

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB.

Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia Creative Commons - Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



**El derecho a la salud en el contexto del buen vivir
La Constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la salud**

Ramiro Ávila Santamaría

Julio 2012

El derecho a la salud en el contexto del buen vivir

La Constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la salud

Ramiro Avila Santamaría¹

Sumario

Introducción. I. La constitución ecuatoriana del 2008 y la centralidad de los derechos fundamentales. II. El *sumak kawsay* y la filosofía andina. 1. La relacionalidad. 2. La correspondencia. 3. La complementariedad. III. Los paradigmas de la salud. 1. La salud como mercancía. 2. La salud integral desde la interculturalidad. IV. El derecho a la salud en la Constitución ecuatoriana. 1. Naturaleza de los derechos. 2. Los derechos del buen vivir. 3. El régimen del buen vivir. 4. Las garantías. Bibliografía.

Introducción

El derecho a la salud ha tenido nuevos desarrollos jurídicos en el Ecuador a partir de la Constitución expedida en el año 2008, también conocida como Constitución de Montecristi, por ser el lugar donde se reunió la Asamblea Constituyente.

Para comprender los avances significativos en la concepción jurídica del derecho, en primer lugar señalaremos como contexto inevitable la centralidad de los derechos en la Constitución. En segundo lugar intentaremos, a partir de lo que se ha denominado como filosofía andina, resaltar una de las innovaciones más importantes de la institucionalidad ecuatoriana: el *sumak kawsay*, que nos plantea una forma de vida distinta, un modelo de desarrollo sin duda post-capitalista y nos marca un nuevo horizonte utópico. Con este concepto, nos atrevemos, en una tercera parte, describir dos modelos para entender los paradigmas de salud. El uno, que es el dominante y actual, al que le denominaremos “la salud como mercancía” y, el otro, que tiene que ver con el modelo de salud conforme al principio del *sumak kawsay*. Finalmente, abordaremos el derecho a la salud en la Constitución de Montecristi, señalando las normas constitucionales aplicables a todos los derechos y en particular las normas relacionadas al derecho a la salud.

Este ensayo describe el derecho a la salud desde una perspectiva eminentemente jurídica. Este abordamiento entraña una limitación grande: no aborda la realización del derecho a la salud, que sin duda es harto deficitario en Ecuador. Tampoco se hace evaluación alguna de las políticas públicas después de la expedición de la constitución, ni se hace análisis de la recepción del derecho en la jurisprudencia constitucional. Por razones de espacio y tiempo estas cuestiones quedan pendientes, sin que esta omisión signifique que no sean importantes.

El ensayo pretende dar a conocer el derecho a la salud en el marco jurídico constitucional ecuatoriano, explicar las innovaciones provenientes del mundo indígena y describir el contenido de las normas constitucionales relacionadas a la salud.

¹ Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho de Columbia University (New York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Profesor de Constitucionalismo contemporáneo, Teoría General de Derechos Humanos, Sociología del Derecho, Garantismo Penal y Género y Derecho. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neonsitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2011), *La protección judicial de los derechos sociales* (junto con Christian Curtis, 2009. ravila67@gmail.com

I. La constitución ecuatoriana del 2008 y la centralidad de los derechos

La Constitución ecuatoriana del 2008 deroga la constitución de 1998. Si bien ambas constituciones tienen semejanzas, las diferencias son notables. Quizá la más importante diferencia entre las dos constituciones tiene relación con el modelo económico que establecen. En la de 1998, como afirma el historiador Paz y Miño, “la balanza se inclinó a favor de los grupos de poder, con alto perjuicio para la sociedad ecuatoriana”.² En esta época, que coincide con el famoso “consenso de Washington” al que Ecuador se suscribe -y que “avanzó a pesar y en contra de la mayoría del pueblo ecuatoriano”³ -el país privatiza muchos servicios públicos, desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales.

La Constitución de 1998 fue aprobada mediante una Asamblea Nacional, que fue “hegemonizada por los intereses y conceptos de las élites del poder”⁴ y aprobada en un cuartel militar. Aunque, hay que afirmarlo, hubo importantes avances en materia de derechos, tales como los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, entre otros, determinó que el estado es social de derecho, estableció un Tribunal Constitucional, instituyó el amparo como garantía judicial y un sistema de reforma constitucional rígido (la institución se la conoció como candado constitucional), por lo que podría considerarse un primer estado constitucional de derecho de la historia del país.

Sin embargo, todos los reconocimientos en derechos, que se consideraron un avance importante y el reconocimiento de la diversidad en el Ecuador, no tuvo su contraparte institucional. Al decir del politólogo Echeverría, “una Constitución avanzada desde la perspectiva de los derechos expresada en su parte dogmática, pero retrasada en su parte orgánica o sea en aquella que define los mecanismos concretos de realización de los derechos bajo forma de decisiones políticas, o de políticas públicas.”⁵ Además, “la Constitución de 1998 legitimó una economía excluyente... en función de la liberalización de la economía, armonizándola con la globalización de la economía mundial, para atraer y captar inversión extranjera.”⁶ El estado mínimo junto con crecientes demandas sociales, agravadas por una crisis bancaria en el año de 1999, hicieron que las promesas de los derechos de esta Constitución se incumplan y que las garantías también sean ineficaces. El Tribunal Constitucional, al final, no fue el tan deseado árbitro de la constitucionalidad y más bien, como ha sido tradición en el Ecuador, se sucedieron varios golpes de estado y los militares resolvieron las crisis políticas.

En síntesis, la Constitución de 1998 encontramos rasgos importantes que merecer ser nombrados: la constitución tiene un juez especializado de última instancia, encontramos un gran desarrollo de derechos, algunos avances en garantías, la dificultad de reformar la constitución por parte de parlamentarios y por vías ordinarias (la rigidez constitucional), la introducción del sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, el régimen económico y la parte orgánica mantuvo el modelo liberal y tradicional.

2 Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica” en *Nueva Constitución*, Revista La Tendencia, Gráficas Araujo, Quito, 2008, p. 37.

3 Franklin Ramírez Gallegos, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en *Nueva Constitución*, Revista La Tendencia, Gráficas Araujo, Quito, 2008, p. 58.

4 Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, *op. cit.*, p. 38.

5 Julio Echeverría, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Julio Echeverría y César Montúfar (editores), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Abya Yala, Quito, 2008, p. 33.

6 Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, *op. cit.*, p. 38.

En cambio, la Constitución del 2008 tiene algunas características que le hacen innovadora en relación a la derogada: (1) se propone descolonizar al Ecuador, (2) establece un modelo económico igualitarista-distribuidor, (3) mediante los derechos fundamentales se reconocen todas las posibilidades de luchas emancipadoras y (4) tiene como centro la protección de los más expuestos a los abusos tradicionales del poder: los seres humanos y la naturaleza. Precisamente estas características las encontramos tanto en el Preámbulo como en el texto de la Constitución.

