, Oli y Francho. Gracias por sus palabras, por sus consejos, por sus mensajes. Gracias por su amistad.

A mis compañeros y amigos del Doctorado, fue un placer compartir el aula con ustedes. Siempre tendré hermosos recuerdos del grupo que formamos.

A Memo, gracias por siempre, aunque lejos, estar atento de mi, por tu amistad. Te quiero Lucho.

A mi extensa familia, en especial a las “*Valomas Negras*”, que también son los mejor amigos y compañía.

*Caminando, escucho de una manera más profunda.
De repente, todos mis antepasados están detrás de mi,
Quédate quieta, dijeron.
Mira y escucha.
Tú eres el resultado del amor de miles.*

Linda Hogan (b. 1947)

Propósito de estudio

Esta investigación tiene como propósito analizar el contenido del derecho a la salud desde la perspectiva de las *capacidades en salud* desarrollada por diversos autores, contrastando la diferencia que existe entre este derecho y el derecho a la protección de la salud.

El estudio se apoya en la teoría de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli, y considera que el Estado es el principal responsable de garantizar su cumplimiento, lo que se podrá lograr cuando sea posible especificar su contenido y existan instrumentos jurídicos viables, adecuados y suficientes para que sus beneficiarios lo puedan reclamar.

Resumen

Para analizar el contenido del derecho a la salud se realizó un abordaje cualitativo, mediante investigación documental y análisis de contenido que busca abordar los aspectos normativos y fácticos del derecho a la salud dentro del marco teórico de capacidades humanas básicas propuesto por Amartya Sen.

Amartya Sen propone el enfoque de las capacidades humanas justificándolo en torno a la libertad (Sen, 2010) y relacionándolo directamente con la salud (Vélez-Arango, 2015), lo que sirve como marco filosófico del respeto a las diferentes ideas sobre la buena vida. Se centra en lo que las personas son efectivamente capaces de hacer (capacidades), removiendo obstáculos de forma tal que tengan la libertad de vivir el tipo de vida que, después de una aguda reflexión, tienen la razón de valorar para ser quienes realmente quieren ser (Robeyns, 2005; Sen, 2010). A partir del enfoque de capacidades de Sen, una serie de autores han desarrollado el concepto de capacidades en salud.

Jennifer Prah Ruger ha conceptualizado la capacidad en salud como una forma de responder a los planificadores de sistemas de atención en salud sobre cómo equilibrar las políticas orientadas a la producción (igualdad de logros) u orientadas al proceso (igualdad de servicios o de oportunidades) (Gallardo, 2009), concluyendo que, aunque es importante lidiar con estos términos, el fin último siempre será la salud y el florecimiento humano (Household et al., 2007).

Nussbaum menciona que el enfoque de capacidades debe servir como base para una *“teoría de los derechos básicos de los seres humanos que deben ser respetados y aplicados en los gobiernos como un requisito mínimo para la dignidad humana”*, enlistando diez capacidades humanas fundamentales (Martha Nussbaum, 2007).

Venkatapuram concibe a la salud como una “metacapacidad”, integrando una teoría en salud desde el enfoque de capacidades de Sen y Nussbaum (Pimentel-Gameiro, 2017). Critica la concepción confusa que adopta Sen en relación con la salud como

capacidad (Peñaranda, 2015). Reconoce en Nussbaum una posición más precisa, pues establece una de las diez capacidades básicas como de salud. Aun así, encuentra una concepción de salud restringida a la perspectiva biomédica.

Como resultados y discusión enunciamos que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud. La salud, desde este punto de vista, no debe ser vista solo como el acceso a los servicios de salud (objeto de la protección de la salud), sino como el acceso y realización plena de las capacidades en salud.

Palabras Clave

Derecho a la Salud, Capacidades en Salud, Protección del Derecho a la Salud

Abstract

To analyze the content of the right to health, a qualitative approach was made, through documentary research and content analysis that seeks to address the normative and tactical aspects of the right to health within the theoretical framework of basic human capabilities proposed by Amartya Sen.

Amartya Sen proposes the justified human capabilities approach around freedom (Sen, 2010) and relating it directly to health (Vélez-Arango, 2015), which serves as a philosophical framework of respect for the different ideas about the good life. It focuses on what people are effectively capable of doing (abilities), removing obstacles in such a way that they have the freedom to live the kind of life that, after acute reflection, they have the reason to value to be who they really want to be (Robeyns, 2005; Sen, 2010). Based on Sen's capabilities approach, a number of authors have developed the concept of health capabilities.

Jennifer Prah-Ruger has conceptualized health capacity as a way of responding to health care system planners on how to balance production-oriented (equality of achievements) or process-oriented (equality of services or opportunities) policies (Gallardo, 2009), concluding that, although it is important to deal with these terms, the ultimate goal will always be health and human flowering (Household et al., 2007).

Nussbaum mentions that the capabilities approach should serve as the basis for a "theory of the basic rights of human beings that must be respected applied in governments as a minimum requirement for human dignity," listing ten fundamental human capabilities (Martha Nussbaum, 2007).

Venkatapuram conceives of health as a "metacapacity", integrating a theory of health from the focus of Sen and Nussbaum's capabilities (Pimentel-Gameiro, 2017). He criticizes the confusing conception that Sen adopts in relation to health as a capacity (Peñaranda, 2015). It recognizes in Nussbaum a more precise position, since it establishes one of the ten basic capacities as of health. Even so, it finds a conception of health restricted to the biomedical perspective.

As results and discussion, we state that the right to health should be understood as a right to enjoy a range of facilities, goods, services and conditions necessary to reach the highest level of health. Health, from this point of view, should not be seen only as access to health services (object of health protection), but as access and full realization of health capabilities.

Keywords

Right to Health, Health Capabilities, Protection of the Right to Health

Introducción

Por lo general, el derecho a la salud se analiza desde la perspectiva de los servicios de salud, limitando el derecho a la salud a su protección mediante la atención médica. No obstante, de acuerdo con la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (CDESC), la salud es un proceso que supone mucho más que la mera ausencia de enfermedad. La salud puede concebirse incluso como la habilidad para alcanzar las metas vitales de todo ser humano (L, Nordenfelt L; B, 1984) y el derecho a la salud no puede circunscribirse a la atención proporcionada por los servicios médicos (University of Minnesota, 2000). En consecuencia, es posible identificar dos derechos: a) el Derecho a la Protección de la Salud, y b) el Derecho a la Salud.

El derecho a la protección de la salud se refiere entonces, básicamente, a la disponibilidad, acceso, calidad y aceptabilidad de los servicios públicos de salud. Este derecho se alcanza cuando existe acceso universal y oportuno a servicios de salud suficientes, culturalmente aceptables, de buena calidad y a un costo justo. En el caso del derecho a la salud, sobre todo debido a la dificultad de definir conceptualmente este último término, resulta complejo identificar el bien que debe ser protegido. En este trabajo se propone un contenido para este derecho.

Desafío del la Justiciabilidad del Derecho a la Salud

Probablemente el desafío más importante que existe para justicializar el derecho a la salud es conceptualizar lo que significa la salud como bien jurídico, así como definir su ámbito normativo (Pimentel-Gameiro, 2017), es decir: ¿Cuál es el bien jurídico que protege este derecho?, ¿Quiénes son los titulares del derecho? y ¿Quién decide cómo y quiénes representarán a dichos titulares? (Arévalo-Álvarez, 2001).

La intención de este documento es identificar el bien jurídico que debe proteger el derecho a la salud y determinar si sus componentes pueden ser definidos mediante el *enfoque de capacidades*.

Como se ha señalado, el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud no son lo mismo; se acepta que cuando hacemos referencia a la protección de la salud el bien jurídico que se protege es el acceso a los servicios de salud, de manera que sean *accesibles, efectivos, seguros, de calidad y aceptables* (López-Moreno; López-Arellano, 2015). Este derecho generalmente está protegido por una ley derivada de un artículo constitucional, como es el caso de México. Pero cuando se hace referencia al “derecho a la salud”, en realidad no se sabe cuál es el bien jurídico que este derecho protege.

En este trabajo intentamos identificar el bien jurídico que protege el derecho a la salud bajo la propuesta del enfoque de *capacidades en salud* desarrollado por diversos autores —particularmente por Amartya Sen—, examinar las principales expresiones de la salud y evaluar su posible positivización.

Objetivos del Estudio

Objetivo General

Analizar el contenido del derecho a la salud desde la perspectiva de las *capacidades en salud* desarrollada por diversos autores, contrastando la diferencia que existe entre éste y el derecho a la protección de la salud.

Objetivos específicos

1. Identificar los componentes de un bien jurídico.
2. Identificar los componentes del bien jurídico denominado *Salud* desde el enfoque de capacidades.
3. Examinar las principales *expresiones de la salud* y evaluar la posible positivización del derecho a la salud.

Marco Teórico

Para plantear de manera precisa el problema es necesario establecer definiciones básicas sobre: 1) los conceptos de salud y enfermedad, 2) los conceptos de Derechos Humanos (DDHH) y Derechos Fundamentales, 3) el concepto de justiciabilidad, sobre todo el de la justiciabilidad del derecho a la salud y, finalmente, 4) el concepto de capacidades humanas básicas y sus contenidos.

Conceptos sobre salud y enfermedad

Generalmente la salud se ha definido de manera negativa, considerando los conceptos de “dolencia, padecimiento o enfermedad” (Marinker, 1975), no es pretensión de este trabajo realizar una discusión sobre la diferenciación de estos conceptos, los que se englobarán bajo el término “enfermedad” definida, de acuerdo con Boorse (1977), como *“un tipo de estado interno que es ya sea un trastorno de la capacidad funcional normal —es decir, una disminución de una o más capacidades funcionales por debajo de la eficiencia típica— o una limitación de la capacidad funcional producida por agentes ambientales”*. De acuerdo a este autor la salud es *“la ausencia de enfermedad”* (Boorse, 1977); esta definición de salud esta ligada a los preceptos de “normalidad” establecidos desde la perspectiva bioestadística lo que implica, de acuerdo con Canguilhem (1983), que la salud es exclusivamente una expresión de las condiciones “normales” del cuerpo (López-Moreno, S; Chapela, Ma; Hernández-Zinzun Gi; Cerda-García, Al; Outón, 2015).

Desde la perspectiva de la medicina social y de la salud colectiva, de acuerdo con López-Moreno y cols. (2011), la concepción de salud y enfermedad están ligados, sutil pero determinadamente, a los procesos económicos, políticos e ideológicos de la sociedad en su conjunto. Como resultado de esto, durante la fase del capitalismo desarrollado la definición de salud es básicamente técnica, ocultando los diferentes grados de obligación de los Estados hacia la población en esta materia (López-Moreno, S; Chapela, Ma; Hernández-Zinzun Gi; Cerda-García, Al; Outón, 2015).

Asa Cristina Laurell, desde los años setenta, sostiene que la enfermedad no es simplemente un estado biológico que deriva de las condiciones corporales y genéticas, sino que está ligada de manera directa con la desigualdad y la pobreza. Además, la salud y la enfermedad no son entidades separadas sino partes indivisibles de un solo fenómeno al que llama *“proceso salud-enfermedad”*. Para sostener lo anterior Laurell desarrolla una teoría social que proporciona los elementos teóricos y metodológicos fundamentales para lograr dicha exploración (Laurell, 1986).

Por esta razón, la salud resulta una categoría que sólo en apariencia es técnica, pues está determinada histórica y socialmente e implica diferentes grados de obligación del Estado hacia la sociedad, los grupos vulnerables, los enfermos, etc. De acuerdo a López Moreno y cols. (2010), además, *“el derecho y la justicia se enlazan con la salud no solo para garantizar su conservación o recuperación, sino en la propia creación del derecho”* (López-Moreno, S; Chapela, Ma; Hernández-Zinzun Gi; Cerda-García, Al; Outón, 2015).

La Salud, los Derechos Humanos (DDHH) y Derechos Fundamentales

La *Teoría Internacional de los Derechos Humanos* (TIDH) es la escuela que estudia la protección y defensa de los derechos humanos, la cual se encuentra expresada en los tratados y convenios de derecho internacional (López-Moreno; López-Arellano, 2015).

Para Arévalo (2001), el Estado y el Derecho resultan ser instrumentos sociales para garantizar determinado tipo de orden dentro de la sociedad y lo que ahora se ha dado en llamar “derechos humanos” son limitaciones al ejercicio del poder estatal para garantizar ciertos bienes jurídicos fundamentales de los miembros de la sociedad y evitar que sean atropellados por el poder público (Arévalo-Álvarez, 2001).

