

## Capacidades en Salud como Bien Jurídico del Derecho a la Salud

Adriana González Delgado  
Sergio López Moreno  
Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco  
Instituto Politécnico Nacional

Adriana González Delgado  
Rio consulado 1591, Col Ex hipódromo de Peralvillo, Delegación Cuauhtémoc. Ciudad de México. México  
Código postal 06220  
Correo electrónico: gonzalezdriana@gmail.com

**Palabras Clave:** Salud, Derecho, Justiciabilidad, Capacidades

### Resumen

Generalmente cuando se trabaja o se analiza el derecho a la salud se realiza desde la perspectiva de los Sistemas de Salud delimitando en muchos Estados a que el contenido constitucional recaiga en la protección de la salud. Nosotros proponemos que el concepto de salud es mucho más amplio que lo señalado anteriormente, además de que no debe de entenderse como el derecho a estar sano (1) además de que desde el enfoque de capacidades podríamos encontrar el contenido del bien jurídico para la justiciabilidad del Derecho a la Salud.

### Résumé

Généralement, lorsqu'on travaille ou on analyse le droit à la santé, cela se fait du point de vue des systèmes de santé, délimitant dans de nombreux États que le contenu constitutionnel réside dans la protection de la santé. Nous proposons que le concept de santé soit beaucoup plus large qu'indiqué précédemment, qu'il ne doive pas être compris comme le droit d'être en bonne santé (1) d'ailleurs que l'approche par les capacités nous permette de trouver le contenu du droit légal à la justiciabilité du droit à la santé.

### Introducción

Como primer desafío indiscutible sobre el estudio del derecho a la salud está el proponer una definición conceptual del bien jurídico (2), esto permitiría reconocer que protege este derecho, saber quiénes son los titulares y quien decide y como se representarán dichos titulares (3). Este documento propone el enfoque de capacidades para establecer el contenido del bien jurídico.

Figura 1. Clasificación de los derechos fundamentales

	Expectativas negativas (de no interferencia): Derecho a la vida Derechos de libertad (creencias, pensamiento), garantías penales	Expectativas positivas (de prestación): Derechos sociales (salud, alimentación, agua potable, educación, vivienda)	Derechos de reunión, asociación, circulación, trabajo y asistencia subsidiaria	
	<b>De la persona</b>		<b>Del ciudadano</b>	Producen beneficios (sin límites ni vínculos legales derivados)
<b>Primarios</b> (sustantivos)	Derechos humanos		Derechos públicos	Todos (con o sin autonomía, o capacidad de obrar)
<b>Secundarios</b> (procedimentales)	Derechos civiles (de autonomía personal)		Derechos políticos (de autonomía política)	Quiénes 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 potestad en materia de negocios, libertad contractual, de empresa, de elegir actividad económica		Derechos a votar, a acceder a cargos públicos; potestad en materia de representación y democracia política	

Fuente 1. López -Arellano, López Moreno , 2015

### El Derecho a la Salud como Derecho Humano Fundamental

Para Ferrajoli (2006), la mejor manera de entender a los DDHH es categorizándolos como derechos fundamentales. Para este autor son: *“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de estatus de persona, ciudadano o de individuos con capacidad de obrar”*(4).

Para una mejor comprensión Ferrajoli, una vez estableciendo la definición de derechos fundamentales, establece un sistema de clasificación que permite su análisis, distinguiendo derechos primarios de secundarios.

Los primarios son aquellos que poseen carácter de sustantivo, y se otorgan a los sujetos en razón de su naturaleza, es decir personas o ciudadanos. Los secundarios son procedimentales por naturaleza y se otorgan a los sujetos en razón de autonomía y de su capacidad de obrar (4)(1).

De acuerdo a lo propuesto por Ferrajoli, Di Castro (2010), al cruce con ambas categorías obtiene una tabla como la presentada en la figura 1, ella podemos observar no solo la categoría y el tipo de derecho fundamental, sino ejemplos de ellos(5). Como se puede observar en la figura 1, el derecho a la salud es situado como un derecho primario, de las personas y dentro de los derechos humanos.

Ahora situando esto, es conveniente desarrollar la importancia de los DDHH y su justiciabilidad.