(1) La Constitución del 2008 es “impensable sin el acumulado histórico de las luchas de los pueblos de América Latina”.⁷ De ahí que el Preámbulo sea un reconocimiento a esa resistencia en unos casos pasiva y otras activa: “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador... apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad... como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas formas de dominación y colonialismo...”⁸: invocación a continuar las luchas para la construcción de una organización social libre de todo poder que coloniza en todas las dimensiones.

Luego tenemos, encabezando la Constitución, la declaración de que el Ecuador es un estado plurinacional, intercultural⁹ y, a reglón seguido, diverso¹⁰, cuyo sentido será desarrollado en acápites posteriores.

Explícitamente la Constitución determina que los pueblos tienen derecho a su autodeterminación, reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los estados y la promoción de mecanismos que promuevan y protejan la diversidad, propugna el principio de ciudadanía universal que implica la progresiva eliminación de las fronteras nacionales y la relativización de la soberanía nacional como poder que oprime, controla y clasifica, condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión, promueve la conformación de un orden global multipolar y democrático y el fortalecimiento de relaciones horizontales para construir un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural...¹¹

(2) Entendemos como un modelo económico igualitarista-distribuidor, tal como lo describe Pablo Andrade, desde una posición filosófica política:

“...una posición igualitaria apoya la idea de que la voluntad ciudadana debe tener un amplio espacio en las instituciones que gobiernan la vida política... una concepción igualitaria toma en serio la necesidad de garantizar a todos los miembros de la sociedad (colectiva e individualmente) su pleno desarrollo y autonomía (esto es, no habría tal cosa como una ciudadanía política que no pueda ejercerse por falta de recursos económicos, acceso a la educación y otros servicios básicos). Finalmente, el igualitarismo es antagónico con la pretensión mayoritaria de imponer un solo modo de vida como deseable o adecuado, dejando a la decisión individual esta elección.”¹²

Un modelo igualitarista no podría existir sin serias y comprometidas políticas de distribución. Sin duda alguna, como intentaremos demostrar en el “estado de justicia”, la Constitución ecuatoriana inaugura una nueva forma de concebir la constitucionalidad,

⁷ Alberto Acosta, “Cualquier restricción a la crítica es el fin del debate público”, en Mirian Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Fundación Rosa Luxemburgo, Hominen, Quito, 2010, p. 179.

⁸ Constitución, Preámbulo.

⁹ Constitución, Art. 1.

¹⁰ Constitución, Art. 3 (2).

¹¹ Constitución, Art. 416 (1), (5), (8), (10)

¹² Pablo Andrade, “Prólogo”, en Luis Verdesoto Custode, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Flacso-Abya Yala, Quito, 2007, p. 12

los derechos, las garantías, la organización del Estado y la misma supremacía constitucional desde un modelo igualitarista, que no proscriba ni posterga las conquistas liberales en materia de derechos humanos, aunque condiciona algunos derechos como la propiedad privada y la libre empresa.

(3) Conviene aclarar que el constitucionalismo establecido en la Constitución del 2008 no se centra ni se agota con las demandas de distribución de riqueza y chances sociales. Sino que, además, se complementa con las demandas de reconocimiento, lo que implicaría el respeto y la promoción de la diferencia; por tanto, igualitarista jamás debería leerse como homogeneizador o asimilacionista. De igual modo, el modelo al que le hemos llamado, quizá de modo impreciso como igualitario, también implica la respuesta a las demandas de representación; por tanto se excluye cualquier forma de estado que se parezca a la experiencia fallida totalitaria de los socialismos del siglo XX, que lograron la distribución a costa y en desmedro de las libertades. El estado, como explícitamente lo demuestra Fraser, debe desarrollar estar tres dimensiones que deben ser adecuadamente balanceadas e integradas.¹³

Todo movimiento que luche contra la hegemonía, el control, la opresión, la inequidad, la exclusión, el desconocimiento o invisibilización, tiene armas o artificios, como llamaba Nino a los derechos¹⁴, para defenderse de los abusos de poder.

Los movimientos que luchan por la distribución, como los sindicalistas, indígenas y afro descendientes, tienen los derechos del buen vivir y los capítulos que tratan sobre el régimen del buen vivir y el régimen de desarrollo. Los movimientos que luchan por el reconocimiento, tienen en el artículo 11 (2) todas las posibilidades para comprender la igualdad y el combate a la discriminación, identificando más de veinte identidades por las que no se pueden distinguir o privar de derechos; de igual modo encontrarán derechos específicos para personas y grupos de atención prioritaria y para pueblos, como los indígenas, afro descendientes y montubios; no menos destacable, las feministas ya no tienen que invisibilizarse lingüísticamente ante la categorización de lo masculino como universal¹⁵. Los movimientos que luchan por la protección, como los garantistas o los movimientos de derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen todo un cúmulo de derechos denominados precisamente de protección. Los movimientos que luchan por la representación tienen un capítulo completo sobre derechos de participación, que no se restringe a los derechos políticos. Los movimientos antiglobalización también tienen principios, como los establecidos en el capítulo sobre las relaciones internacionales, para fundamentar su lucha. Los movimientos “libertarios” e incluso los neoliberales tienen todo un capítulo sobre las libertades, que reconocen las conquistas tradicionales del movimiento liberal del siglo XVIII. Todo movimiento, insistimos, que encuentre en las relaciones sociales y políticas formas de violación a sus derechos como individuos, colectividades, pueblos o nacionalidades, tienen los “artificios” para revertir su realidad y emanciparse.

Pero la Constitución de Montecristi no se queda, como las que le precede, en enunciar derechos sino que reconoce toda una gama de garantías por las que no existe

¹³ Nancy Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, Columbia University Press, New York, 2010, p. 115.

¹⁴ Véase Carlos Santiago Nino, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, pp 1-7.

¹⁵ La utilización del género masculino y femenino a lo largo del texto constitucional ha sido ridiculizado por algunas personas, lingüistas y por supuesto juristas, por considerar que el texto es cargado, difícil de leer, redundante y porque el Código Civil establece que cuando aparezca la palabra en masculino se entenderá todo el género humano. El lenguaje crea realidades. Visibilizar desde el texto el género femenino implica reconocer jurídicamente la existencia de más de la mitad de habitantes de este país que merecen ser nombrados.

acto público o emanación de poder, que no pueda ser prevenido, impedido o, cuando cause daño, reparado.

(4) La protección de los derechos constan como fines del estado primordiales y son los ejes constitutivos de la Constitución, que limitan y vinculan todo poder. Este aspecto central de la Constitución y se manifiesta a lo largo del texto constitucional. Es tan importante que incluso el estado se define como un “estado de derechos”.

La parte de la Constitución que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean de políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales¹⁶.

Decir que el estado ecuatoriano es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el estado y sobre la ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos en la Constitución del 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no sólo la parte de principios del estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, el régimen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas¹⁷.

Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del estado y de las relaciones sociales y políticas.

En el estado de derechos los puntos de referencia y análisis cambian profundamente. Por un lado, (1) el estado está sometido a los derechos, (2) el derecho del que de éste emana están sometidos a los derechos de las personas y las colectividades. Por otro lado, (3) el punto de referencia ya no es exclusivamente el estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnerar los derechos humanos está limitado y vinculado por los derechos. Esto es lo que Alexy llama el “efecto de irradiación”¹⁸. Todo poder, público o privado, está sometido a los derechos. Finalmente, para reforzar la idea de que los derechos están por sobre el Estado, el derecho y cualquier poder, se desarrollan de manera integral las (4) garantías.

Veamos como se manifiesta estas afirmaciones en el texto constitucional del 2008.

(1) El Estado sometido a los derechos:

1. Es deber primordial del estado garantizar el efectivo goce de los derechos¹⁹.
2. El más alto deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos²⁰.
3. La participación en todo asunto de interés público es un derecho²¹.
4. La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa no pueden atentar contra los derechos²².

16 Constitución, Título III, Capítulo primero, de las garantías normativas, Capítulo segundo, de las garantías de políticas públicas y participación ciudadana y, Capítulo tercero, garantías jurisdiccionales (Arts. 84-94)

17 Véase, sobre los derechos, un análisis global y más profundo en Marco Aparicio Wilhelm, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.

18 Robert Alexy, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, España, 1997, pp. 506-524.

19 Constitución, Art. 3 (1).

20 Constitución, Art. 11 (9).

21 Constitución, Art. 95.

22 Constitución, Art. 84.

5. La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, cuya rectoría la tiene el ejecutivo²³, garantizan derechos²⁴.
6. Los jueces y juezas administran justicia con sujeción a los derechos²⁵.
7. La función de transparencia y control social protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos²⁶.
8. La función electoral garantiza los derechos de participación política²⁷.

Toda función del estado, en suma, está vinculada y sometida a los derechos. Podríamos seguir con la enumeración y afirmar que esta relación de sometimiento a los derechos se repite en la administración pública²⁸, en el modelo de desarrollo²⁹, en el sistema económico³⁰, en la deuda externa³¹, en la formulación del presupuesto del Estado³², en el sistema financiero³³, en los sectores estratégicos, en la inversión³⁴, en la producción³⁵.

(2) El derecho sometido a los derechos: esto quiere decir, que nuestros representantes parlamentarios y todo funcionario con potestad normativa no tienen libertad para configurar la ley y otras normas jurídicas, sino que están estrechamente vinculados por los derechos. Los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio. Luego, el derecho, incluyendo a los derechos, no puede ser autónomo sino que es reflexivo y se entiende gracias al auxilio de otras ciencias.

1. En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos³⁶.
2. La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma³⁷.
3. Los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública³⁸.

(3) Todo poder sometidos a los derechos: el estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones sino cualquier ente, persona o colectividad que está en relación de poder con otra. Es lo que en la doctrina se denomina el “efecto horizontal”. Si hay una relación jurídica en la que una de las partes está en situación de sumisión o subordinación y esto genera violación de derechos, existe la posibilidad de controlar ese poder. En la Constitución se permite, con absoluta claridad, la posibilidad de plantear una acción de protección de derechos en contra de particulares, no sólo cuando actúa por delegación o aquiescencia del estado, o cuando provoca un daño a un derecho colectivo, sino en cualquier posibilidad en la que se violen derechos fundamentales.³⁹

23 Constitución, Art. 141.

24 Constitución, Art. 85.

25 Constitución, Art. 172.

26 Constitución, Art. 204.

27 Constitución, Art. 217.

28 Constitución, Art. 226.

29 Constitución, Art. 275.

30 Constitución, Art. 233.

31 Constitución, Art. 290 (2).

32 Constitución, Art. 298.

33 Constitución, Art. 358.

34 Constitución, Art. 339.

35 Constitución, Art. 319.

36 Constitución, Art. 84.

37 Constitución, Art. 424.

38 Constitución, Art. 426.

39 Constitución, Art. 88.

(4) Todo el Estado es garante de los derechos: la Constitución ecuatoriana supera la visión reduccionista de que solo las garantías son jurisdiccionales y, entre éstas, que son cautelares o residuales. La Constitución del 2008 asume que las funciones normativas, políticas y jurisdiccionales son garantías para viabilizar, promover y respetar el ejercicio de derechos de las personas. En este sentido, las garantías incluso dejan de ser un solo capítulo de la Constitución sino que se extienden a todo el texto constitucional⁴⁰. Las garantías son, según la Constitución, de tres clases: las normativas, por las que todo ente público con facultades normativas, tiene el deber de respetar y de desarrollar los derechos de la parte dogmática⁴¹, las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, por las que se debe a través de éstas también garantizar derechos y a través de la participación⁴², y las garantías jurisdiccionales, que son los mecanismos a través de los jueces para proteger integralmente los derechos⁴³. En las garantías jurisdiccionales existen algunas novedades importantes: se instaura a nivel constitucional un proceso de conocimiento que supera la limitada concepción de lo cautelar, el proceso es reparativo (y la reparación es integral, tanto material como inmaterial, de tal forma que se supera el concepto civilista de indemnizaciones y se recogen los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), y es contra cualquier persona, pública o privada, que ejerza poder (así se supera la tradicional concepción de que el Estado es el único actor que puede violar derechos). De esta manera, todos los derechos están protegidos y por todas las instancias estatales, con garantía reforzada por el poder constitucional de los jueces y juezas.

II. El *sumak kawsay* y la filosofía andina

Los avances importantes del constitucionalismo andino, tienen relación directa con lo que podría denominarse la utopía andina, y no pueden entenderse sin enunciar los principios que subyacen en el saber ancestral indígena, que Josef Esterman lo llama *Filosofía Andina*.⁴⁴ De la filosofía andina utilizaré cuatro principios con los cuales se debe entender los avances constitucionales de Ecuador y Bolivia: (1) la relacionalidad, (2) la correspondencia, (3) la complementariedad y (4) la reciprocidad.

1. La relacionalidad⁴⁵

En la lógica racional occidental, se pueden separar las categorías y distinguirse. Dentro de la lógica simbólica, por ejemplo, la base de la estructura es *p* y *no p*, que ha hecho que nuestra forma de concebir el mundo siempre sea una contraposición entre opuestos y dual: hombre y mujer, bueno y malo, positivo y negativo, blanco e indígena, animal y ser humano, espacio privado y público, urbano y rural, selva y desierto, individuo y sociedad, yo y el otro... Cada elemento tiene una sustancia particular y diferente. Para la filosofía andina, en cambio, lo importante es la relación.

“Para la filosofía andina, el individuo como tal no es nada (un no ente), es algo totalmente perdido, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones...”