De acuerdo con esta teoría, los *DDHH* equivalen a la suma de los derechos individuales y colectivos de cada persona y hacen referencia a las libertades,

reivindicaciones y facultades a las que todo individuo debe tener acceso por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana. En general, los derechos humanos cuentan con cuatro características fundamentales (Arévalo-Álvarez, 2001):

- *Son universales*: Son aplicables sin distinción alguna a todas las personas, y su reconocimiento debe darse sin consideraciones de edad, género, pertenencia étnica, origen cultural, preferencia política o condición económica.
- *Son inalienables*: No pueden ser cancelados o destruidos, nadie puede renunciar a ellos y se obtienen desde el nacimiento, y
- *Son indivisibles e interdependientes*: Los Derechos humanos se relacionan de tal forma que para poder ser ejercidos se necesita la intervención de otro u otros derechos; además, no existe una jerarquía absoluta entre ellos.

Los Estados, organismos internacionales, empresas privadas, organismos no gubernamentales y las personas tienen obligaciones directas e indirectas relacionadas con los Derechos Humanos. Consecuentemente, tienen el deber de *“respetar, proteger, garantizar y satisfacer los derechos humanos”*, tanto en situaciones contingentes como en situaciones ordinarias, derivadas de las condiciones estructurales (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013).

En la Declaración de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y firmada por 50 países, entre ellos México, se manifiesta lo siguiente (Organización de las Naciones Unidas, 2018):

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... La Asamblea General proclama la presente la Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben

esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos...”

El Derecho a la Salud dentro del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

El *derecho a la salud* ha sido reconocido en todas las declaraciones universales sobre derechos humanos como parte de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), encontrándose plasmado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 en el artículo 12, en donde se señala que (López-Moreno; López-Arellano, 2015):

“Artículo 12. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicio médicos en caso de enfermedad.”

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contempla específicamente el derecho a la salud. Lo que está plasmado en su texto, en cambio

—como resultado de la reforma del artículo 4º constitucional del 3 de febrero de 1983— es el Derecho a la Protección de la Salud. El artículo reformado señala que:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”

Por esta razón, cuando en México se habla de derecho a la salud en realidad se hace referencia al acceso a los servicios de salud, particularmente a los servicios médicos (López-Moreno; López-Arellano, 2015).

Derecho a la salud como Derecho Fundamental

Siguiendo la teoría internacional de los *derechos humanos* (TIDH), los derechos humanos son instrumentos capaces de contener el uso indebido del poder y limitar los poderes del Estado, por lo tanto, son normas de derecho público que protegen bienes jurídicos considerados fundamentales e inherentes a la persona humana. Son imprescriptibles, inalienables, intransferibles y de cumplimiento inmediato o progresivo, según su tipo (López-Moreno; López-Arellano, 2015).

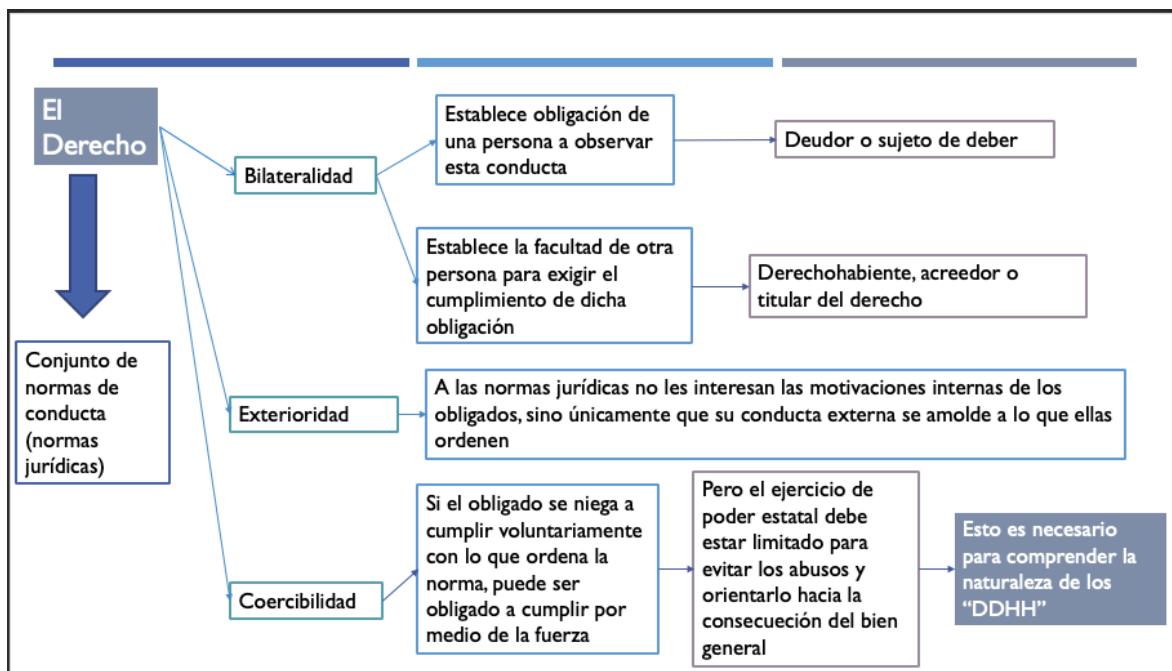
En la figura 1, se muestran las características que relacionan la Teoría del Derecho y su relación con los DDHH (Arévalo-Álvarez, 2001):

- **Bilateralidad:** establece la obligación de una persona a observar cierta conducta. Establece la facultad de otra persona para exigir el cumplimiento de dicha obligación, en donde se representa un “deudor o sujeto deudor”.
- **Exterioridad:** A las normas jurídicas no les interesan las motivaciones internas de los obligados, sino únicamente que su conducta externa se amolde a lo que ellas ordenen.
- **Coercibilidad:** Si el obligado se niega a cumplir voluntariamente con lo que ordena la norma, puede ser obligado a cumplir por medio de la fuerza. Pero el ejercicio de poder estatal debe estar limitado para evitar los abusos y

orientarlo hacia la consecución del bien en general. Esta característica es necesaria para comprender la naturaleza de los DDHH.

Es de importancia recalcar que esto no sucede con las normas sociales o morales, ya que establecen obligaciones pero no conceden ninguna clase de derecho.

Figura 1. Teoría del Derecho y su relación con los Derechos Humanos



Fuente 1. Tomado y modificado de Arévalo, 2011

En este contexto, los *derechos humanos* son normas de derecho público que protegen bienes jurídicos considerados fundamentales.

Para Ferrajoli (1999), los *derechos fundamentales* son:

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 1999).

Ferrajoli parte de la idea de “universalidad” de los derechos y no de lo que protegen o satisfacen. De acuerdo a esto, la salud, la alimentación, la libertad, etcétera, son

derechos fundamentales primarios, y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, es decir a todas las personas con o sin capacidad de obrar, ciudadanos o no (Ferrajoli, 1999). Esta idea de universalidad es resultado de una “*ficción jurídica*”¹. En el caso de los derechos fundamentales, esta ficción es la de “dignidad humana” (López-Moreno; López-Arellano, 2015).

De acuerdo con lo anterior, Ferrajoli (1999) establece un sistema de clasificación y análisis, en el cual distingue entre derechos fundamentales primarios y derechos fundamentales secundarios. Los primeros son de carácter sustantivo y se otorgan a sujetos en razón de ser personas o ciudadanos; los segundos son de naturaleza procedimental y se otorgan a personas en razón de su autonomía y de su capacidad de obrar (figura 2) (López-Moreno; López-Arellano, 2015).

Como mencionan Rivera-Márquez y colaboradores (2015) —siguiendo a Courtis y Abramovich— los *derechos humanos* pueden expresarse en forma objetiva, como derechos contenidos en las leyes (formales y abstractos) o en forma subjetiva. Los derechos objetivos son normas constitucionales redactadas en forma general y universalista. Desde el punto de vista subjetivo sus titulares tienen la facultad de exigir el cumplimiento del derecho por parte de los sujetos obligados como son especialmente el Estado y los Organismos Internacionales. Esto es lo que permite

¹ Las ficciones jurídicas son construcciones ideales que se hacen en las normas de derecho, a las que se les asigna un valor hipotético o instrumental, debido a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual y con la finalidad de facilitar la aplicación de los preceptos jurídicos (Enciclopedia Jurídica, 2015)

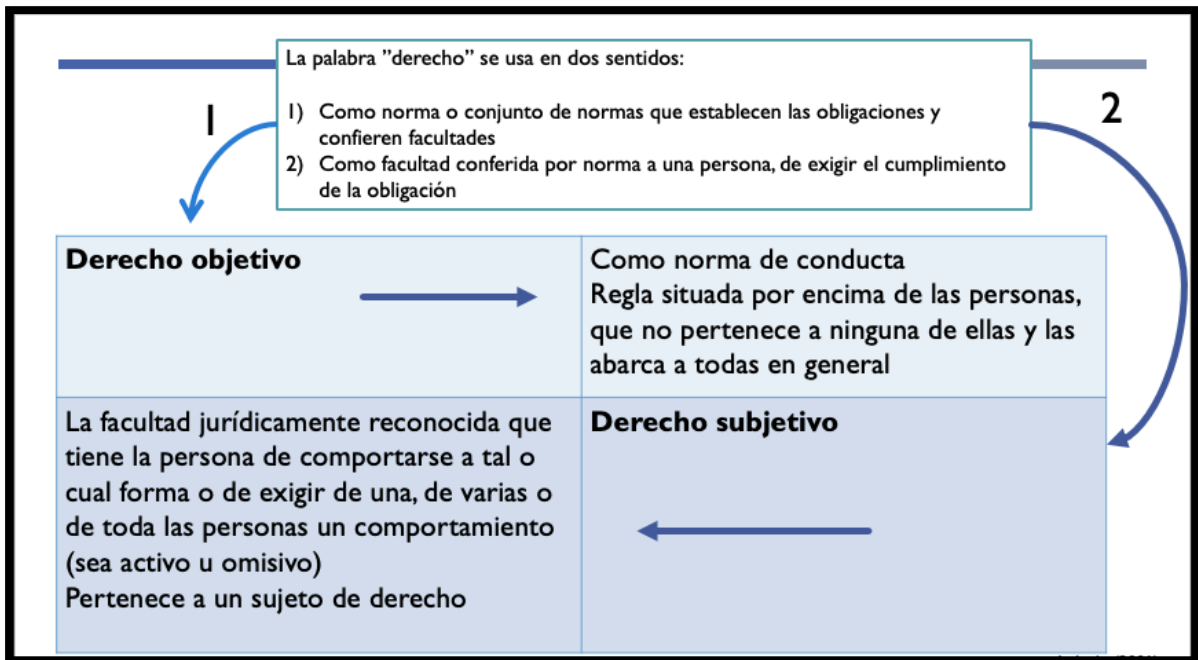
Figura 2. Clasificación de los Derechos Fundamentales

	Expectativas negativas (de no interferencia): Derecho a la vida Derechos de libertad (creencias, pensamientos, garantías penales)	Expectativas positivas (de prestación): Derechos sociales (salud, alimentación, agua potable, educación, vivienda)	Derechos de reunión, asociación, circulación, trabajo y asistencia subsidiaria	
	De la persona	Del ciudadano	Producen beneficios (sin límites ni vínculos legales derivados)	
Primarios (sustantivos)	Derechos fundamentales	Derechos públicos	Todos (con o sin autonomía o capacidad de obrar)	
Secundarios (procedimentales)	Derechos civiles (de autonomía personal)	Derechos políticos (de autonomía política)	Quienes poseen autonomía jurídica (capacidad de obrar)	
	Espacio de realización: mercado	Espacio de realización: gobierno	Producen potestades y efectos jurídicos (tienen límites y vínculos)	
	Derechos de protestad en materia de negocios, libertad contractual, de empresa, de elegir actividad económica	Derechos a votar, a acceder a cargos públicos; protestad en materia de representación y democracia política		

Fuente 2. Tomado de López-Moreno; López-Arellano (2015)

que un derecho se alcance, se convierta en realidad. En consecuencia, no basta con la incorporación de los derechos dentro del cuerpo de Ley. Para que un derecho sea efectivo debe transitar por un largo proceso de transformación de derecho objetivo a derecho subjetivo. Es precisamente la condición subjetiva de los derechos lo que los hace exigibles y judiciales (figura 3) (López-Moreno; López-Arellano, 2015).

Figura 3. Diferencia entre derecho objetivo y derecho subjetivo



Fuente 3. Tomado y modificado de Arévalo, 2011

Las capacidades de acuerdo con Amartya Sen

Para cualquier teoría sobre ética o filosofía política es necesario —sobre todo si el tema central es la justicia— elegir un foco de información, es decir, elegir las características del mundo en que el análisis debe centrarse para juzgar a la sociedad y evaluar los grados de justicia e injusticia prevalecientes (Sen, 2009).

El enfoque de capacidades corresponde a un marco filosófico liberal que depende de las ideas de las personas acerca de lo que significa una buena vida. Por esta razón, este modelo en realidad no es una teoría explicativa, sino un marco que provee herramientas teóricas dentro de las cuales intenta conceptualizar la pobreza, desigualdad o bienestar (Téllez-Cabrera, 2015).