### El derecho a la salud y su justiciabilidad

Para el Derecho, los DDHH, de acuerdo a Arévalo (2001) *“son limitaciones al ejercicio del poder estatal para garantizar ciertos bienes jurídicos fundamentales de los miembros de la sociedad y*

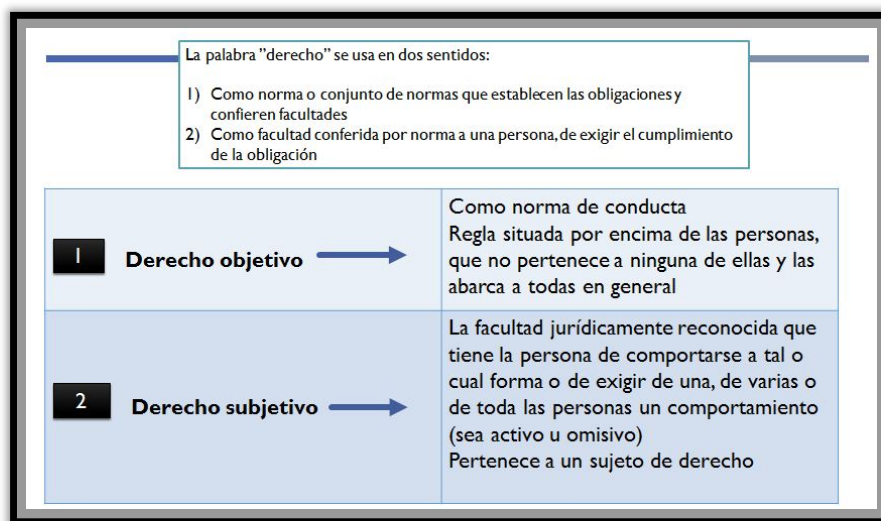
evitar que sean “atropellados” por el poder público”. La expresión “Derechos Humanos” sirve para designar una categoría específica de normas jurídicas(3).

El Estado y el Derecho han surgido, en recurso de la historia, como instrumentos sociales para garantizar determinado tipo de orden dentro de la sociedad. El Derecho se define como un conjunto de normas de conducta (normas jurídicas), las cuales poseen ciertas características(1,3): *Bilateralidad, Exterioridad, Coercibilidad, Generalidad, Obligatoriedad, Heteronomía, Punibilidad, Abstracción e Irretroactividad.*

En resumen, de lo anterior se puede notar que la palabra “derecho” establece un conjunto de normas de conducta bilateral y exterior cuyo cumplimiento forzoso puede ser impuesto por el Estado. Entonces funciona como: 1) norma o conjunto de normas que establecen obligaciones y confieren facultades, llamado “derecho objetivo”, es decir una regla situada por encima de las personas, en lo general y 2) como la facultad, conferida por norma a una persona, de exigir el cumplimiento de la obligación, llamado “derecho subjetivo”, la cual es una facultad ejercida por las personas y pertenece a un sujeto de derecho(3) (figura 2).

En cuanto a “derecho subjetivo”, Ferrajoli menciona que se refiere a cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica y por “estatus” a la condición de un sujeto, prevista por una norma positiva, como un presupuesto de su “idoneidad” para ser el titular de situaciones jurídicas(4).