40 Alberto Acosta, “El sentido de la refundación constitucional en tiempos de crisis”, en *El debate de la nueva Constitución*, La Tendencia, revista de análisis político, Quito, 2008, p.15.

41 Constitución, Art. 84.

42 Constitución, Art. 85.

43 Constitución, Art. 86-94.

44 Josef Esterman, *Filosofía Andina, Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito- Ecuador, 1998.

45 Josef Esterman, op. Cit, pp. 114-122.

Desconectarse de los nexos naturales y cósmicos (un postulado de la ilustración), significaría para el *runa* de los Andes firmar su propia sentencia de muerte...⁴⁶

Este principio tiene que ver con una concepción holística de la vida. Todo está relacionado, vinculado, conectado entre sí. Este principio puede ser enunciado de forma negativa y positiva. De la primera forma, no existe ningún ente carente de relaciones y, por tanto, todo ente es necesitado. En la forma positiva, lo que haga o deje de hacer un ente afecta a los otros. La relación no es causal sino ontológica. Esto quiere decir que lo importante no es que un ente tiene capacidad de alterar al otro sino que todos los entes “son”. No existe una relación causalista sino esencialista. El conocimiento y la vida misma son integral y no comparatamentalizada por las categorías, como lo hace la filosofía occidental.

La consecuencia de este principio es que, de acuerdo al *sumak kawsay*, los seres humanos no puede vivir aisladamente y requieren de la relación con otros seres para subsistir; tampoco tiene sentido un mundo en el que se busque ser mejor o tener más que otros, que implicaría una relación jerárquica con la consabida dominación y potencial exclusión. No tiene sentido hacer daño a otro ser humano porque también significaría hacerse daño a uno mismo y a la comunidad.

2. La correspondencia⁴⁷

El pensamiento andino implica una correlación mutua y bidireccional entre dos elementos, que se manifiesta en todo nivel y en todos los aspectos de la vida. Pongamos un ejemplo de la medicina indígena y también de la medicina homeopática: la curación y la enfermedad están estrechamente relacionadas, de hecho se considera que la enfermedad está causada por sustancias similares a ella, por ello se dice que el enfermo puede recuperarse por la dinámica de su propio organismo.

El pensamiento occidental pone énfasis, en cambio, en el principio de causalidad: dado un fenómeno se sigue un efecto inevitable. Esta reducción de la realidad, que es base de la ciencia, utiliza múltiples categorías, tales como la semejanza, la adecuación, la identidad, la diferencia, la equivalencia, la implicación, la derivación o la exclusión. El ser humano occidental tiene que encontrar una respuesta lógica y verificable entre la realidad y su explicación racional. Siempre me acuerdo de mi maestro en lógica simbólica, el filósofo Emilio Cerezo, que cuando aplicaba la lógica simbólica al análisis de textos, solía afirmar que la lógica no explica ni podrá explicar todo el fenómeno humano, que no es lógico y que escapa afortunadamente de las reglas. Las emociones, los sentimientos, la causalidad, lo inimaginable, lo imprevisto, el caos... todo sucede en la vida.

Para la filosofía andina, la explicación racional o causal es solamente una forma y no exclusiva de entender el mundo y de conocer. Si la interpretación occidental causal se la hace a través de métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos o exegéticos, la interpretación andina es, además, simbólica, ritual, celebrativa y afectiva.

Al manifestarse la correspondencia en todos los ámbitos de la vida, existe una realidad cósmica, una realidad terrenal y una infra terrenal.

“Hay una correspondencia entre lo cósmico y lo humano, lo humano y extra-humano, lo orgánico e inorgánico, la vida y la muerte, lo bueno y lo malo, lo divino y lo humano, etc. El principio de correspondencia es de validez

46 Josef Esterman, *op. cit.*, p. 98.

47 Josef Esterman, *op. cit.*, pp. 123-125.

universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética...”⁴⁸

Desde el *sumak kawsay* irrespetar a cualquier ser humano significa indefectiblemente el irrespeto a la naturaleza y a cualquiera de sus miembros.

3. La complementariedad⁴⁹

Todos los entes co-existen. Un elemento depende de todos los restantes para ser pleno o completo. Esto nos recuerda a ese clásico dibujo de la filosofía oriental que es el yin y el yan. Para ser un elemento se requiere del que se podría considerar opuesto, y dentro del opuesto, precisamente para no considerarlo de ese modo, se tiene en el centro el punto del diferente. Es decir, los elementos no son precisamente opuestos sino complementarios y armónicos. Todos los elementos “sufren” de una deficiencia ontológica. Esto me recuerda aquel principio del maestro Boaventura de Sousa Santos⁵⁰ que afirma la inexistencia de sociedades subdesarrolladas y personas ignorantes. Por el principio de complementariedad, el subdesarrollo de unos implica el desarrollo de otros y la ignorancia de unos el conocimiento de otros. Es decir, los países centrales son desarrollados en tecnología pero subdesarrollados en comunitarismo social; la ignorancia de conocimiento racional puede significar la sabiduría emocional. Mi conocimiento de la lengua española, por ejemplo, es diametralmente opuesto a mi ignorancia en el quichua.

En la racionalidad occidental, por el principio de identidad, un elemento siempre es coincidente consigo mismo y distinto a los demás. Si p es verdadero no puede ser al mismo tiempo $no p$, es decir, no puede ser falso; además p no es q . Esta lógica no se identifica con el principio de complementariedad por el que los opuestos se integran, se completan y, por tanto, se complementan. La relación sería $p \leftrightarrow no p$ y $p \leftrightarrow q$. La contradicción occidental es para los indígenas contrariedad. Si p y q son distintos, pueden coexistir como partes complementarias de una tercera entidad que los concilia y que, en estricto sentido es un *todo* que los comprende. Los opuestos están dinámicamente unidos.

“Los complementos en sentido andino no son posiciones abstractas y logomórficas, sino experiencias parciales de la realidad. Y tampoco son antagónicas en un sentido de irreconciliación racional; se requieren mutuamente, no como motor dinámico para elevarse a otro nivel, sino para complementarse en el mismo nivel...”⁵¹

En este sentido, cielo y tierra, solo y luna, claro y oscuro, verdad y falsedad, macho y hembra, naturaleza y ser humanos no pueden excluirse sino más bien complementarse necesariamente para su afirmación como entidad superior e integral.

En la lógica de derechos, entonces, sería profundamente inadecuado proteger a uno de los elementos que conforman el complemento porque generaría un desequilibrio indeseable e inadecuado. De ahí, entonces, que tenga sentido que tanto seres humanos como naturaleza gocen de igual estatus jurídico. No cabe la inequidad, la exclusión, la injusticia, la discriminación, la dominación. Este mundo pintado por la utopía andina tiene, pues, muchos elementos del socialismo utópico occidental.