El enfoque se centra en lo que las personas son efectivamente capaces de ser y hacer (sus capacidades), “removiendo obstáculos de tal forma que tengan la libertad

de vivir el tipo de vida que, después de una aguda reflexión, tiene la razón de valorar para ser quienes realmente quieren ser” (Téllez-Cabrera, 2015).

De acuerdo con Amartya Sen (2010), al evaluar nuestras vidas estamos interesados no sólo en evaluar la clase de vida que conseguimos vivir, sino en la libertad que tenemos para elegir esa clase de vida. La libertad es valiosa de acuerdo con este autor por dos razones diferentes: 1) la libertad nos da más oportunidad de ir tras nuestros objetivos, lo que nosotros valoramos y 2) atribuye la importancia al proceso de elección como tal. El enfoque está particularmente interesado al trasladar su énfasis de los medios a la oportunidad de cumplir los fines y a la libertad sustantiva de realizar estos fines razonados (Sen, 2009).

Esto quiere decir que el enfoque de capacidades no se centra en lo que realmente se termina por hacer, sino en lo que la persona es capaz de hacer, elija o no aprovechar esa oportunidad. Respecto a esto, Sen (2009) menciona que el enfoque incluye, entre otras cosas, toda la información sobre combinaciones de actividades que una persona puede escoger; con esto quiere decir que *“escoger entre las diferentes afiliaciones en la vida cultural puede tener importancia tanto personal como política”* (Sen, 2009).

Esta característica es tan importante en el enfoque de capacidades elaborado por Sen (2009), que una de las muchas críticas que ha recibido se refiere a que parece ser “muy individualista”, por lo que ha sido llamado “individualismo metodológico” (Sen, 2009).

De acuerdo con Sen (2009), el enfoque de capacidades no sólo asume la separación del pensamiento entre la elección y las acciones individuales; también tiene la preocupación por la habilidad de las personas para vivir las clases de vidas que tienen razón para valorar, aporta influencias sociales tanto desde el punto de vista de lo que ellas valoran cómo desde el punto de vista de las influencias que actúan sobre sus valores (Sen, 2009). Entonces resulta difícil pensar como las personas en la sociedad pueden pensar, elegir o actuar sin ser influidas en una u otra forma por la naturaleza y el funcionamiento del mundo alrededor (Sen, 2009).

Finalmente, menciona que, puesto que los grupos no piensan en el mismo sentido que los individuos, la importancia de las capacidades de los grupos tendería a ser entendida, desde el punto de vista del valor que los miembros del grupo (u otras personas) asignen a la eficiencia de esas colectividades: *“al valorar la habilidad de una persona para tomar parte de la vida de la sociedad, hay una valoración implícita de la vida de la misma sociedad, y éste es un aspecto importante desde la perspectiva de la capacidad”* (Sen, 2009).

Elementos de las capacidades

Funcionamientos

Dos conceptos básicos para el estudio de las capacidades son: funcionamientos y capacidades. Los funcionamientos realizados, son lo que una persona logra hacer y ser al vivir, sus actividades y sus estados de bienestar; son estados de cosas alcanzadas a partir de bienes y servicios que la persona posee o recibe, y en su conjunto constituye lo que es valioso para la vida (Téllez-Cabrera, 2015).

De acuerdo con Téllez (2015), ejemplos de funcionamiento son: tener movilidad, trabajar, descansar, saber leer y escribir, estar sano, estar adecuadamente nutrido, estar adecuadamente vestido, evitar morbilidad prevenible y muerte prematura, ser feliz, tener respeto por uno mismo y por parte de los demás y ser parte de una comunidad.

Este autor menciona de manera importante, que hay que hacer una diferencia entre un bien (recursos) y los funcionamientos que se pueden alcanzar, lo que quiere decir que si se pretende juzgar el bienestar de una persona, sería entonces muy anticipado limitar el análisis a solo los bienes poseídos, ya que es necesario incluir los funcionamientos de las personas (Téllez-Cabrera, 2015).

Bienestar y agencia

Desde el punto de vista del enfoque de capacidades Sen (Téllez 2015), el aspecto de bienestar *“abarca los logros y las oportunidades de la persona en el contexto de*

su provecho personal, quien debe elegir los funcionamientos que considera valiosos para la vida”; el bienestar debe verse en términos de “vectores de funcionamiento y la capacidad para lograrlo”.

Lo que hay que mantener en claro es que no siempre se elige la forma de maximizar el bienestar, algunas veces la persona examina sus logros y las oportunidades desde el punto de vista de otros objetivos y valores que pueden ser diferentes a los suyos, incluso yendo, más allá de la búsqueda de su propio bienestar y a esto Sen lo llama “aspecto de agencia” (Téllez-Cabrera, 2015). De acuerdo con esto, el reclamo de las capacidades puede tomarse como una guía del bienestar, y de acuerdo con Téllez (2015) puede interpretarse de dos formas: 1) El contraste entre el bienestar y la agencia, lo que puede originar que una persona prefiera objetivos o valores diferentes a las generadas por el bienestar. Dentro de esta categoría tenemos a la autonomía, la libertad personal y las obligaciones relacionadas con el papel de agencia en la vida de las personas y 2) La distinción entre la realización y la libertad para realizar, la realización se distingue mediante el logro, mientras que la libertad para realizar es el proceso para obtener estos logros (Téllez-Cabrera, 2015).

Si se contrastan estas dos distinciones (la 2 a la 1), menciona Téllez (2015) se obtienen 4 categorías distintas de información relevante relativas a la persona, que pueden ser vista como dimensiones o vectores del enfoque Seniano (Téllez-Cabrera, 2015):

- 1. Realización o logro de bienestar. Es una dimensión de funcionamiento que la persona valora como importante de acuerdo con sus objetivos personales.*
- 2. Realización (o logro) de agencia (o realización de la capacidad de acción). Se refiere a la realización de metas y valores que una persona tiene razón de perseguir, estén o no relacionadas con su propio bienestar.*
- 3. Libertad de bienestar: Es la libertad que tiene una persona de lograr aquellas cosas que son constitutivas de su propio bienestar.*

4. *Libertad de agencia (o libertad de capacidad de acción). Es la libertad que tiene una persona de conseguir las realizaciones que valora y que intenta obtener, esté o no relacionadas con su propio bienestar, es la libertad de lograr lo que la persona como agente responsable decide lograr.*

Como se había mencionado, el enfoque de capacidades es un marco filosófico evaluativo, que debe incluir estas cuatro dimensiones, tal vez alguna más relevante que la otra, pero lo que debe quedar claro es que existe diferencia entre el bienestar de la persona y la capacidad o la libertad de la persona (Téllez-Cabrera, 2015).

Las capacidades desde la perspectiva de Martha Nussbaum

Nussbaum ofrece unas bases filosóficas para una explicación de los principios básicos que deberían ser respetados e implementados por los Estados a través de sus constituciones, como un mínimo indispensable para exigir la dignidad humana (Gough, 2007).

De acuerdo con Téllez (2015), la teoría de Nussbaum puede verse como una teoría parcial de la justicia, ya que solo se preocupa de asegurar los umbrales mínimos de una lista de capacidades centrales. Esta lista se enfoca en la protección de libertades centrales que garanticen la vida humana digna.

Las capacidades nombradas por Nussbaum son las siguientes (Martha Nussbaum, 2003):

1. **Vida:** *Ser capaz de vivir una vida hasta el final de una duración normal; sin morir prematuramente, o reducirla al punto de que no valga la pena vivirla.*
2. **Salud corporal:** *Ser capaz de tener una buena salud, incluyendo salud reproductiva; tener el cuidado adecuado; tener resguardo adecuado.*
3. **Integridad corporal:** *Ser capaz de moverse libremente de un lugar a otro; estar seguro contra la violencia, incluyendo violencia sexual y doméstica;*

tener oportunidades para la satisfacción sexual y elecciones en materia de reproducción.

4. **Sentidos, imaginación y pensamiento:** *Ser capaz de usar los sentidos, imaginar, pensar y razonar y utilizarlos en una “forma humana”, de una forma informada y cultivada por una educación adecuada, incluyendo, pero no limitada, a las matemáticas básicas y entrenamiento científico. Ser capaz de usar la imaginación y los pensamientos en conexión con las experiencias, trabajo productivo y los eventos de su propia elección, religión, literatura, música, etc. Ser capaz de usar la mente con la finalidad de proteger las garantías de libertad de expresión con respecto al discurso político y artístico, así como de la libertad del ejercicio religioso. Ser capaz de tener experiencias agradables y evitar el dolor no benéfico.*
5. **Emociones:** *Ser capaz de apegarse a cosas y la gente fuera de nosotros mismos; amar a quien nos ama y nos cuidan, y afligirse en su ausencia; en general, amar, afligirse, experimentar nostalgia, gratitud y enojo justificado. A tener desarrollo emocional que no sea frustrado por el miedo y la ansiedad. (Apoyar las capacidades significa apoyar las formas de asociación humana que son cruciales para su desarrollo)*
6. **Razón práctica:** *Ser capaz de formar una concepción de los bienes y de involucrarse en la reflexión crítica acerca de la planeación de la vida (Esto implica la protección de la libertad de conciencia religiosa y de observancia religiosa)*
7. **Afiliación:**
 - a. *Ser capaz de vivir con y hacia los demás, reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos, participar en varias interacciones sociales (proteger esta capacidad significa proteger las instituciones que constituyen y cuidan la libertad de asamblea y discurso político)*
 - b. *Tener las bases sociales de auto-respeto y no humillación; ser tratado con dignidad de igual manera que los otros; esto constituye la base de*

la no discriminación por raza, sexo, orientación sexual, etnicidad, casta, religión, origen nacional.

8. **Otras especies:** *Ser capaz de vivir con preocupación por y en las relaciones con los animales, plantas y el mundo natural.*

9. **Juego:** *Ser capaz de reír, jugar y disfrutar actividades recreacionales.*

10. **Control sobre el ambiente de uno:**

a. *Político: Ser capaz de participar efectivamente en elecciones políticas que gobiernan la vida de uno; tener derecho a participación política, protección del discurso libre y asociación.*

b. *Material: Ser capaz de tener propiedades (muebles como inmuebles), tener derechos de propiedad bajo la misma base que otros; tener el derecho de buscar empleo sobre la misma base que otros; tener la libertad de no padecer búsqueda y embargo injustificado. En el trabajo, ser capaz de trabajar como un ser humano, ejercitando la razón práctica, estableciendo relaciones significativas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores.*

De acuerdo con Nussbaum (2003), esta lista esta abierta a modificaciones futuras, y no puede priorizarse a ninguna persona sobre otra; las capacidades no centrales puede obtenerse mediante un proceso político (M. C. Nussbaum, 2003; Téllez-Cabrera, 2015).

Metodología

Para identificar el contenido del derecho a la salud se realizó un abordaje cualitativo mediante investigación documental y de contenido.

El análisis documental constituye un proceso para organizar y representar el conocimiento registrado en los documentos. La acción de éste se centra en el análisis y síntesis de los datos plasmados en dichos soportes mediante la aplicación de los lineamientos o normativas de tipo lingüística; a través de las cuales se extrae el contenido sustantivo que puede dar como resultado un término concreto o

conjuntos de ellos tomados aisladamente, o reunidos en construcciones discursivas (Peña Vera & Pirela Morillo, 2007).

De la misma manera, la definición de análisis de contenido, de acuerdo con Raigada Piñuel (2002), es *“el conjunto de procedimientos interpretativos de productos comunicativos (mensajes, texto o discursos) que proceden de procesos singulares de comunicación previamente registrados...”* (Raigada Piñuel, 2002).

La finalidad es facilitar la aproximación cognitiva del sujeto de las fuentes de información (Peña Vera & Pirela Morillo, 2007). De acuerdo con Sánchez y Vega (2003) el análisis de la información requiere determinar tareas (Sánchez Díaz & Vega-Valdés, 2003):

1. *La identificación de los requerimientos de la información, donde se determina la necesaria para cumplir los objetivos, donde se obtiene una lista de las fuentes de información adecuada y una lista de razones para seleccionar dicha información.*
2. *La definición y la orientación de los métodos de investigación*
3. *El agrupamiento de la información, que conlleva al planteamiento de estrategias de búsqueda de información y la determinación de cómo se obtendrá.*
4. *La realización de actividades de búsqueda a partir de patrones específicos y las ayudas en línea, se obtiene la información requerida y se determina su oportunidad, utilidad y credibilidad*
5. *El procesamiento de la información inicial unificando formatos y aplicando métodos cuantitativos y cualitativos*
6. *La integración de toda la información en el patrón o índice de actividad, determinándose el significado de la información (interpretación), catalogando las razones para las decisiones y definiéndose conclusiones o hipótesis de futuro*
7. *La preparación del producto informativo verificándose el trabajo y amoldándose a las necesidades y requerimientos del investigador*

8. *La diseminación del producto.*

El análisis documental es un proceso, del cual T. van Dijk (1995), explica que entran en juego las estructuras discursivas y los significados, por un lado, las representaciones mentales como son el conocimiento general y los modelos específicos subjetivos, por el otro (Peña Vera & Pirela Morillo, 2007). Foucault (2003) añade que el análisis de las ideas, pensamientos y saberes que contienen los documentos es el trabajo y la realización de una materialidad documental que presenta en cada sociedad formas específicas y organizadas, es decir, que está sujeta a transformaciones que se generan como resultado inevitable de la evolución de la historia del pensamiento y de los conocimientos (Peña Vera & Pirela Morillo, 2007).