**Figura 2. Diferencia entre Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo**



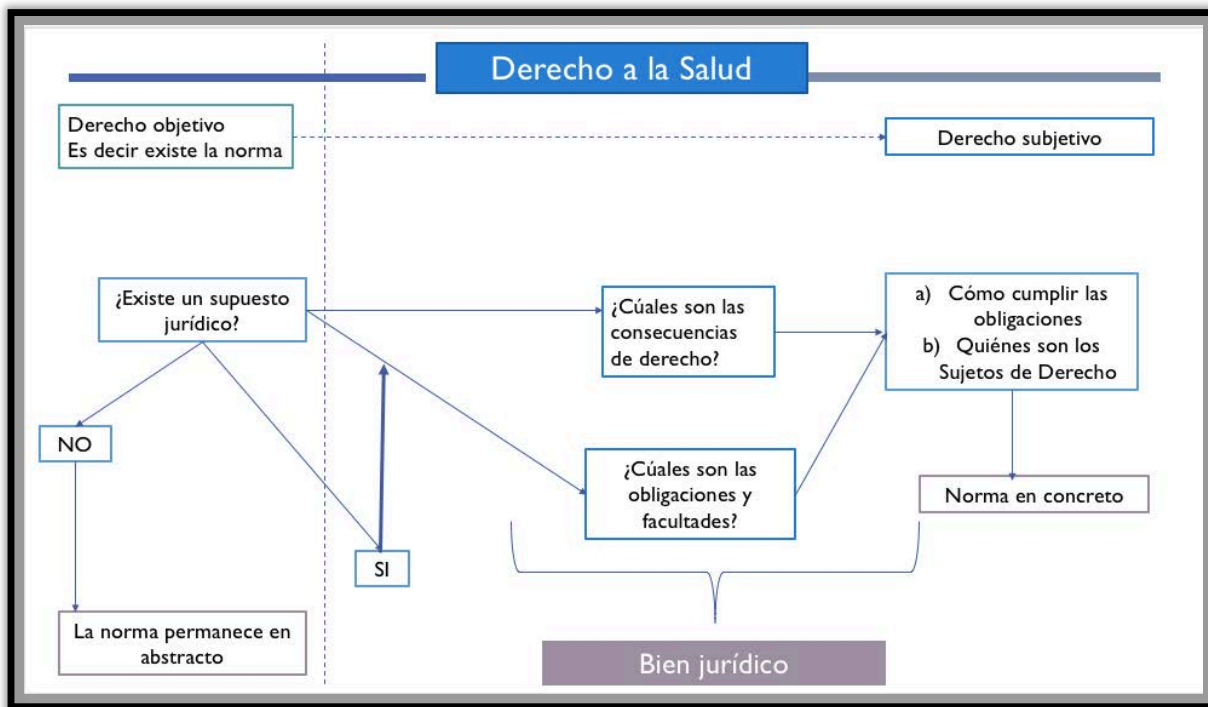
Fuente 2. Arévalo, 2001

Retomando el tema de derecho a la salud, es necesario conocer si existe un supuesto jurídico, en caso de que no, la norma permanece en abstracto, como derecho objetivo. Hasta que se reconozcan las consecuencias de derecho, así como las obligaciones y facultades pasará a derecho subjetivo (Figura 3).

Es importante aclarar que para que el del derecho a la salud como derecho objetivo pase a subjetivo, no solo se debe tomar en cuenta las cuestiones de redistribución o representación, es decir el

“¿Qué? de la justicia, como lo menciona Fraser (2012), también tomar en cuenta, el “¿Quién?”: ¿ciudadanías territorializadas, humanidad global o comunidades en riesgo transnacionales?, y el ¿Qué? en cuanto a representación política(6).

Figura 3. Derecho a la salud como derecho objetivo y derecho subjetivo



Fuente 3. Tomado y modificado de Arévalo, 2001 y García Máynez, 2013

Como se puede observar en la figura 3, uno de los elementos importantes lo constituye el “bien jurídico”. Como definición de bien jurídico y de acuerdo a Gimbernat (2016): “*detrás de cualquier tipo penal (también ilegítimos) existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico*”(7).

Asimismo “bien jurídico” puede ser explicado como un “*interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*”. Es decir que el bien jurídico preexiste al ordenamiento normativo, pues como lo menciona Kierszenbaum (2009), tales intereses no son creados por el derecho, sino que son reconocidos, y mediante esto, que los intereses vitales son bienes jurídicos: “*El bien jurídico es creado (lo cual equivale a decir que el interés vital es reconocido) por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional*”(8).

Por lo tanto, en cuanto al derecho a la salud, además de obtener la categoría de derecho subjetivo, incluso si se tratase de un sentimiento social legítimo, necesita ser valorado positivamente por el ordenamiento jurídico(9).

## **Enfoque de Capacidades de Amartya Sen**

En este trabajo se propone que se haga desde el enfoque de capacidades ya que como lo menciona Sen (2009): *“La capacidad tiene un papel en ética social y filosofía política que va mucho más allá de su posición como competidor de la felicidad y el bienestar en tanto guía de la ventaja humana”* (10)

En enfoque de capacidades no es centrarse en lo que la persona termina por hacer, sino en lo que ella es capaz de hacer, elija o no tomar esa oportunidad(10).

Este autor visualiza dos partes diferentes de la libertad, primero lo vincula con aspectos de la libertad como proceso que permite la elección y la acción, Pimentel (2017) la refiere como *“ausencia de interferencias y restricciones exteriores en el momento de la toma de decisión”*. El otro aspecto es referido como la idea de la libertad como *“oportunidad sustantiva de las personas en poder buscar la realización de sus planes y objetivos de vida”*, aquí se asocia la idea de libertad a la oportunidad (real) que las personas tienen ante sus *“estilos de vida”*, basado esencialmente en su planificación de vida(2,10).

Las capacidades se definen como derivadas de las actividades e incluyen entre otras cosas a la información sobre las combinaciones de actividades que una persona puede escoger (Sen 2009). En consecuencia, las capacidades han sido vistas de manera errónea como atributos de las personas y no de las colectividades.