48 Josef Esterman, *op. cit.*, p. 125.

49 Josef Esterman, *op. cit.*, p. 126-131.

50 Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Colombia, p. 122.

51 Josef Esterman, *op. cit.*, p. 131.

4. El principio de reciprocidad⁵²

El principio de reciprocidad es la forma práctica como interactúan los demás principios brevemente enunciados. En todo tipo de interacción, humana y no humana, cada vez que se produce un acto o fenómeno se manifiesta un acto recíproco como una contribución complementaria. Toda actuación humana tiene trascendencia cósmica y forma parte de un orden universal. Esta forma de ver el mundo no tiene sentido para el pensamiento occidental que es profundamente individualista y que promueve, por el contrario, la autonomía de la voluntad y la libertad para tomar decisiones.

Los actos de los seres humanos, al igual que los de la naturaleza, se condicionan mutuamente, “de tal manera que el esfuerzo o la inversión en una acción por un actor será recompensado por un esfuerzo o una inversión de la misma magnitud por el receptor.”⁵³ De ahí se desprende, por ejemplo, que el trueque tenga mucho sentido en las relaciones económicas entre personas.

La base de la reciprocidad es lo que Esterman denomina “justicia cósmica”, que aglutinaría todas nuestras formas compartimentalizadas de entender la justicia (económica, judicial, social...). Por ello, la base de toda relación es el orden cósmico. Un acto indebido puede alterar el orden global.

“El equilibrio cósmico (armonía) requiere de la reciprocidad de las acciones y la complementariedad de los actores. Esto no quiere decir que los *relata* de una relación recíproca siempre sean equi-valentes y con-naturales, sino que a la iniciativa de un *relatum* corresponde una reacción complementaria de otro *relatum*. Una relación (unilateral) en la que una parte sólo da o sólo es activa, y la otra únicamente recibe o es pasiva, para el *runa* andino no es imaginable ni posible.”⁵⁴

El principio de reciprocidad se lo puede apreciar, vivir y aplicar en cualquier campo de la vida, desde lo cotidiano y aparentemente personal hasta lo trascendente y cósmico. Del principio de reciprocidad se deriva, en la teoría de los derechos humanos, la idea de valor y respeto. Lo que se tiene que cuidar, proteger y promover tiene que ser protegido por el derecho, que es una noción abstracta que genera vínculos y límites al accionar humano. Si la naturaleza es recíproca con el ser humano y viceversa, conviene preservar esa interrelación a través de la noción de derecho. Descuidar, desproteger y dañar la naturaleza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidad. Además, si las relaciones son recíprocas, existe pues una razón más para poder aplicar la noción de igualdad y por tanto de no discriminar a una de las partes en relaciones equivalentes. La categoría de derecho fundamental es una especie de antídoto⁵⁵ que neutraliza lo patético que puede ser el uso indiscriminado de la naturaleza.

Como se puede desprender de este acápite y contrastando con los anteriores, la filosofía andina no parte desde la concepción de que el ser humano es el único y exclusivo receptor de los beneficios del discurso de derechos. Al contrario, la lógica andina no considera y, por tanto, en la fundamentación se descarta el antropocentrismo. Gudynas ha denominado al nuevo paradigma como “biocéntrico” por oposición al dominante en el derecho.⁵⁶

52 Josef Esterman, *op. cit.*, p. 131-135.

53 Josef Esterman, *op. cit.*, p. 132.

54 Josef Esterman, *op. cit.*, p. 134.

55 Carlos Santiago Nino, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, p 4.

56 Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009, pp. 39, 58, 63, 65.

III. Los paradigmas de la salud

Se pueden distinguir dos grandes paradigmas en relación a la salud y en esta parte seguiré, en gran medida, la línea de pensamiento e investigación de Jaime Breilh⁵⁷, advirtiendo previamente que siempre los modelos teóricos no se encuentran en la realidad tal como se los describe. La realidad siempre es más dinámica, diversa, compleja e inamoldable. Estos modelos les podríamos llamar (1) la salud como mercancía y (2) la salud integral desde la interculturalidad.

1. La salud como mercancía

La salud como mercancía es exactamente el modelo dominante, propio de un sistema basado en el capital, la competencia y el mercado. En este modelo, la finalidad es la búsqueda del lucro y la productividad. El actor fundamental, que marca lo que es la salud y la forma de obtenerla, son las grandes empresas farmacéuticas.

La concepción de la salud es reduccionista y aislada. La salud puede, como todo en el pensamiento dominante occidental, ser analizada de forma autónoma y desligada de otras ciencias, de los seres y hasta de la vida misma. La salud es concebida como la ausencia de enfermedad y, cuando se está en ese estado, como la superación de la enfermedad. La enfermedad es algo malo, negativo, que debe ser evitado o la persona debe ser curada. La salud se reduce a la enfermedad del ser humano y esto, en palabras de Breilh es un “sesgo antropocéntrico”.⁵⁸

Además, la salud es como todo en el capitalismo un asunto individual. El individuo enfermo no tiene cultura ni historia. Tampoco tiene versión que importe, basta hacerle exámenes y el cuerpo hablará por él.

Los médicos son los expertos que tienen la capacidad y el conocimiento exclusivo de poder atender la enfermedad. Cualquier abordamiento distinto al que pregonan los manuales y los vademécum oficiales de la medicina occidental, simplemente no es ciencia, no es empíricamente verificable y no es útil. Desde la percepción de una persona que ha estudiado muchos años en la facultad de medicina, el conocimiento alternativo es simplemente curandería o demostraciones de irracionalidad.

La solución a la enfermedad es la intervención violenta mediante sustancias ajenas a la persona enferma (medicina) o mediante intervención en el cuerpo (operación). El enfermo, a fin de cuentas, es un objeto a ser observado, vigilado, intervenido y curado.

La medicina, además, tiene un costo y es caro. Por un lado, tenemos el negocio de las aseguradoras privadas de la salud, que viven gracias al colapso de los servicios públicos de salud, al que contribuyen a deteriorar; por otro lado, tenemos los médicos, las clínicas y hospitales que intervienen sólo si sus servicios son pagados. En este contexto, hay mucha gente que no podrá acceder a los servicios de salud porque son caros, lejanos o incomprensibles.

El ejemplo por excelencia de este modelo es el norteamericano. Estados Unidos, a propósito de una propuesta de presidente Obama para reformar el sistema de salud⁵⁹,

⁵⁷ Jaime Breilh, “La epidemiología crítica y una nueva forma de mirar la salud en el espacio urbano”, conferencia dictada en las VI Jornadas Epidemiológicas distritales, Alcaldía Mayor de Bogotá y Secretaría Distrital de la Salud, 28 de Octubre de 2009.