Para este trabajo se abordaron los aspectos normativos y fácticos del derecho a la salud dentro de los modelos: a) de determinación social de la salud, de la escuela latinoamericana de medicina social (Breilh, 2013; Laurell, 1986); b) de derechos fundamentales, de Luigi Ferrajoli (2004) (Ferrajoli, 1999, 2004), y c) de capacidades humanas básicas, de Amartya Sen (Sen, 2010).

Se efectuó una búsqueda de información de las siguientes bases de datos: Artemisa, Scielo, Karger, Cochrane library, Ebsco y Google academic, así como literatura gris relacionada con los temas mencionados. Se seleccionaron artículos relevantes guiados por título y resumen.

Se realizó un análisis jurídico de tipo exploratorio, que busca abordar los aspectos normativos y fácticos del Derecho a la Salud. Las principales categorías utilizadas fueron: Derecho a la Salud, Bien jurídico y Capacidades.

Para efectos del análisis, inicialmente se elaboró una ficha de referencia de cada documento que incluía: autor, título, año de edición o publicación. Posteriormente se construyó una ficha de lectura que contenía la disciplina o área de conocimiento, la descripción del problema, argumentos, objetivos, resultados, metodología y recomendaciones.

Consideraciones éticas

El estudio sólo utilizó fuentes de datos secundarias, por lo cual no representa ningún riesgo para la población.

Resultados

Como se describe en los objetivos, esta investigación tiene como propósitos: 1) Identificar los componentes de un bien jurídico, explicitando su función entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, 2) Los componentes del bien jurídico llamado “salud”, y finalmente, 3) las diferentes expresiones de salud y su posible positivización.

Iniciaremos con el concepto de bien jurídico y sus componentes, para continuar con el orden descrito en el párrafo anterior.

Bien jurídico

Para que un derecho sea efectivo debe transitar por un largo proceso de transformación de derecho objetivo a derecho subjetivo. Es precisamente la condición subjetiva de los derechos lo que los hace exigibles y judiciables (López-Moreno; López-Arellano, 2015). En este sentido el bien jurídico juega un papel fundamental, ya que como menciona Kierszenbaum (2009) citando a Von Liszt: un ***“bien jurídico puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”*** (Kierszenbaum, 2009).

Hay que tomar en cuenta que el hecho que sea un interés vital no lo convierte inmediatamente en un bien jurídico. Como menciona Gimbernat (2016): *“todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico”*, este requiere ser valorado por el ordenamiento jurídico (Hefendehl et al., 2016).

Con este párrafo intentamos aclarar tres cosas: 1) que los intereses necesitan ser reconocidos por el Derecho, 2) el hecho que se hace referencia a *“una sociedad determinada”* señala la importancia dentro de un grupo social y un determinado contexto histórico y 3) al cuestionar quién debe crear el bien jurídico no debemos

pensar que podría ser el “*derecho penal*”², en realidad el bien jurídico es creado por el Derecho constitucional y el Derecho Internacional (Kierszenbaum, 2009).

Diferencias entre el Derecho Objetivo, Derecho Subjetivo y Bien Jurídico

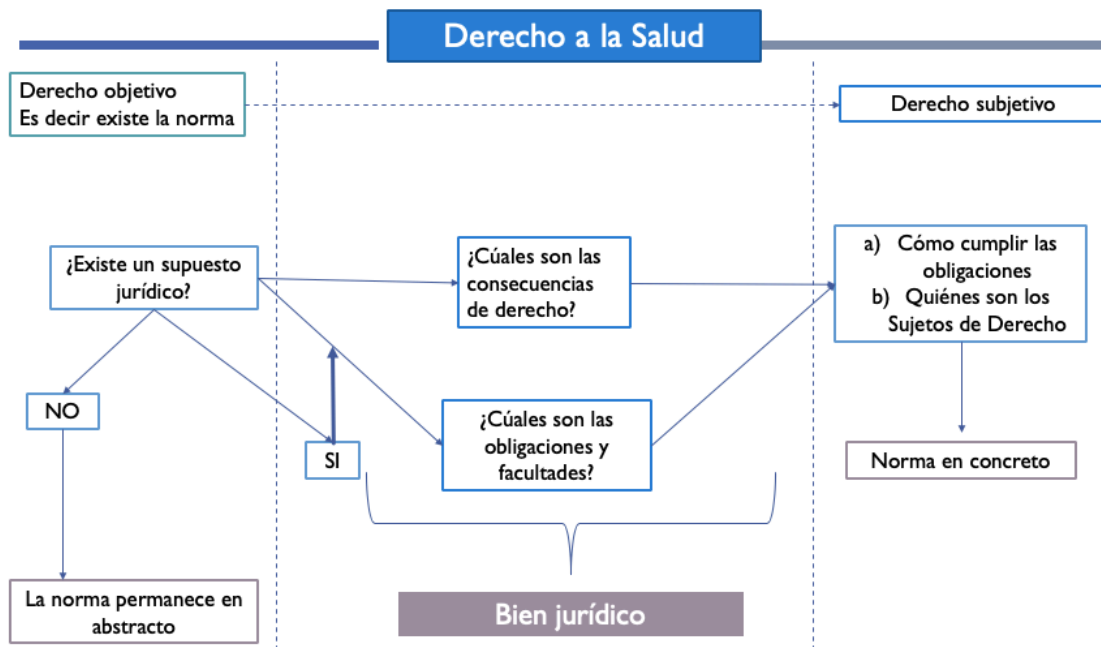
Para no confundir los términos anteriores, en el siguiente párrafo se describen las diferencias entre derecho objetivo, y subjetivo, para terminar con un ejemplo en cuanto a salud.

Se iniciará describiendo que el Derecho Objetivo es una ley, artículo contenido en una constitución o algún tratado internacional (Arévalo-Álvarez, 2001; Kierszenbaum, 2009), en el caso de salud, se encuentra escrito en los tratados internacionales firmados y ratificados.

El Derecho Subjetivo, de acuerdo con Kierszenbaum (2009), es “*la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo)*” (Kierszenbaum, 2009); para que podamos hablar de que un derecho haya pasado de derecho objetivo a subjetivo se debería tener en claro cuál es el bien jurídico que protege ese derecho, como se ilustra con el ejemplo de salud de la figura 4. Es decir, el bien jurídico es el *interés fundamental positivado* en el derecho objetivo (Arévalo-Álvarez, 2001; Kierszenbaum, 2009).

² No podría corresponder al Derecho Penal, ya que el Derecho Penal tiene como objeto la sanción de infracciones, no la creación de bienes jurídicos (Enciclopedia jurídica, n.d.)

Figura 4. Diferencias entre derecho objetivo, subjetivo y bien jurídico con ejemplo en salud



Fuente 4. Tomado y modificado de Arévalo (2011) y Kierszenbaum (2009)

Componentes de bien jurídico llamado “salud” desde el enfoque de capacidades

Para abordar este tema se analizaron documentos de autores que han trabajado sobre el enfoque de capacidades, pero centrándose en las capacidades en salud: Prah Ruger y Venkatapuram.

Enfoque de capacidades en salud de acuerdo con Prah Ruger

De acuerdo con Prah Ruger, lo que el enfoque de capacidades nos ayuda comprender es que los medios para una vida saludable no son en sí mismos los fines de la salud, generando una extensión significativa del alcance del ejercicio evaluativo (Household et al., 2007; Ruger, 2004).

Para esta autora, la teoría típica de la justicia social referida a salud está enfocada a la protección a la salud (medicina clínica y salud pública), muy utilizada por el

utilitarismo, entendido como un bien social; pero esto impide que en realidad la justicia social se centre en lo más importante: la salud *per se*. (Ruger, 2004).

Para ella una política pública enfocada en las capacidades en salud debe centrarse en la habilidad para funcionar, y tener el objetivo de mantener y mejorar la habilidad de satisfacer las necesidades de salud. Este punto de vista valora la salud de manera intrínseca y más directa que los bienes sociales "instrumentales", como los ingresos o la atención médica. Otorga especial importancia moral a la capacidad de salud: la oportunidad de un individuo para lograr una buena salud y, por lo tanto, estar libre de morbilidad que se pueda prevenir y de mortalidad evitable (Ruger, 2004).

Como menciona Ruger (2004), siguiendo la línea de Sen, las capacidades describen lo que los individuos son capaces de realizar y ser, ofreciendo la libertad para perseguir las vidas que tienen razón para valorar (Ruger, 2004).

Describe que una forma de ver las capacidades en salud incluye a la agencia humana y esta puede ocurrir de manera individual o colectiva. De manera individual, la agencia es importante en decisiones acerca de los hábitos saludables, riesgos en salud, estilos de vida, prioridades individuales y decisiones sobre tratamientos. En lo colectivo, es más importante en el nivel político, donde haya discusiones abiertas y toma de decisiones de grupos que influyan en la política y la distribución de recursos (Ruger, 2004).

Prah Ruger y la teorización incompleta en salud

Ruger propone una serie de 6 implicaciones políticas que se encuentran relacionadas con el enfoque de capacidades en salud (Ruger, 2004):

1. Tomar en consideración que la protección a la salud no es el único determinante de la salud. Esto coloca tanto la salud como la política de salud en un contexto más amplio y requiere una mayor comprensión de la justicia social. Por lo tanto, la salud y sus factores determinantes deben valorarse

frente a otros fines sociales en un ejercicio público más amplio de prioridades políticas. Este ejercicio debe ser inclusivo y democrático y debe representar un proceso de razonamiento público sobre los fines y los medios de la política pública de manera más amplia y específicamente sobre la política de salud.

2. Aunque la atención médica es sólo uno de los muchos factores determinantes de la salud, no debe negarse su influencia en la salud. Por lo tanto, debido a su papel en la influencia de la salud debe ser socialmente garantizada. Se debe garantizar socialmente de manera que sea consistente con la mejora de la salud en general y la reducción de las inequidades de salud atribuibles a la atención de salud.
3. El enfoque de capacidades en salud no especifica qué tipo de atención médica (una lista o paquete de beneficios básicos) debe garantizarse y a qué nivel. Más bien, reconoce la necesidad de una especificación adicional a través de un proceso democrático que combine principios procesales y sustantivos. Sustancialmente, la noción de "capacidades básicas" de Sen proporciona orientación, ya que esta formulación generalmente implica que se realicen esfuerzos sociales para que la salud de cada individuo esté lo más cerca posible (o superior) de un cierto nivel de funcionamiento normal mínimo (en la medida en que las circunstancias lo permitan). Las "capacidades básicas" incluyen la capacidad de evitar la morbilidad evitable y la mortalidad prematura prevenible. Sobre la cuestión de cuánta prioridad se debe dar a los individuos más desfavorecidos de la sociedad, esta visión promueve el uso del "razonamiento público" para forjar un compromiso entre la maximización estricta y la priorización.
4. En cuarto lugar, el proceso de libertad en el enfoque de capacidades tiene implicaciones sobre cómo se realiza la política en relación con la salud. Enfatiza la capacidad de un individuo para participar en una amplia toma de decisiones de políticas públicas (por ejemplo, en la priorización entre programas ambientales y de atención de salud) y en la toma de decisiones de políticas de salud (por ejemplo, en la priorización de dominios de salud y atención de salud para la asignación de recursos). Un proceso democrático

puede ayudar a definir un paquete integral de beneficios de salud al que todos deberían tener acceso equitativo, y puede ayudar a priorizar diferentes tipos de atención de salud en los esfuerzos por mantener y mejorar la salud con la menor cantidad de recursos posibles. Sin embargo, tal proceso no es meramente instrumental, ya que su justificación se basa en el concepto de que los individuos deben tener la capacidad de participar en la toma de decisiones que los afecta, como los bienes y servicios que la sociedad les garantizará.