El autor menciona que: *“el enfoque de capacidades asume 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 (ej. Tomar parte en la vida de la comunidad) cuanto desde el punto de vista de las influencias que actúan sobre valores (ej. La relevancia del razonamiento público en la evaluación individual)”*(10).

De acuerdo a Sen (2009) el resto de características a considerar del enfoque de capacidades se enlista a continuación:

1. *El contraste entre capacidades y realización*
2. *La composición plural de las capacidades y el papel del razonamiento (incluido el político) en el uso del enfoque de la capacidad*
3. *El lugar de los individuos y las comunidades y sus interrelaciones en la concepción de capacidades*

## **Enfoque de capacidades de acuerdo a Nussbaum**

De acuerdo a Nussbaum (2003) las capacidades tienen una relación muy estrecha con los DDHH ya que los dos juegan un rol similar al proveer las bases de comparación entre culturas y el apuntalamiento para los principios básicos constitucionales, pero el aporte de las capacidades da una precisión relevante al lenguaje de los derechos(11).

El enfoque de capacidades tiene la ventaja de tomar una posición clara sobre las discusiones del contenido de los DDHH al indicar cuales son las preocupaciones motivadoras y cuál es su objetivo. Por ejemplo –en el caso del derecho a la participación política, el derecho al libre ejercicio religioso, el derecho a la libre expresión- la mejor manera de asegurarles a las personas estos derechos es cuando sus capacidades para funcionar están presentes. En otras palabras, para asegurar los DDHH

es necesario ponerlos en una posición de capacidad para funcionar en esa área; en la medida en que se use ese derecho para definir la justicia social, no deberíamos conceder que la sociedad sea llamada “justa” a menos que las capacidades se hayan logrado efectivamente(11).

La pregunta que sigue de acuerdo a esta autora es ¿Qué se requiere para que las personas desarrollen estas capacidades? Ella Propone una lista abierta, con la finalidad de no ser esencialista, llamadas “diez capacidades humanas centrales”(11,12):

1. *Vida.*
2. *Salud física.*
3. *Integridad física.*
4. *Sentidos, imaginación y pensamiento*
5. *Emociones.*
6. *Razón práctica*
7. *Afiliación.*
8. *Otras especies.*
9. *Capacidad para jugar.*
10. *Control sobre el entorno de cada uno*

Estas diez capacidades son metas generales, que puede ir especificándose por la sociedad en cuestión, pero menciona Nussbaum, son parte de una cuenta mínima de justicia social: “una sociedad que no garantice todas estas (capacidades) a sus ciudadanos a un nivel apropiado queda corto en ser una sociedad justa, sin importar su nivel de opulencia”

### **Enfoque de Capacidades en Salud**

*El enfoque de capacidades en salud de acuerdo a Prah Ruger*

Lo que el enfoque de capacidades nos ayuda comprender 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. Sen (2009) menciona que la vida de una persona la constituyen cosas elementales como estar bien nutridos, libre de enfermedades a cosas más complejas como formar parte de la vida comunitaria(11).

Prah Ruger describe que la razón de enfocarse en las capacidades humanas hace posible que se contraste con la idea de que el cuidado a la salud (asistencia médica) es necesaria porque tiene un impacto en la igualdad de oportunidades. También difiere del utilitarismo ya que este sugiere que la asistencia médica es importante para maximizar la suma total de utilidades y de los puntos de vista de procedimiento que se enfocan en el debido proceso garantizado(13).

Esta autora explica que las habilidades de una persona para funcionar, en vez de ser feliz o tener oportunidades de empleo, debería ser el indicador para evaluar las políticas públicas. El enfoque de capacidades en salud incluye la “agencia humana” y a pesar de que la salud afecta directamente la habilidad de ejercitar la agencia, la agencia influye también en la salud. Es decir “la capacidad de llevar la vida que uno valora puede mejorar la salud mental o el bienestar. Por el contrario, la capacidad de tomar decisiones poco saludables puede desviar el estado de salud de uno”(13).

Permitiendo que las personas ejerzan su agencia-individualmente y colectivamente- faculta a las personas para priorizar y decidir que dominios de salud valoran más (ej. negociar calidad y cantidad de vida). Conviene subrayar que el ejercicio de la agencia puede ocurrir tanto individualmente como colectivamente. Individualmente, la agencia es importante en decisiones acerca de los hábitos y riesgos en salud, estilos de vida, prioridades individuales y decisiones sobre tratamientos. La agencia colectiva es más importante al nivel de políticas, cuando se abren discusiones colectivas para influir

en políticas públicas y asignación de recursos. Todo esto relacionado con el “proceso” de libertad en el enfoque de capacidades(13).