⁵⁸ Jaime Breilh, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁹ New York Times, “Obama fifth news conference” (transcript), 22 de julio 2009, Internet, http://www.nytimes.com/2009/07/22/us/politics/22obama.transcript.html?_r=1, Acceso: 23 julio 2009.

debatíó sobre el problema de la salud pública. Obama afirmó que 47 millones de personas que viven en los Estados Unidos no tienen cobertura alguna en salud, que 14.000 personas, por lo elevado de los costos de cobertura de salud privada, dejan de tener protección diariamente, que los seguros privados, cuando la enfermedad es grave y costosa, no cubren los gastos necesarios, como tampoco cubren los gastos de salud preventiva⁶⁰.

En este modelo podría haber una lectura simplista de los derechos humanos. Podría, por ejemplo, cuantificarse la inversión pública en salud, el número de camas por ciudadanos, el número de médicos por enfermos, el número de hospitales, el número de vacunas y también el porcentaje o la relación por mil del número de muertos. Como los enfermos, los muertos y los médicos son sólo números, el sistema tiene a insensibilizar a las personas.

Otra característica es que la medicina interviene con el síntoma y con la enfermedad. Es decir, llega tarde y de forma prepotente. Es como atender la fruta podrida y obviar al árbol o al suelo de donde proviene el fruto. Entonces, le arranca, le mira, le parte, le cose, y más destrozada aún, le vuelve a colgar en el árbol podrido o simplemente le arroja a la basura.

Esta forma de mirar la salud es parte del problema de las sociedades contemporáneas, al que hay que sumar la destrucción del mundo por el extractivismo, que es la explotación intensiva de los recursos naturales, la contaminación, la violencia, la exclusión y, en suma, la colonización de todos los espacios de la vida y de la vida misma.

Urge el cambio de paradigma.

2. La salud integral desde la interculturalidad

La salud integral e intercultural demanda un modelo de sociedad y de organización horizontal y solidaria. La finalidad en otro modelo es la vida plena y armónica. El mercado, la medicina, los médicos y su saber son medios para realizar la vida en plenitud. El actor fundamental es el individuo que es miembro de una comunidad o colectividad, y no las farmacéuticas o los médicos profesionales.

La concepción de la salud es compleja y complementaria. Existe una especie de ecología del ser, en la que existe un intercambio dinámico entre la naturaleza, los seres humanos y la colectividad. El intercambio y la actividad humana se orientan a la expansión de potencialidades de los seres y los colectivos y al cuidado de la vida. Nada más lejos que la privatización de los servicios y de las formas de atender las necesidades de la vida.

El ser humano sano es también un ser que lleva consigo lo que occidente considera enfermedad. Mejor dicho, la enfermedad no es algo malo o fatal, es simplemente el ser y su circunstancia. La palabra y el concepto enfermedad pierden su carga negativa. El cuerpo convive con la enfermedad y la ésta puede ser una razón para vivir paradójicamente mejor.

Obama sostiene que de los impuestos pagados, las dos terceras partes se van en cubrir los gastos de la salud privada y que esto hace que la salud sea la más cara y no necesariamente la mejor en comparación con muchos países, que con menos dinero tienen más calidad. Los impuestos, en suma, no están rindiendo de forma adecuada.

⁶⁰ El problema de salud, desde otra perspectiva, ha sido analizado por Michael Moore, en su documental Sicko, que concuerda con el diagnóstico realizado por el Presidente. Sobre más testimonios con relación a lo denunciado por Moore en cuanto a las deficiencias del sistema de salud, véase <http://www.michaelmoore.com/sicko/blog/>. Acceso: 23 julio 2009.

La salud, en este modelo, es siempre comunitaria y el saber de la salud está en todos los miembros y se transmite de forma espontánea. No hay que ir a una universidad para saber cómo alimentarse y qué agua medicinal tomar. El individuo que experimenta dolor lo hace en un contexto histórico y social. No se puede, por ejemplo, dejar de lado la historia de vida, la relación comunitaria, el espacio físico, la condición de la naturaleza, la organización social, las formas de subsistencia, los hábitos y, en suma, la cultura.

Quizá uno de los pocos libros que se han publicado sobre la salud desde la cosmovisión indígena, y que es indispensable para entender la dimensión de este derecho en la lógica del *sumak kawsay*, ha sido escrito por Patricio Guerreño y Luis Herrera Montero. Según estos investigadores, “las búsquedas de respuestas para enfrentar los problemas de salud-enfermedad presentes en todas las sociedades, implicaron la necesidad de construir una mirada del cosmos, de la naturaleza y la vida, que se explica más desde profundos contenidos simbólicos, rituales y sociales, que ha mostrado su eficacia y eficiencia a lo largo de la historia.”⁶¹ Me permito transcribir “voces indígenas” que me parece sintetizan los paradigmas anotados:

Nuestra medicina es distinta porque tíos, tías y abuelas vienen practicándola desde hace mucho tiempo, quinientos, seiscientos años atrás. Nuestros medicamentos, nuestras plantas, el agua, son emanadas de la tierra. Esto tiene nuestros poderes. Los doctores indican pastillas, medicación, esos son drogas. Lo que nosotros damos no es calmante. Es más natural. Para nosotros estas plantas son verdaderamente curativas. (Juan José Cuyo).

Somos yachaks, curanderos. El sabio es el que tiene la sabiduría y también tiene el espíritu, el corazón, la Pachamama y la cosmovisión andina están relacionados. Desde quinientos años de resistencia los abuelos eran curanderos, parteras, sobadores, todos. (Luis Cuyo)

El conocimiento, el buen vivir es la congruencia entre lo que pensamos, sentimos, decimos y hacemos. Para tener un buen pensamiento hay que estar bien de salud. Somos seres integrales. El conocimiento es lo que nosotros tenemos en relación al medio, las personas, la vida misma. Son capacidades que tenemos como personas, capacidad para hacer algo por el prójimo, con la naturaleza. Salud y enfermedad no sólo se ve la parte corporal, hay parte espiritual, lo que está detrás, la energía para vivir, conversar. El ser integral es cuerpo, espíritu, alma, emociones... La parte emocional tiene directa parte con las enfermedades. La medicina ancestral es integral.⁶²

Existe una tendencia marcada a la prevención. La solución a los problemas que causan dolor, no se interrumpen con la intervención inmediata y violenta de un cuerpo extraño, sino que toman tiempo, son procesos. El enfermo es un sujeto que siente y tiene voz. No se puede abordar el dolor sin preguntarle y sin conocer el contexto.

La salud, como todo derecho fundamental, no tiene costo y debe ser accesible a cualquier persona. No está condicionada a tener dinero o a la existencia de médicos profesionales.

En este modelo, los derechos deben ser entendidos de forma crítica e intercultural. De forma crítica en el sentido que si los derechos no sirven para liberar o emancipar, no sirven simplemente. De forma intercultural porque el derecho a la salud implica que la vida plena puede realizarse de muchas formas y no necesariamente desde

⁶¹ Patricio Guerrero Arias y Luis Herrera Montero, *Por los senderos del yachak. Espiritualidad y sabiduría en la medicina andina*, Quito, Abya Yala-Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2011, p. 21.