5. Las implicaciones de equidad en el acceso a bienes y servicios no pueden separarse de las implicaciones de equidad de su financiamiento: el enfoque de capacidades requiere que los recursos se asignen en función de la necesidad médica, no de la capacidad de pago. Los costos de los bienes y servicios relacionados con la salud afectan directamente la salud al reducir la demanda de atención médica necesaria o al aumentar el consumo de atención innecesaria. Además, la incertidumbre de la necesidad de salud, los costos catastróficos de la atención médica y la naturaleza adversa al riesgo de las personas colocan la combinación de riesgos en el centro de financiamiento de la atención de la salud. Un evento médico costoso puede impedir el acceso al cuidado de la salud o ser una de las principales causas de la ruina financiera. Desde el punto de vista de las capacidades, la "protección a la salud", a través del seguro de salud, es una red de seguridad necesaria. Además, la carga económica de la atención de la salud debe ser compartida con justicia por todos a través de la redistribución de los fondos de los sanos a los enfermos y de los ricos a los pobres, utilizando financiamiento progresivo y calificación de la comunidad.
6. Finalmente, una de las tareas más difíciles al aplicar un marco ético que valore la salud de manera intrínseca es la conceptualización y medición de la salud, así como las inequidades en sus muchos dominios. Hay muchos enfoques para medir la equidad en salud. Como Sudhir Anand y sus colegas han demostrado, la elección depende de numerosas consideraciones, que van desde los dominios de salud hasta las ponderaciones asociadas a esos

dominios. Otra consideración es la elección de grupos para la estratificación; aunque la visión de la capacidad de la salud no se basa en una fórmula exacta para juzgar las desigualdades en la salud, Sen ha observado el uso potencial de "ordenamiento parcial" (por ejemplo, ordenar algunas alternativas en lugar de ordenarlas todas) de los estados de salud para evaluar desigualdades. En un ejercicio colectivo, la teorización incompleta propuesta por Sunstein puede facilitar la evaluación de la política de salud.

Acuerdos carentes de una teoría completa de Sunstein y las capacidades en salud de acuerdo con Prah

De acuerdo con Prah (2014), para la aplicación del enfoque de capacidades en salud y el derecho a la salud, se deben realizar dos preguntas: "1) ¿Cómo obtener acuerdos colectivos en un orden parcial dominante de capacidades?, 2) ¿Qué tipo de toma de decisiones sociales pueden aplicar a este ejercicio?" (Prah Ruger, 2014).

Explica que tomar en cuenta la "teoría de los acuerdos carentes de una teoría completa", ITA por sus siglas en inglés (*Incompletely Theorized Agreements*), desarrollada por Cass Sunstein, es aplicada por lo regular en la ley como un marco normativo y descriptivo de la toma de decisiones legales, y específicamente judiciales, pero no se ha aplicado a áreas políticas específicas, como la salud, lo que da una oportunidad para ser valorada en este tipo de conflictos (Prah Ruger, 2014).

Concretamente lo descrito por Sunstein (2014), es que los ciudadanos deben enfrentar conflictos y desacuerdos sobre asuntos realmente fundamentales; por ejemplo, la gente está en desacuerdo con respecto a los derechos, a la vida buena, a la igualdad, a la libertad y a la naturaleza o existencia de Dios, la pregunta clave es ¿Cómo pueden ser factibles las decisiones constitucionales?; así pues, comenta que con frecuencia, la gente se pone de acuerdo sobre *prácticas constitucionales*, y hasta sobre derechos constitucionales. Esto es, ordenamientos constitucionales

que funcionan bien tratan de resolver problemas a través de *acuerdos carentes de una teoría completa* (Sunstein, 2014).

El ejemplo que maneja Prah respecto a esta teoría es que la gente puede estar en desacuerdo sobre los principios generales, pero estar de acuerdo en casos concretos. Los abogados y los jueces tienen más probabilidades de converger en niveles de abstracción más bajos que los superiores, que tratan con las decisiones necesarias de *"qué hacer en lugar de qué pensar"*. Por lo tanto, este enfoque es más apropiado para sistemas legales que funcionan bien en las sociedades democráticas (Prah Ruger, 2014).

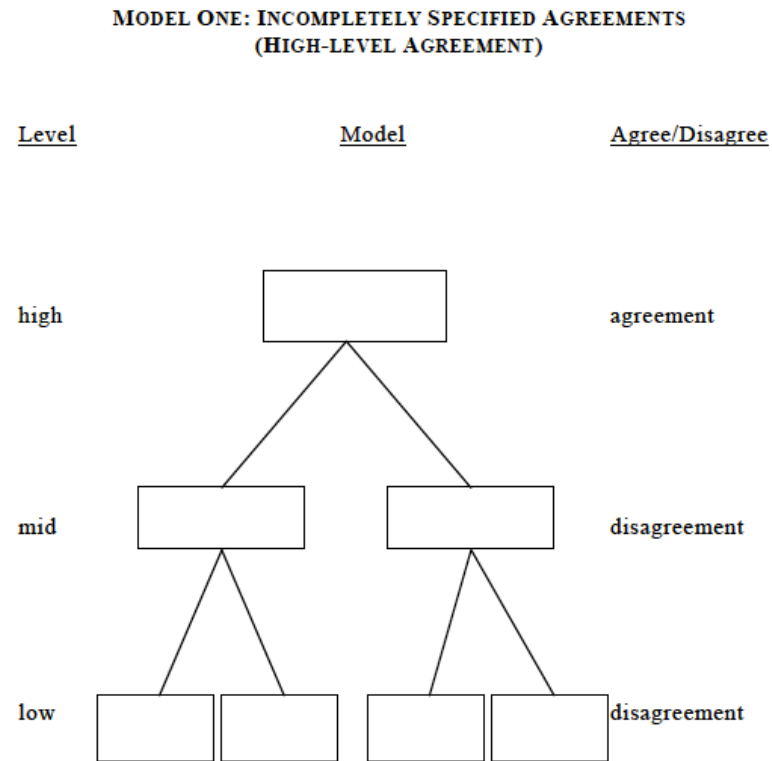
De acuerdo con esta autora, la tipología de teorización incompleta de Sunstein se aplica de manera útil a la toma de decisiones sobre salud y política de salud. Ejemplifica esto mediante la creación de 3 diagramas, descritos a continuación (Prah Ruger, 2014):

1. Acuerdos incompletos específicos: El primer tipo de acuerdo teóricamente incompleto (figura 5), ocurre cuando hay acuerdo sobre un principio general, acompañado por un fuerte desacuerdo sobre casos particulares. De acuerdo con Sunstein, las personas que aceptan un principio general, como por ejemplo el asesinato, necesitan ponerse de acuerdo sobre lo que implica este principio en casos particulares, por ejemplo, el aborto. De manera similar, Ruger sostiene que las personas que aceptan el principio general de buena salud pueden estar en desacuerdo sobre lo que requiere la buena salud en la provisión de atención médica y otros servicios sociales concretos.
2. Acuerdos específicos y generalizados incompletos (figura 6): El segundo tipo de teorización incompleta ocurre cuando las personas están de acuerdo con un principio de nivel medio, pero no están de acuerdo sobre la teoría más general que la explica y sobre los resultados en controversias particulares. Aquí, Sunstein afirma que las conexiones no están claras tanto entre la teoría general y los principios de nivel medio como entre los casos específicos y los principios de nivel medio. Un ejemplo de salud es la gente podría estar de

acuerdo con la cobertura del seguro de salud universal sin tener que establecer una teoría de la igualdad a gran escala o en un plan de salud específico. En este modelo, existe una gran incertidumbre y ambigüedad que conduce a más divergencias que a la convergencia.

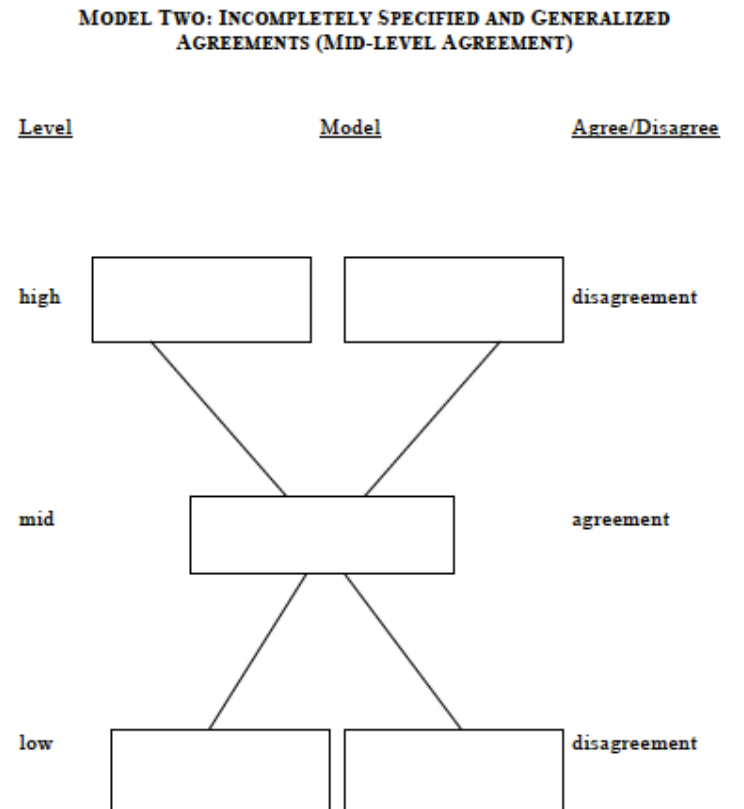
3. Acuerdos incompletos teorizados sobre resultados particulares (figura 7): involucran un contexto de políticas públicas y derechos humanos, describe cómo las personas toman decisiones y llegan a acuerdos sobre opciones de políticas particulares. En este modelo, las partes llegan a un acuerdo sobre principios de bajo nivel que no se derivan necesariamente de una teoría particular de alto nivel. En otras palabras, los principios de bajo nivel pueden ser compatibles con más de un principio de alto nivel. Las personas pueden estar de acuerdo con los juicios individuales mientras están en desacuerdo en el nivel de principio general.

Figura 5. Acuerdos incompletos específicos (Nivel de acuerdo alto)



Fuente 6. Tomado de Prah Ruger, 2014

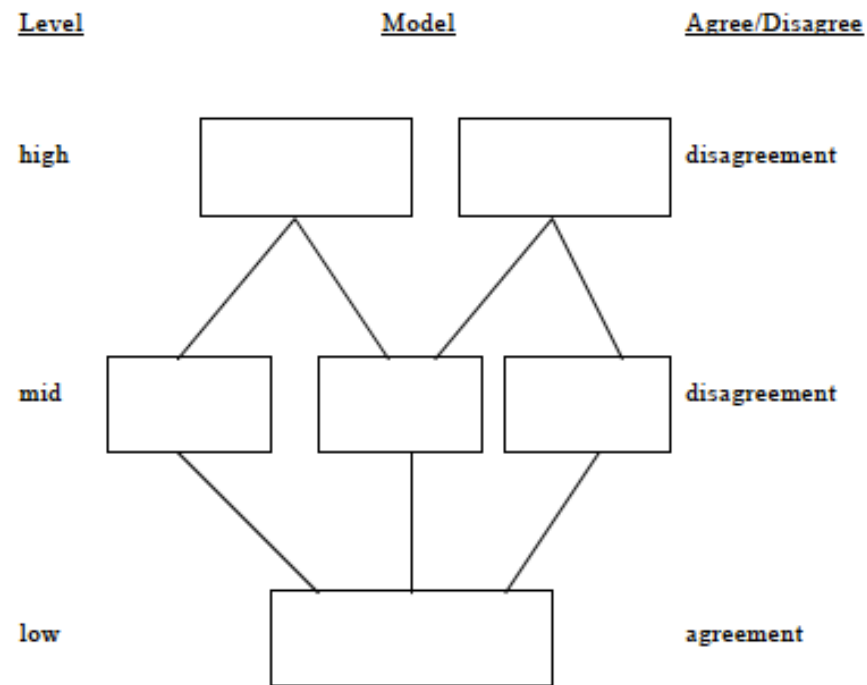
Figura 6. Acuerdos específicos y generalizados incompletos. (Nivel medio de acuerdos)



Fuente 5. Tomado de Prah Ruger, 2014

Figura 7. Acuerdos incompletos teorizados sobre resultados particulares
(Nivel bajo de acuerdos)

**MODEL THREE: INCOMPLETELY THEORIZED AGREEMENTS ON
PARTICULAR OUTCOMES (LOW-LEVEL AGREEMENT)**



Fuente 7. Tomado de Prah Ruger, 2014

La aplicación de ITA tiene relevancia, de acuerdo con Prah (2014), como marco analítico descriptivo y normativo para la política pública y de derechos humanos. Al aplicar el marco ITA en un entorno de derechos humanos o políticas públicas, al menos dos puntos son importantes: 1) el enfoque es adecuado para bienes humanos cuya característica es que son plurales y ambiguos y 2) permite rutas diferentes pero convergentes hacia el mismo acuerdo. En cuestiones de filosofía pública concernientes a conceptos intrínsecamente plurales e indistintos, y al tratar con la elección colectiva que involucra numerosos puntos de vista y desacuerdos, ITA puede ayudar a que los participantes en una discusión de políticas públicas y derechos humanos lleguen a un acuerdo sobre ciertos resultados específicos (Prah Ruger, 2014).