En cuanto a las implicaciones políticas, Prah Ruger (2004) hace la aclaración que la asistencia en salud no es el único determinante y menciona seis de estas implicaciones(13):

1. *No debe de asumirse que mientras mejor sea la asistencia en salud mejor será la salud de la población, por lo tanto, la salud y sus determinantes deben valorarse frente a otros fines sociales en un ejercicio público más amplio de las prioridades políticas*
2. *A pesar de que el acceso a la salud es uno de muchos determinantes en salud, su influencia en ella no debe ser negado*
3. *El enfoque de capacidades no especifica que tipo de asistencia en salud debe de ser garantizado y a qué nivel*
4. *El proceso de libertad en el enfoque de capacidades tiene implicaciones sobre cómo se hace la política de salud. Se destaca como la capacidad de individuo de participar en una disponibilidad amplia de decisiones de políticas públicas y política de salud*
5. *La implicación de equidad en acceso a los bienes y servicios no puede ser separada de la equidad en su financiación, ya que las capacidades requieren que los recursos sean colocados como base de las necesidades médicas y no en la habilidad para pagar*
6. *Una de las tareas más complicadas para aplicar en un marco ético que evalúa intrínsecamente la salud es la conceptualización y la manera de medir la salud, así como las inequidades en sus múltiples dominios*

En esta última implicación, existen múltiples acercamientos para medir la equidad en salud; estas dependerán de numerosas consideraciones, que van desde los dominios de salud a los pesos asociados a esos dominios. Incluso con el enfoque de capacidades es necesario determinar qué conjunto de medidas en cuanto a equidad deben ser más apropiadas para cierto ejercicio y para cada evaluación (13).

#### *El enfoque de capacidades en salud de acuerdo a Venkatapuram*

Venkatapuram concuerda con Sen y Nussbaum en cuanto a que para tener una vida saludable y longeva no se requiere solo acceso a los servicios de salud sino otras cosas que el menciona como lo son nutrición, estimulación cognitiva y física, refugio, vestimenta, acceso a la información, entre otras (14).

En relación a las capacidades, ve en ellas una concepción de justicia social en la reconoce el derecho moral a la capacidad de mantenerse saludable como un valor fundamental y el cual requiere acciones y vigilancia social en contra de la muerte prematura y las patologías prevenibles (14).

Para Vankatapuram la discusión del derecho es ética, pero el concepto de la capacidad de mantenerse sano y los límites de sus niveles no completamente ideas éticas, también lo son empíricas enraizadas en las ciencias naturales y sociales como biología, epidemiología, sociología y economía. El argumento moral es alineado con los hechos y teorías empíricas relevantes, formando un cruce coherente entre las ciencias de la salud, sociales y filosóficas (14).

Para resumir, la base de este argumento menciona que la forma más coherente de conceptualizar a la salud es mediante sus habilidades, al mismo tiempo que la definición de salud es ética y rechaza

se enfoque en la enfermedad, cuyo objetivo es ser científica o estadística, de modo que la capacidad de mantenerse saludable puede ser entendida como una “metacapacidad”(14).

El concepto de metacapacidad está basado en el término “cluster-right” (anillo de derechos), es decir un derecho que incluye múltiples y diversos derechos, como lo son la libertad, bienes, etcétera. Es así como la el derecho a la vida, a la propiedad y cada uno relacionado con la salud esta incluido en el derecho a la capacidad de mantenerse saludable (14).

#### *Enfoque de capacidades en salud de acuerdo a Pimentel Gameiro*

Pimentel Gameirol (2017) realiza una investigación proponiendo a la salud como una metacapacidad basándose sobre todo en los descrito por Nussbaum y Venkatapuram, sin embargo difiere en la idea de retirar el concepto de enfermedad del contenido del derecho a la protección de la salud, de hecho, este autor aun toma el concepto del derecho como “derecho a la protección de la salud”(2).

Para él, 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 (2).

#### **Conclusión**

En la Observación General 14, en el párrafo 1 del artículo 12, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se redacta lo siguiente: “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entra a libertades y derechos... por lo tanto, 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”(15).