⁶² Patricio Guerrero Arias y Luis Herrera Montero, *op. cit.*, p. 22-23.

el saber y la comprensión occidental. Al decir de Breihl, lo intercultural “como ruptura respecto a las visiones unilaterales y eurocéntricas que discriminan y empobrecen”.⁶³

La salud tiene relación con la justicia social. Como afirma Raúl Mideros, “una cosa es sentirse sano y disponer de condiciones par la vida y otra es recibir medicinas para una determinada enfermedad. Porque tener atención médica gratuita en nada cambia las condiciones de inequidad y tampoco las estructuras de la injusticia social, ya que la salud no es producto de la atención médica.”⁶⁴

Para esta forma de ver la salud, las condiciones sociales, ambientales e históricas son tremendamente importantes. La exclusión, la contaminación y degradación ambiental, la violencia y la pobreza son factores que inciden de forma determinante en el goce o no del derecho a la salud.

En este punto, volvamos y terminemos con la idea del *sumak kawsay*.

El buen vivir es una idea potente, una de esas ideas que son indispensables en épocas de informalidad y transformación social para orientar la lucha de las colectividades. Es así, por que, si el sistema social imperante nos ha impuesto un mal modo de vivir, un modo de vivir injusto, un modo de vivir malsano, culturalmente discriminador, un modo de vivir destructivo para la naturaleza, tenemos que anteponerle, y el elevar a la categoría de principio rector de la lucha y de la convivencia social, tenemos que impulsar la multiplicación de modos de vivir económicamente equitativos, saludables, interculturales, ecológicamente sustentables; en suma un modo de vivir en proceso de emancipación.

La noción de buen vivir tiene un firme asidero actual en la cosmovisión indígena expresada en el concepto de *sumak kawsay*. *Sumak* es la noción de que junta el sentido de lo bueno, de lo placentero, de lo protector de lo bello y agradable, mientras que *kawsay* se refiere a lo colectivo, a vivir en comunidad.⁶⁵

IV. El derecho a la salud en la Constitución ecuatoriana

El derecho a la salud no puede se analizado solamente desde el articulado que lo reconoce. Conviene interpretarlo contextualmente. En primer lugar, haremos breves referencias a (1) la naturaleza de los derechos, (2) a los derechos del buen vivir, (3) al régimen del buen vivir y (4) a las garantías.

1. La naturaleza de los derechos

La Constitución ecuatoriana recoge la doctrina más avanzada en derechos, y que de alguna manera consta ya en la Declaración de Viena (1993) sobre los derechos humanos. El Art. 10 y el Art. 11 establecen un marco general aplicable a todos los derechos fundamentales, que podríamos resumirlo esquemática de la siguiente manera:

- Los titulares de todos los derechos fundamentales son las personas, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades, los colectivos y la naturaleza.
- Los derechos pueden ejercerse y exigirse de forma individual y colectiva.
- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos.
- Esta prohibida la discriminación por cualquier distinción que menoscabe derechos.

⁶³ Jaime Breilh, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴ Raúl Mideros Morales, “Transformar la salud para caminar hacia el Buen Vivir”, en Carmen Gangotena (compiladora), *Aportes para la interculturalidad en la salud*, Quito, UASB-E, FENOCIN, IESS, 2012, p. 79.

⁶⁵ Jaime Breilh, *op. cit.*, p. 20.

- Los derechos sin directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez o autoridad pública.
- No se pueden exigir condiciones para ejercer derechos.
- Todos los derechos son plenamente justiciables.
- Ninguna norma podrá restringir los derechos y garantías.
- Se debe interpretar los derechos de la manera más favorable a su realización.
- Los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
- Los derechos se encuentran en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos (convenios y declaraciones) y en los derivados de la dignidad que no estén escritos.
- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva.
- Se prohíbe toda acción u omisión que sea regresiva en relación a los derechos.
- El más alto deber del estado es promover, respetar y garantizar los derechos.
- Cuando exista violación de derechos, se reparará integralmente a la víctima.
- El estado repetirá en contra de la persona que hubiere provocado la violación de derechos.

Estos principios y normas constitucionales abarcan toda la teoría de los derechos humanos y establecen un marco general para su conocimiento, interpretación y aplicación. Todos y cada uno de los derechos deben ser leídos a la luz de esta normativa.

2. Los derechos del buen vivir

La Constitución ecuatoriana no utiliza la división tradicional de los derechos, que ha sido perniciosa para comprender su naturaleza y su exigibilidad. Se ha reconocido que la división por generaciones (primera, segunda y tercera) no corresponde a la historia y evolución de los derechos en contextos no europeos. Por ejemplo, podríamos afirmar que los derechos colectivos fueron, en el mundo prehispánico, los primeros en reconocerse y exigirse; mientras que en Europa fueron los últimos. Por otro lado, la clasificación también clásica de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos, tienen algunos problemas conceptuales y prácticos. En primer lugar, esta clasificación, reforzada por la creación de dos tipos de pactos internacionales e interamericanos (los civiles y políticos por un lado, y los económicos sociales y culturales por otro), determinó que unos derechos sean directamente exigibles judicialmente y otros de realización progresiva en función de los recursos. En la práctica esto quiso decir que hay derechos con protección privilegiada y otros derechos sin protección. Además, la denominación derechos colectivos, para los considerados de cuarta generación, es imprecisa porque confunde contenido con titularidad. Según la Constitución, hay derechos de libertad que pueden ser exigidos colectivamente y hay derechos “colectivos” que pueden ser exigidos individualmente.

Por estas razones, la Constitución de Montecristi abandonó esta clasificación y adoptó la siguiente: derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (adultas y adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras), derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección.

2. Los derechos del buen vivir

Los derechos del buen vivir son, de acuerdo con la Constitución: el derecho al agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y el derecho a la seguridad social.

El derecho a la salud se encuentra, pues, en el capítulo de derechos del Buen Vivir. En la Constitución ecuatoriana no se los denomina derechos sociales aunque pueden ser identificados de esta forma, pero se debe entender el contenido del derecho de forma intercultural. Esta nueva agrupación implica inevitablemente una remisión a la filosofía andina y a la noción indígena de *sumak kawsay* a la que hemos hecho referencia.

El derecho a la salud se encuentra reconocido en el Art. 32 de la Constitución y tiene los siguientes componentes:

- La realización del derecho a la salud se vincula al ejercicio de otros derechos, entre los que se menciona el agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.
- La salud debe ser entendida de forma integral. Se destaca la salud sexual y reproductiva.
- Se establecen los principios que deben regir los servicios de salud, tanto públicos como privados: equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución, bioética, con enfoque de género y generacional.

Esto quiere decir que nos encontramos en un modelo de salud no capitalista y, como los hemos denominado, de salud integral.