En la toma de decisiones sociales sobre las capacidades en salud, la política de salud y el derecho a la salud, el marco de ITA es particularmente útil y complementario al enfoque de capacidad en al menos tres aspectos importantes: 1) La salud, y por lo tanto las capacidades en salud son conceptos multidimensionales sobre los cuales diferentes personas tienen puntos de vista diferentes y en ocasiones conflictivos. Por lo tanto, la teorización completa es difícil de lograr. No existe una visión única de la salud o capacidades de salud. Ninguna vista es ideal o acordada por unanimidad para todos los propósitos de evaluación. 2) La ordenación parcial e incompleta del enfoque de capacidades combinado con un acuerdo teóricamente incompleto sobre esa ordenación permite la toma de decisiones de política pública razonada en situaciones particulares y 3) dadas las demandas de ciertos ejercicios de evaluación, en particular los contextos de derechos humanos y políticas públicas, la flexibilidad de estos enfoques permite un acuerdo razonado sobre aspectos centrales de salud y capacidades, sin requerir un acuerdo sobre aspectos no centrales. También permite diferentes caminos a la misma conclusión (Prah Ruger, 2014).

Capacidades en Salud de acuerdo con Venkatapuram y el concepto de metacapacidad

Venkatapuram (2011) argumenta que la justicia en salud comienza desde una concepción de la salud humana como la capacidad de una persona para lograr o ejercer un conjunto de actividades y oportunidades humanas básicas (Venkatapuram, 2011).

El autor describe a la “*capacidad de estar sano*” como la “*capacidad de una persona para lograr o ejercer un conjunto de capacidades y funciones básicas, cada una de ellas a un nivel que constituye la dignidad humana y una vida digna en el mundo moderno*” (Venkatapuram, 2011).

El análisis que realiza este autor es mediante la utilización de la teoría de la salud de Nordenfelt[‡], como marco teórico y la propuesta de las diez capacidades de Nussbaum.

Venkatapuram define a la salud como una “metacapacidad”, explica que la salud debe entenderse como “*la capacidad de lograr un conjunto de capacidades básicas, que se encuentran interrelacionadas, para ser y hacer cosas que reflejan una vida valiosa de igual dignidad humana en el mundo moderno*” (Téllez-Cabrera, 2015). De acuerdo con Téllez (2015), la propuesta es utilizar la lista de las diez capacidades humanas centrales de Nussbaum con la finalidad de resolver las tres deficiencias que identificó en la teoría de Nordenfelt:

- i. *Provee de un conjunto de metas vitales de forma que restringe el concepto de salud, evitando que se pueda incluir el bienestar total y en su lugar se considere a la salud, evitando que se pueda incluir el bienestar total y en su*

[‡] Nordenfelt elaborara una definición general de la salud y ofrece una teoría que admite componentes descriptivos y normativos, pero prefiere caracterizarla como holística, por oposición a la perspectiva analítica del americano. Para Nordenfelt la característica más general y pertinente para definir la salud no es el funcionamiento biológico normal, que restringe mucho la vida humana a la supervivencia y a la reproducción, sino la capacidad [*ability*] que una persona tiene “*de realizar sus metas vitales [...], aquellas necesarias y suficientes para vivir un bienestar [*welfare*] mínimo y durable*”. Nordenfelt prefiere partir de la categoría de “*capacidad*” en razón de las de “*experiencia*” o “*sentimiento*” de aquél, pues no solamente es más universal, sino que es más fácilmente objetivable, o al menos, mensurable (Giroux, 2010)

lugar se considere a la salud como una concepción mínima de bienestar humano.

- ii. Identifica el medio ambiente estándar bajo la luz de los derechos morales y pre-políticos de los seres humanos que proveen las capacidades de lograr algunos seres y hacerlos*
- iii. Actúa como contención del fuerte papel que las experiencias subjetivas de la felicidad tienen en la determinación de la salud (aún a largo plazo)*

En resumen, la salud es una metacapacidad, una capacidad global necesaria para ejercer un grupo de capacidades interrelacionadas y básicas para “*ser y hacer cosas*” (hace referencia a esto más adelante como “*seres y acciones*”). Esta concepción, menciona, rechaza la noción de salud como la ausencia de enfermedad y aboga por la concepción positiva de la salud como un conjunto de habilidades, evitando así la combinación de salud y bienestar al estar limitada a un conjunto de capacidades básicas (Venkatapuram, 2011).

También alega que la salud es un tipo de libertad que tiene un valor intrínseco e instrumental; y la salud es dignidad humana, la cual se refleja en los seres humanos en la capacidad de ciertas actividades y oportunidades básicas, es decir, una concepción mínima del bienestar humano digno (Venkatapuram, 2011).

Por último, basado en las investigaciones de Drèze y Sen sobre la teoría general de la desnutrición y epidemiología social, Venkatapuram dice que los “*seres y acciones*” de las capacidades individuales y colectivas para mantenerse sano, son creadas de la interacción de: *1) las necesidades biológicas internas de un individuo o las características que cambian a lo largo del ciclo de vida, 2) condiciones sociales, incluidos los recursos materiales existentes, como asistencia sanitaria, 3) entorno físico y 4) sus habilidades de agencia o conversión; sus habilidades físicas y mentales para "convertir" sus propias dotes y necesidades así como las condiciones físicas y sociales externas en funciones de salud.* En términos puramente descriptivos, el fracaso para lograr ciertos “*seres y acciones*” de salud, como vivir una vida normal o evitar impedimentos, se puede explicar en términos de tener un

conjunto limitado de "ser y hacer" debido a los efectos independientes e interactivos de estos cuatro determinantes. La última restricción es la muerte (Venkatapuram, 2011).

Discusión

Como se evidencia en los resultados, el bien jurídico tiene un papel fundamental en la positivización de un derecho y en cuanto a la salud esto no es diferente. La salud es reconocida como un interés vital, que necesita ser valorado por el ordenamiento jurídico, como ya lo ha hecho la protección a la salud.

Esta investigación tuvo como propósito analizar el contenido del derecho a la salud desde la perspectiva de las capacidades en salud desarrollada por diversos autores, contrastando la diferencia que existe entre este y el derecho a la protección de la salud y la forma en que los diversos autores realizan una propuesta de ampliar el concepto hacia el Derecho a la Salud.

La investigación se centró en dos autores quienes han sido reconocidos por sus propuestas sobre el Derecho a la Salud desde el enfoque de capacidades, Prah-Ruger y Venkatapuram.

Conviene partir la discusión desde la primera pregunta que nos surge como investigadores al analizar los textos de los autores mencionados: **¿Desde donde partimos cuando hablamos de *capacidades en salud*?, es decir, ¿en que consisten?, ¿cómo se organizan?, ¿cómo se entrelazan entre ellas?, en pocas palabras, examinar las principales expresiones de la salud y evaluar su posible positivización.**

Iniciaremos describiendo y analizando lo que los diversos autores refieren en materia de capacidades en salud.

El primer autor que analizaremos es Venkatapuram (2011), que analiza la salud como una "metacapacidad", es decir: *"la capacidad de lograr un conjunto de capacidades básicas (interrelacionadas) para ser y hacer cosas que reflejen una*

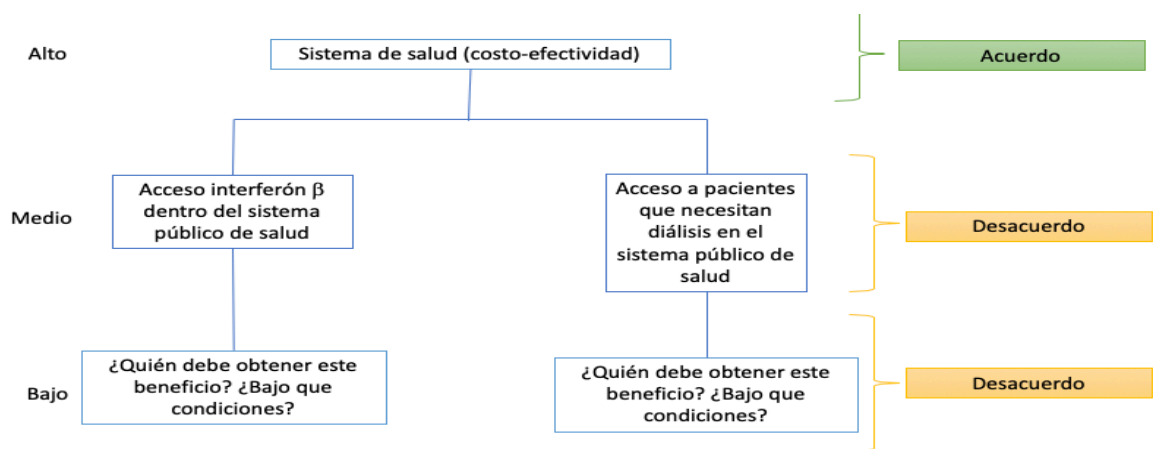
vida valiosa de igual dignidad humana en el mundo moderno” (Venkatapuram, 2011). Para este autor, la lista de 10 capacidades de Nussbaum son la base para la formación de esta metacapacidad, ya que como él mismo menciona: “1) Provee un conjunto de metas vitales de forma que restringe el concepto de salud, evitando que pueda incluir el bienestar total y en su lugar se considere a la salud como una concepción mínima del bienestar humano; 2) Identifica el medio ambiente estándar bajo la luz de los derechos morales y pre-políticos de los seres humanos que proveen las capacidades para lograr algunos seres y hacerlos; 3) Actúa como contención del fuerte papel que las experiencias subjetivas de la felicidad tienen en la determinación en salud” (Téllez-Cabrera, 2015; Venkatapuram, 2011). Es decir, Venkatapuram considera la capacidad de estar saludable como la metacapacidad para lograr o ejercer las 10 capacidades humanas centrales (Téllez-Cabrera, 2015).

En esta investigación consideramos a la salud como una metacapacidad, no obstante, estamos de acuerdo con Téllez (2015), que menciona que para poder realizar su medición y operacionalización, es necesario tener una definición más sencilla que refleje las dimensiones de las capacidades en salud a través de tres dimensiones de funcionamientos: corporal, mental y social, entrelazados entre sí (Téllez-Cabrera, 2015).

Para dar sustancia a lo anterior retomaremos a Prah-Ruger (2010), ella escribe que las capacidades en salud: *“representan la confianza y la habilidad para ser efectivos en el logro de una salud óptima dada la disposición biológica y genética; el medio ambiente social, político y económico intermedio y extendido; el acceso al sistema de salud pública y de asistencia sanitaria, por lo que constituyen la libertad de una persona de lograr funcionamientos en salud” (Prah-Ruger, 2010).*

Con la finalidad de que un Estado pueda llegar a un acuerdo político sobre qué deben contener las capacidades en salud y cuáles serían sus indicadores se analizan los textos de Prah que retoman los “acuerdos carentes de teoría completa” de Sunstein” (Prah Ruger, 2014). En este caso, empero, los modelos y ejemplos ya se refieren específicamente al dominio de la salud y el campo de las capacidades en salud. En el modelo 1, “*Acuerdos incompletos específicos*”, se refiere un nivel de acuerdo general alto, pero desacuerdos a nivel medio y bajo. Prah (2014) menciona que este acuerdo es muy cercano a la teoría de Rawls de “*consenso superpuesto*”. En palabras simples, existe estabilidad pese a que se encuentran doctrinas diversas (Prah Ruger, 2014; Seleme, 2003). Este acuerdo se logra cuando todos los miembros de una sociedad política alcanzan una justificación compartida de la política, integrándola a sus diferentes concepciones; es decir, el consenso superpuesto quiere decir que el pensamiento político de la justicia como equidad puede ser sostenido por una profunda convicción defendida por personas que cuentan con diferentes doctrinas religiosas, filosóficas y morales (M Nussbaum, 2014; Toppi, 2008).