Esto quiere decir que el Estado no se ve obligado a garantizar la salud, la obligación del Estado recae en facilitar las condiciones biológicas y socioeconómicas principales de la persona así como los recursos del Estado, esto haciendo referencia al más alto nivel de salud (15) . Dicho de otra manera, el Estado tiene la obligación de proveer lo mencionado anteriormente es decir las capacidades, esto es lo que se convierte en el bien jurídico y el sujeto de derecho es el Estado.

En este documento sostenemos que el Estado no solo esta obligado a la protección de la salud, como mencionan Sen, Nussbaum, Prah y Venkatapuram, la salud va mucho más allá del acceso a los servicios de salud (10) (11)(13).

Por el contrario, Pimentel considera de vital importancia atender a las enfermedades, más que a la creación de capacidades a través del acceso a los servicios de salud (2). Consideramos que no solo disminuye la importancia a las cuestiones de prevención y promoción a la salud, sino la privatización de los servicios de salud dejándola al libre mercado al no proponer la exigibilidad completa al Estado. Este desarrollo no tiene relación con el concepto garantista de salud.

Sostener que el acceso universal a los servicios de salud puede lograrse mediante su privatización es alimentar una postura regresiva, que se basa en una única escala de justicia. Como afirma Fraser,



las escalas de justicias son por lo menos tres. Es cierto que la justicia distributiva es importante (*qué se reparte y cuánto se reparte*), pero también es necesario definir justamente a *quién se reparte* (*¿ciudadanías territorializadas, humanidad global o comunidades en riesgo transnacionales?*), y *cómo se reparte* (*quién cuenta con representación política en la definición de los dos aspectos previos*) (6).

## Referencias

1. López, O; López S. Derecho a la Salud en México. 1ra Edició. Vol. 1, PhD Proposal. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana; 2015.
2. Gameiro IP. A SAÚDE COMO METACAPACIDADE: redefiniendo o bem jurídico. Rev QUAESTIO IURIS [Internet]. 2017 Oct 16 [cited 2018 Jun 19];10(4):2236–56. Available from: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21899>
3. Arévalo-Álvarez LE. El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos. 2da Edició. Puebla: Universidad Iberoamericana de México; 2001. 143 p.
4. Ferrajoli L. Derechos y garantías. La ley del más débil. 4ta Edició. Madrid: Trotta; 2004. 181 p.
5. Di Castro E. Los derechos económicos y sociales. Una mirada desde la filosofía. In: UNAM, editor. Derechos Sociales, democracia y justicia. Ciudad de México; 2010.
6. Fraser N. Escalas de justicia. Vol. 42, Enrahonar. 2009. 241-243 p.
7. Hefendehl R, Hirsch A von, Wohlers W, Martín Lorenzo M, Alcácer Guirao R, Ortiz de Urbina Gimeno I, et al. La teoría del bien jurídico : ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? [Internet]. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; 2016 [cited 2018 Jun 19]. Available from: <https://www.marcialpons.es/libros/la-teoria-del-bien-juridico/9788491230694/>
8. Kierszenbaum M. El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Lecciones y ensayos. 2009;(86):187–211.
9. Cardenas Gracia J. El ordenamiento jurídico. In: Introducción al estudio del derecho. Ciudad de México: Nostra Ediciones; 2009. p. 125–53.
10. Sen A. La idea de la justicia. 2010. 499 p.
11. Nussbaum MC. Capabilities as Fundamental entitlements: Sen and social justice. Fem Econ [Internet]. 2003;9(2–3):33–59. Available from: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1354570022000077926>
12. Gough I. El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas. Papeles Relac Ecosociales y Cambio Glob [Internet]. 2007;(100):177–202. Available from: <http://www.fuhem.es/ecosocial/>
13. Ruger JP. Health and social justice. Lancet (London, England) [Internet]. 2004 Sep 18 [cited 2018 Jun 19];364(9439):1075–80. Available from: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15380968>
14. Venkatapuram S, Marmot M. Health Justice An Argument from the Capabilities Approach [Internet]. John Wiley & Sons; 2013 [cited 2018 Jun 25]. Available from: [https://books.google.com.mx/books/about/Health\\_Justice.html?id=8MjuEtcqejkC&source=kp\\_cover&redir\\_esc=y](https://books.google.com.mx/books/about/Health_Justice.html?id=8MjuEtcqejkC&source=kp_cover&redir_esc=y)
15. Organización de las Naciones Unidas. Aplicación del Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y culturales. Observación general 14, el derecho a la salud [Internet]. 2000 [cited 2018 Jun 27]. Available from: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm14s.htm>