3. El régimen del buen vivir

La Constitución establece un sistema nacional de inclusión y equidad para asegurar el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución. El sistema es un conjunto articulado y coordinado de instituciones, políticas, normas, programas y servicios (Art. 340).

El sistema debe guiarse por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y debe funcionar bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación.

El sistema está compuesto por varios ámbitos, que son el educativo, el de salud, de seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia, tecnología, población, seguridad humana y transporte.

El ámbito de salud (Arts. 358-366) es un subsistema del nacional, que tiene las siguientes normas y principios:

- La finalidad es desarrollar, proteger y recuperar las capacidades y potencialidades para la vida saludable e integral.
- La salud debe tener un enfoque individual y colectivo, la diversidad social y cultural, de género e intergeneracional.
- El sistema debe guiarse por los principios generales y además por los de bioética, suficiencia e intercultural.
- Comprende instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud.

- Abarca todas las dimensiones del derecho a la salud: promoción, prevención y atención integral.
- Promueve la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas.
- Debe articularse, coordinadamente, en red pública integral de salud.
- El estado ejercer la rectoría de las políticas públicas.
- La atención de salud debe ser un servicio público brindado por instituciones públicas, privadas y comunitarias.
- Los servicios públicos serán universales, gratuitos, seguros, cálidos y con calidad.
- El estado es responsable de formular políticas públicas, universalizar la atención, mejorar y ampliar la cobertura, fortalecer los servicios estatales, garantizar prácticas de salud ancestral y alternativa, brindar cuidado especializado a grupos de atención prioritaria, asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, asegurar salud integral de mujeres, garantizar disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, desarrollar programas para prevenir y controlar adicciones, no criminalizar a las personas consumidoras.
- El estado debe financiar de forma oportuna, regular y suficiente la promoción y protección del derecho a la salud.

La norma que establece el derecho a la salud debe ser leído en conjunto con lo establecido en el Régimen del Buen Vivir, y que brevemente hemos descrito en este apartado.

4. Las garantías

La Constitución de Ecuador del 2008 le da al tema de las garantías una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial. Existen dos clasificaciones de las garantías. La una en función de los poderes del Estado y la otra en relación a los derechos y al rol de la justicia constitucional. En relación a la primera, las garantías son de tres tipos: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. Por las garantías normativas (Art. 84), cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los consejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligado a adecuar esa norma a la Constitución y desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los derechos; por las garantías políticas (Art. 85), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos; finalmente, por las garantías jurisdiccionales (Art. 86-94), los jueces controlan que los actos públicos no violen derechos. No existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido. En estos sentidos, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (Art. 11.9) cobra sentido.

Las garantías jurisdiccionales, a su vez, se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección”, las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina “hábeas corpus”, las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de cumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina “acción

extraordinaria de protección”. Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldría al tradicional amparo.

Las garantías también proceden, de acuerdo con la Constitución ecuatoriana, contra personas particulares, cuando la persona afectada “se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación” (Art. 88). Esto quiere decir que la Constitución rompe con la tradicional concepción que sólo el estado podía violar derechos, para pasar a la concepción que cualquier persona o colectividad, pública o privada, que esté en relación de poder, podría ser demandada por violación de derechos.

El derecho a la salud, en consecuencia, está garantizado completamente por el estado. En cuanto a las normas, el legislador y cualquier otra autoridad con competencia normativa tiene el deber de desarrollar y no restringir el derecho a la salud. En cuanto a las políticas públicas, la administración pública sólo podrá realizar programas, planes y proyectos encaminados a promover y proteger la salud y, finalmente, si es que las leyes son inconstitucionales por violar el derecho a la salud o los actos administrativos o las políticas públicas violan el derecho a la salud, se puede demandar ante un juez su corrección y la reparación del daño si lo hubiere.

Pensemos en ejemplos que podrían ser justiciables en Ecuador. En relación a un daño concreto, se podría demandar la falta de atención de emergencia en un hospital privado que requiera prueba de solvencia económica; en relación a una política pública, se podría plantear una acción de protección por una política pública que sea discriminatoria o una acción por omisión si es que no hay políticas para evitar la mortalidad infantil; en relación al buen vivir, si es que el estado obliga a realizarse exámenes médicos en un centro de salud, cuando las personas practican formas indígenas de atenderse, habría la posibilidad también de utilizar una garantía constitucional para evitar la inconstitucional intromisión del estado.

En suma, cualquier actividad que afecte a una persona o colectividad podría ser impugnada ante un juez con competencia constitucional. Todo derecho contra todo poder puede ser impugnado, corregido y, si ha provocado daño, reparado integralmente.

Bibliografía

- Acosta, Alberto, “Cualquier restricción a la crítica es el fin del debate público”, en Mirian Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo, Hominen, 2010.
- _____, “El sentido de la refundación constitucional en tiempos de crisis”, en *El debate de la nueva Constitución*, Quito, La Tendencia, revista de análisis político, 2008.
- Alexy, Robert, “Efecto en terceros o efecto horizontal”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios constitucionales, 1997.
- Andrade, Pablo, “Prólogo”, en Luis Verdesoto Custode, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Quito, Flacso-Abya Yala, 2007.
- Aparicio Wilhelm, Marco, “Los derechos en la nueva Constitución del Ecuador: herramientas para una sociedad inclusiva”, en Ramiro Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales, la constitución ecuatoriana del 2008*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Tribunal Constitucional, 2008.
- Breihl, Jaime, “La epidemiología crítica y una nueva forma de mirar la salud en el espacio urbano”, conferencia dictada en las VI Jornadas Epidemiológicas distritales, Alcaldía Mayor de Bogotá y Secretaría Distrital de la Salud, 28 de Octubre de 2009.

- Echeverría, Julio, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Julio Echeverría y César Montúfar (editores), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Quito, Abya Yala, 2008.
- Esterman, Josef, *Filosofía Andina, Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito- Ecuador, Abya Yala, 1998.
- Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, New York, Columbia University Press, 2010.
- Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Guerrero Arias, Patricio y Herrera Montero, Luis, *Por los senderos del yachak. Espiritualidad y sabiduría en la medicina andina*, Quito, Abya Yala-Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2011.
- Mideros Morales, Raúl, “Transformar la salud para caminar hacia el Buen Vivir”, en Carmen Gangotena (compiladora), *Aportes para la interculturalidad en la salud*, Quito, UASB-E, FENOCIN, IESS, 2012.
- Nino, Carlos Santiago, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Argentina, Editorial Astrea, 2da. Edición, 2005.
- Paz y Miño, Juan J. Cepeda y Diego Pazmiño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica” en *Nueva Constitución*, Quito, Revista La Tendencia, Gráficas Araujo, 2008.
- Ramírez Gallegos, Franklin, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en *Nueva Constitución*, Quito, Revista La Tendencia, Gráficas Araujo, 2008.
- Santos, Boaventura de Sousa, *De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Colombia.