Figura 8. Acuerdos incompletos específicos con ejemplo en salud



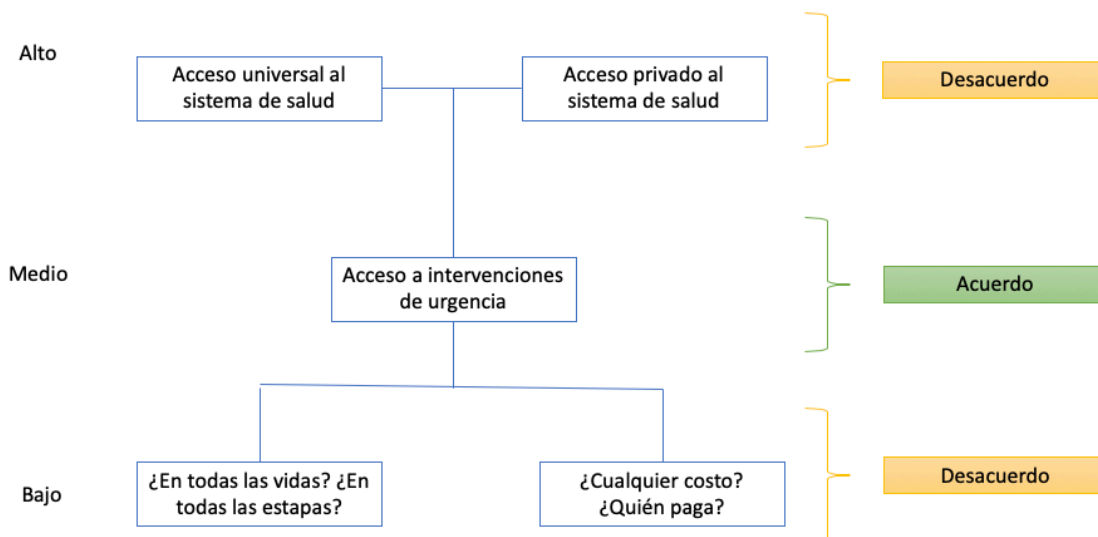
Fuente 8. Tomado y modificado de Prah Ruger, 2014

Un ejemplo de este acuerdo es la compra de interferón β , que tiene un costo aproximado a \$35,000 a \$ 20 millones de dólares americanos. Sin importar el precio exorbitante, se esta de acuerdo que es para la mejora de la calidad de vida, a pesar de las cuestiones que se realicen a nivel medio o bajo sobre como acceder a él y bajo que condiciones (Prah Ruger, 2014) (Figura 8).

En el segundo modelo "*Acuerdos incompletos específicos y generalizados*", se llega a un nivel medio de acuerdo, en donde sobre la doctrina teórica subyacente no hay acuerdos, ni en los niveles bajos. Un ejemplo podría ser el siguiente: Estar de acuerdo en que todas las personas deben tener acceso a intervenciones de urgencia para salvar su vida, sin estar de acuerdo en las razones para hacerlo.

Faltaría acordar si esto, por ejemplo, aplicaría en todas las etapas de la vida.

Figura 9. Acuerdos incompletos específicos y generalizados con ejemplo en salud



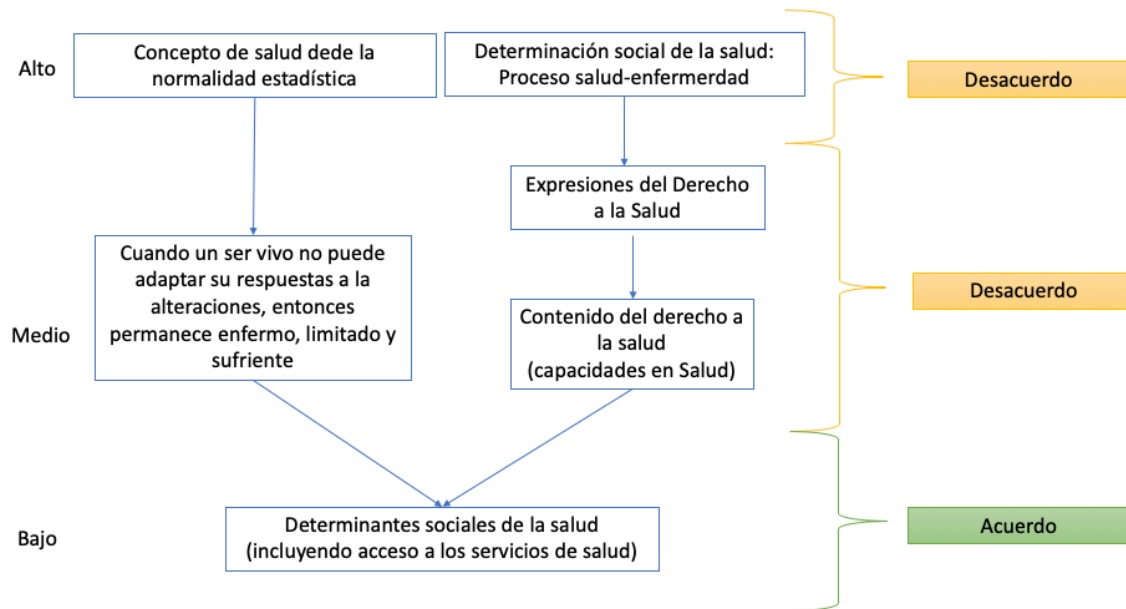
Fuente 9. Tomado y modificado de Prah-Ruger (2014)

Este segundo acuerdo trae consigo más divergencias que convergencias al existir un vacío entre la explicación de por qué se realiza una acción y como llevarla a cabo (Prah Ruger, 2014) (Figura 9).

En el tercer modelo, "Acuerdos sobre resultados particulares carentes de teoría completa", se sabe qué es lo adecuado en cuanto a acciones, pero sin saber enteramente por qué. Un ejemplo sobre esto es estar de acuerdo en prevenir el hambre, erradicar la malaria o la tuberculosis, no permitir la mutilación genital, pero sin saber exactamente por que se sostienen éstas creencias. De acuerdo con Prah, y dicho en otras palabras, es moral y razonable, pero sin contar probablemente con una teoría subyacente, aunque ciertamente puede estar basado en una concepción

de “una buena vida” (figura 10) (Prah Ruger, 2014) (López-Moreno, S; Chapela, Ma; Hernández-Zinzun Gi; Cerda-García, Al; Outón, 2015).

Figura 10. Acuerdos sobre resultados particulares carentes de teoría completa bajo el enfoque de Derecho a la Salud

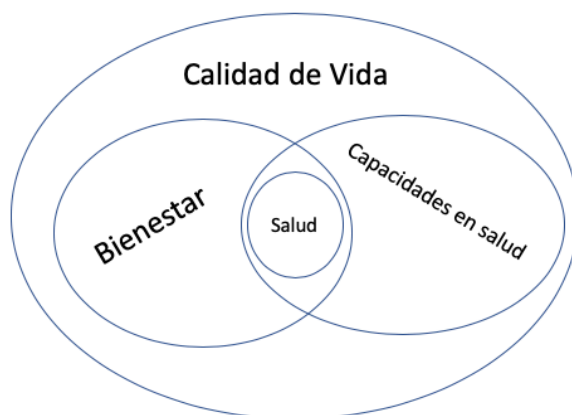


Este último modelo, refiere la autora, complementa el énfasis en capacidades ya que es capaz de identificar soluciones viables que aprovechen al máximo el consenso y que puedan basarse en la aceptación contingente de disposiciones particulares, sin la exigencia de unanimidad social completa (Prah Ruger, 2014).

De acuerdo con Téllez (2015): *“las capacidades en salud se encuentran en una situación intermedia entre la salud- que debe ser entendida en términos holísticos como capacidades internas, en el sentido de Nussbaum, relacionadas con las dimensiones corporal, mental y social- y la calidad de vida en genera”*. Las capacidades en salud de un individuo son el reflejo de la interacción de su herencia biológica y sus necesidades, bajo condiciones externas físicas y sociales, así como de su comportamiento individual o agencia, es decir que las capacidades en salud permiten implantar *“cual debe ser el contexto social para lograr resultados en salud*

que sean valiosos para las personas y que les permitan tener una vida floreciente“ (Téllez-Cabrera, 2015) (figura 11).

Figura 11. Relación entre salud, capacidades en salud, bienestar y calidad de vida entendida como capacidades



Fuente11. Tomado de Téllez Cabrera (2015)

Esto nos lleva a concordar con lo escrito por Nussbaum (2003), sobre su listado de 10 capacidades centrales y que el desarrollo de las no centrales pudiese obtenerse mediante acuerdos políticos haciéndolo a través del modelo de “Acuerdos sobre resultados particulares carentes de teoría completa” de Sustain (2007).

Por otra parte, se cree necesario que al analizar la posibilidad de poner estas capacidades en acuerdos políticos se retome desde la perspectiva de las Escalas de Justicia de Fraser (2008), esto le dará sustancia a la justiciabilidad de este derecho (Fraser, 2008).

Fraser menciona que, debido a los cambios y movimientos actuales por la justicia social, se carece de una comprensión de la sustancia de la justicia (Fraser, 2008), es decir, que anteriormente, la resolución de conflictos políticos podría darse solo con una concepción distributiva, que equiparaba a la justicia social: la asignación imparcial de bienes divisibles, normalmente de naturaleza económica, pero hoy, sin embargo, esta imagen tradicional de resolución está por desaparecer, ya que los conflictos actuales sobrepasan la concepción distributiva (Fraser, 2008).

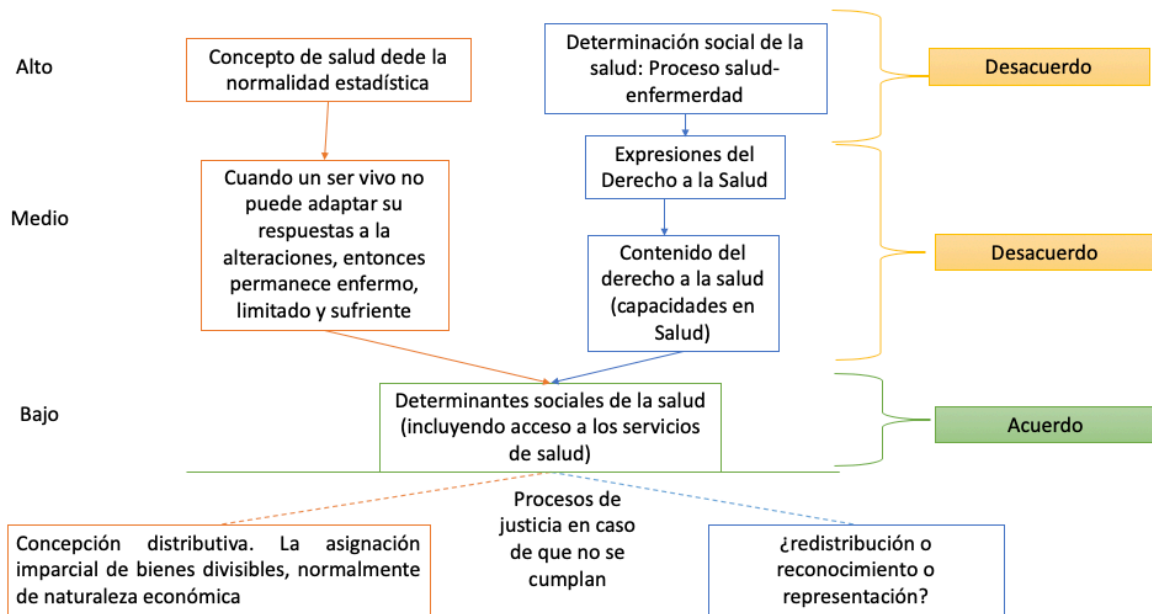
En la actualidad la cuestión sobre justicia no se basa en simple redistribución: ¿a favor o en contra? O ¿Cuánta o cuán poca?, en el presente, los reclamantes sostienen puntos diferentes respecto a la sustancia de la justicia: ¿redistribución o reconocimiento o representación? (Fraser, 2008).

Fraser (2008) se pregunta: “¿Cómo podemos reconstruir el ideal de imparcialidad para garantizar la valoración equitativa de esas reivindicaciones heterogéneas?, ¿Cómo debemos decidir quiénes son aquellos cuyos intereses deben ser tomados en cuenta? (Fraser, 2008).

La cuestión central que es necesario reflexionar es, “¿qué es considerado como un genuino asunto de justicia?”, ¿Quién cuenta como auténtico sujeto de justicia? Y finalmente el “¿Cómo? (Fraser, 2008).

Bajo estas consideraciones, se propone un esquema para comprender como es que, bajo lo descrito anteriormente, pueden tomarse para un acuerdo político como bien jurídico del derecho a la salud bajo las escalas de justicia que propone Fraser (Figura 12).

Figura 12. Acuerdos sobre resultados particulares carentes de teoría completa bajo el enfoque de Derecho a la Salud y las Escalas de Justicia de Fraser



Fuente 12. Tomado y modificado de Prah-Ruger (2014) y Fraser (2008)

En la figura 12, se propone que, bajo el modelo de “Acuerdos sobre resultados particulares carentes de teoría completa”, probablemente no se llegue a un acuerdo sobre la definición y teorización sobre la salud en general. Pero se propone que los acuerdos medios deben llevar las capacidades en salud para la construcción de los indicadores necesarios para que ellos puedan ser judiciales, probablemente bajo el sentido de “buena vida” y “metacapacidad” de Vekatapuram. Respecto a esto, el hecho que haya desacuerdo no significa que no deban seguir las investigaciones, simplemente que para establecer una política pública en donde hay diferencias y puntos de vista conflictivos sobre todo a nivel epistemológico a través de una teoría completa, sería muy difícil de lograr (Ruger, 2004).

Concluyendo y coincidiendo con Téllez (2015) donde menciona que el tipo de intervenciones en salud que pueden evaluarse utilizando indicadores dentro del enfoque de capacidades en salud, va más allá de las aplicaciones propuestas hasta

el momento por la protección a la salud (medicamentos, tecnología médica, etc.), y esta más cercano a las intervenciones en salud pública (Téllez-Cabrera, 2015).

Hay que tomar en cuenta que las capacidades en salud ocurren a varios niveles que van desde procesos biológicos hasta procesos políticos, económicos y sociales, por lo cual, la figura 11 debe ser vista desde una perspectiva tridimensional.

Existe otro autor, Pimentel Gameiro (2017), que también realiza un análisis sobre la relación de las capacidades en salud y el bien jurídico. Él difiere de la idea de retirar el concepto de enfermedad del contenido del derecho a la protección de salud, de hecho, el autor retoma el concepto de protección a la salud, ya que excluir el concepto de enfermedad del contenido del derecho a la protección de la salud significa eliminar cualquier posibilidad de exigir al Estado una total y absoluta protección contra morbilidad y al final contra la propia muerte. Menciona que el deber fundamental de las capacidades se agota cuando dispone a los individuos el ambiente necesario para que tengan condiciones de reaprender a utilizar sus capacidades centrales de salud en caso de una enfermedad temporal, incluso cuando se tengan las condiciones de disminuir las dificultades en caso de enfermedad absoluta (Pimentel-Gameiro, 2017).

No coincidimos con esta postura ya que consideramos que no solo disminuye la importancia a las cuestiones de prevención y promoción a la salud, sino fomenta la privatización de los servicios de salud dejándola al libre mercado al no proponer la exigibilidad completa al Estado. Además que este desarrollo no tiene relación con el concepto garantista de salud. Alejado de que mencionan tanto Prah, Venkatapuram y Téllez del contenido y finalidad de las capacidades en salud.

Dicho lo anterior, estamos de acuerdo respecto a que el enfoque de capacidades nos ayuda a comprender que, ya sea los hábitos de vida saludables o la finalidad de una vida saludable es en sí, no es la finalidad de la salud, es decir que la salud no debe entenderse como el “derecho a estar sano”. El Derecho a la Salud esta dentro las libertades y derechos, por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse

como el derecho al disfrute de una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud.

En cuanto a su positivización, estamos de acuerdo con lo mencionado por Ruger en tres aspectos en particular: 1) que debe ser un proceso democrático, 2) a pesar de que las capacidades en salud no deben centrarse en la “protección a la salud”, no debe ser descuidada y 3) la aplicación del un marco ético para la conceptualización y medición de la salud en sus muchos dominios, en su caso, mediante la utilización de los acuerdos carentes de una teoría completa de Sustain. (Prah Ruger, 2014; Ruger, 2004).

Conclusión

En este trabajo se ha analizado si son las capacidades aquellas que pueden ser tomadas en cuenta como bien jurídico del Derecho a la Salud, lo que nos ha llevado a hacer un recorrido sobre diversos documentos para poder identificar, primero, una nueva mirada de ver a la salud, no solo como un proceso que se puede medir a través de procesos biológicos, sino algo mucho más profundo, que comprende aspectos sociales complejos, para la cual, la salud colectiva ha sido un campo de estudio que ha permitido ampliar esta visión y poder complejizar, desde el estudio de la determinación social en salud, para poder entenderlo como un proceso: el proceso salud-enfermedad.

Hemos encontrado en las capacidades en salud indicadores que se entienden como “realizaciones en salud”, las cuales tienen una relevancia en la equidad en general y en salud en particular (Téllez-Cabrera, 2015). Por esta razón, refiere Téllez (2015), que el enfoque de capacidades es un concepto multidimensional compuesto tanto por: *“logros en salud, la capacidad para lograr buena salud y la justicia de los procesos”* (Téllez-Cabrera, 2015). Como lo menciona Sen (2009): *“el enfoque de capacidades se enfoca en la vida humana y no solo en algunos objetos separados de conveniencia como ingresos o mercancías”* (Sen, 2009).

Al analizar el enfoque de capacidades junto con la determinación social en salud nos ha permitido comprender, como ya lo mencionaba Sen (2009), en su libro “La idea de la justicia”, que este enfoque no es un enfoque individualista, ya que resulta complicado representar que las personas puedan pensar, elegir o actuar sin ser influidos en una u otra forma por la naturaleza y el funcionamiento del mundo a su alrededor (Sen, 2009). Con anterior, junto con el recorrido sobre la justiciabilización del Derecho a la Salud se ha demostrado la manera en que ha sido reducido el proceso salud-enfermedad a solo tomar en cuenta el acceso a los servicios de salud, dejando por un lado la gran discusión que yace sobre él, como un derecho humano fundamental y social.

Sostenemos que el enfoque de capacidades en salud ampliará la concepción en salud y se puede construir a partir de este, indicadores más apropiados para evaluar la salud, dejando detrás la perspectiva de solo medir a través del acceso a los servicios de salud y la enfermedad.

La equidad en las capacidades en salud, como concepto normativo, ha de estar ligado a un concepto de justicia, el cual, sostenemos en esta tesis deber ser sustento bajo las escalas de justicia mencionadas por Fraser (2008): redistribución, reconocimiento y representación (Fraser, 2008).

El uso de la tipología de teorización incompleta de Sunstein puede aplicarse de manera útil para la de decisiones sobre salud y política de salud, ya que abre una posibilidad de resolución de conflictos en Estados democráticos, como menciona Rawls (Toppi, 2008).

Nosotros sostenemos que el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud.

También mantenemos la postura que el Estado tiene la obligación de proveer lo mencionado en el párrafo anterior, es decir las capacidades, y no limitarse tan solo

a la protección de la salud. Esto es lo que se convierte en el bien jurídico; contrario a que lo menciona Pimentel Gameiro, quien considera de vital importancia atender a las enfermedades, más que a la creación de capacidades, a través del acceso a los servicios de salud (Pimentel-Gameiro, 2017).

Referencias

- Arévalo-Álvarez, L. E. (2001). *El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos* (2da ed.). Puebla: Universidad Iberoamericana de México.
- Boorse, C. (1977). Health as a Theoretical Concept. *Philosophy of Science*, 44(4), 542–573.
<https://doi.org/10.1086/288768>
- Breilh, J. (2013). La determinación social de la salud como herramienta de ruptura hacia la nueva salud pública (salud colectiva) (Epidemiología crítica latinoamericana: raíces, desarrollos recientes y ruptura metodológica). *VIII Seminario Internacional de Salud Pública: Saberes En Epidemiología En El Siglo XXI*, 1–45. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. (2013). Informe especial sobre el derecho a la movilidad en el Distrito Federal 2011-2012, 1–171.
- Enciclopedia Jurídica. (2015). Ficción Jurídica. Retrieved February 14, 2019, from <https://mexico.leyderecho.org/ficcion-juridica/>
- Enciclopedia jurídica. (n.d.). Derecho penal. Retrieved February 21, 2019, from <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-penal/derecho-penal.htm>
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Editorial Trotta.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4ta Edició). Madrid: Trotta.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia. Enrahonar* (Vol. 42).
<https://doi.org/10.3989/arbor.2010.744n0000>
- Gallardo, M. J. (2009). Informe Final- Salud en Costa Rica: Incorporar el enfoque de capacidades para evaluar la equidad. *DECIMOSEXTO INFORME ESTADO DE LA NACIÓN EN DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE Informe*.
- Giroux, É. (2010). La salud y la enfermedad. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, (9), 259–265.
- Gough, I. (2007). El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas. *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, (100), 177–202. Retrieved from <http://www.fuhem.es/ecosocial/>
- Hefendehl, R., Hirsch, A. von, Wohlers, W., Martín Lorenzo, M., Alcácer Guirao, R., Ortiz de Urbina

- Gimeno, I., & Gimbernat Ordeig, E. (2016). *La teoría del bien jurídico : ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Retrieved from <https://www.marcialpons.es/libros/la-teoria-del-bien-juridico/9788491230694/>
- Household, K., Study, P., Venkatapuram, S., Celik, Sule, Chinhui, Jun, McCue, K., Ruger, J. P., Good, A. R., & Health, Y. (2007). Toward a theory of a right to health: capability and incompletely theorized agreements. *Yale JL & Human.* <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, (86), 187–211.
- L, Nordenfelt L; B, L. (1984). *Health, disease and causal explanations in medicine.*
- Laurell, A. C. (1986). El estudio social del proceso salud-enfermedad en América Latina. *Cuadernos Médicos Sociales*, 37, 1–10. <https://doi.org/10.1074/jbc.M206568200>
- López-Moreno, S; Chapela, Ma; Hernández-Zinzun Gi; Cerda-García, Al; Outón, M. (2015). Concepciones sobre la salud, la enfermedad y el cuerpo durante los siglos XIX y XX. In M. E. Chapela-Mendoza, Ma del Consuelo; Contreras Garfias (Ed.), *Pensar el futuro de México. colección conmemorativa de las revoluciones centenarias. La salud en México* (1ra ed., Vol. 1, pp. 51–90). Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- López-Moreno; López-Arellano. (2015). *Derecho a la Salud en México* (1ra Edició, Vol. 1). Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Marinker, M. (1975). Why make people patients? *Journal of Medical Ethics*, 1(2), 81–84. Retrieved from <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/1177270>
- Nussbaum, M. C. (2003). Capabilities as Fundamental entitlements: Sen and social justice. *Feminist Economics*, 9(2–3), 33–59. <https://doi.org/10.1080/1354570022000077926>
- Nussbaum, M. (2014). Rawls's " Political Liberalism ". A reassessment. *Revista Derecho Del Estado*, 24(32), 5–33.
- Nussbaum, Martha. (2003). CAPABILITIES AS FUNDAMENTAL ENTITLEMENTS: SEN AND SOCIAL JUSTICE. *Feminist Economics*, 9(2–3), 33–59. <https://doi.org/10.1080/1354570022000077926>

- Nussbaum, Martha. (2007). Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership. *Scandinavian Journal of Disability Research*. <https://doi.org/10.1080/15017410601003171>
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas. Retrieved February 12, 2019, from <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Peña Vera, T., & Pirela Morillo, J. (2007). La complejidad del análisis documental. *Información, Cultura y Sociedad*, 16(16), 55–81.
- Peñaranda, F. (2015). The individual, social justice and public health. *Ciência & Saúde Coletiva*, 20(4), 987–996. <https://doi.org/10.1590/1413-81232015204.00552014>
- Pimentel-Gameiro, I. (2017). A Saúde como metacapacidade: redefinindo o bem jurídico. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, 10(4), 2236–2256. <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.21899>
- Prah-Ruger, J. (2010). Health capability: Conceptualization and operationalization. *American Journal of Public Health*, 100(1), 41–49. <https://doi.org/10.2105/AJPH.2008.143651>
- Prah Ruger, J. (2014). Toward a theory of a right to health: capability and incompletely theorized agreements, 18(2).
- Raigada Piñuel, J. L. (2002). Epistemología , metodología y técnicas del análisis de contenido, 3(1), 1–41.
- Robeyns, I. (2005). Selecting Capabilities for Quality of Life Measurement. *Social Indicators Research*, 74(1), 191–215. <https://doi.org/10.1007/s11205-005-6524-1>
- Ruger, J. P. (2004). Health and social justice. *Lancet (London, England)*, 364(9439), 1075–1080. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(04\)17064-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(04)17064-5)
- Sánchez Díaz, M., & Vega-Valdés, J. C. F. (2003). Algunos aspectos teórico-conceptuales sobre el análisis documental y el análisis de información. *Ciencias de La Información*, 34(2), 49–60. Retrieved from <http://cinfo.idict.cu/index.php/cinfo/article/view/157>
- Seleme, H. (2003). Equilibrio reflexivo y consenso sobrepuesto. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*, XXII(18), 189.
- Sen, A. (2009). Vidas, libertades y capacidades. In *La idea de la justicia* (1ra edición, pp. 255–282). Ciudad de México: Taurus.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Barcelona: Taurus.

- Sunstein, C. (2014). Acuerdos carentes de una teoría complea en Derecho Constitucional, (May).
<https://doi.org/10.18046/prec.v0.1423>
- Téllez-Cabrera, M. R. (2015). *Capacidades en salud como forma de incorporar la equidad en la evaluación económica de intervención en salud*. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Toppi, H. P. (2008). Rawls post Rawls. In C. Amor (Ed.), *Revista latinoamericana de filosofía* (Vol. 34, pp. 349–352). Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- University of Minnesota. (2000). Human Right Library. Retrieved January 7, 2019, from
<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm14s.htm>
- Vélez-Arango, A. L. (2015). El derecho a la salud: una visión a partir del enfoque de capacidades. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 33(1), 93–100. Retrieved from
<http://www.redalyc.org/resumen.oa?id=12033879012>
- Venkatapuram, S. (2011). *Health justice : an argument from the capabilities approach*. Malden, MA: Polity Press.