

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 de créditos-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



Hacia un nuevo paradigma de los derechos humanos y la salud

Jaime Breilh

2010



COMISIÓN ECUMÉNICA DE DERECHOS HUMANOS

DERECHOS

del Pueblo

176 // abril 2010



El buen vivir
es **SALUD**

HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SALUD

Jaime Breilh

Jaime Breilh, Md. MSc. PhD. Médico, investigador, director del área de salud de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; jbreilh@uasb.edu.ec

Hace varias semanas resonó en los medios la noticia de la suscripción por el presidente de los Estados Unidos del proyecto de reforma en salud para dicho país. El mensaje central de los informativos era el que el Presidente Obama estaba consumando un éxito histórico para el derecho a la salud.

Es verdad que si tomamos como referencia el vergonzoso rezago del sistema de salud en la nación más poderosa de la Tierra, esa reforma constituye un paliativo real, una ampliación de cobertura aunque ceñida a las empresas de seguros y a los proveedores privados. Pero si miramos el asunto desde una óptica más informada y cuidadosa, y comparamos la propuesta citada con los sistemas de salud de Europa del Norte, por ejemplo, ahí se torna evidente que el brillo de esa noticia esconde una grave derrota del derecho a la salud en la sociedad de mercado, y el grado de desinformación que se teje alrededor de esa temática.

En la mayoría de sociedades donde el sistema capitalista ha mercantilizado aun los derechos fundamentales como la salud, se impone la lógica del llamado *modelo biomédico*. Desde esa óptica, el problema de la salud se reduce al fenómeno de la enfermedad en el nivel individual (daño biológico, malestar psicológico y pérdida de actividad). Se atiende preponderantemente bajo procedimientos curativos y se propende a que esa terapéutica individual opere como una mercancía, ligada a la práctica privada e industrias de medicamentos e insumos.

En el marco de esa lógica tan alejada de la realidad y del interés colectivo, es imposible avanzar en el derecho a la salud. Tiene que partirse de un nuevo paradigma sobre la salud y del derecho, para construir una visión renovada y eficaz.

El problema de la salud no se reduce a los fenómenos terminales de la enfermedad, ni a la dimensión meramente individual. La salud es un proceso complejo, multidimensional, que exige enfocar los procesos sociales que generan o determinan las condiciones de salud. Este giro no es sólo importante para revolucionar el sistema de salud y romper el cerco de un asistencialismo



Derecho a una vida saludable

Foto: Winy Flores Herrera

pasivo, sino que es un requisito *sine qua non* para ampliar y profundizar la cobertura del derecho.

En términos jurídicos, lo anterior implica algunas tareas urgentes que deben impulsar los luchadores por el derecho pleno a la salud: abrir al paraguas del derecho a un conjunto de obligaciones positivas y negativas que deben cumplirse; redefinir los bienes que deben tutelarse; y, de ese modo, ampliar el campo de la justicia-bilidad.

La lucha social del pueblo ecuatoriano logró incorporar en el proceso constituyente el debate sobre este cambio de paradigma, inscribiendo en la nueva constitución una mirada del derecho a la salud que abarca mucho más que el derecho a los bienes que hacen factible una atención curativa adecuada. Abarca fundamentalmente el derecho a una *vida saludable*, lo cual depende directamente de la vigencia de otros derechos fundamentales del buen vivir y cuya viabilidad depende de la capa-

cidad de un país para organizarse como una sociedad sustentable y solidaria.

El principio rector y soporte fundamental de la construcción del derecho integral a la salud, así como de la redefinición de la ética de la salud, es lo que hemos definido como las tres "S" de una sociedad para la vida, que debe ser: soberanamente sustentable, solidaria y saludable.

La determinación social de la salud como fundamento interpretativo del derecho

La ruptura más notable con el modelo biomédico que hemos esbozado, con su énfasis en lo privado individual, se logró cuando la ciencia de la epidemiología dejó de ser un apéndice cuantificador de casos individuales, adosada a la lógica clínica y a la visión causalista de la vieja salud pública, desde la cual los trastornos se miran como meros productos empíricos de factores aislados, que no se contextualizan, ni explican históricamente.

La nueva epidemiología crítica, comprendió que si bien existen los fenómenos individuales de salud, que se observan, explican y atienden en las personas y familias, en cambio, la determinación fundamental de las condiciones y tendencias masivas de la salud se dan en el orden colectivo.

De ese razonamiento se desprende la necesidad de comprender de qué forma inciden los procesos del *orden general* (totalidad social de la estructura económica, de las relaciones políticas y culturales dominantes y de ese gran "metabolismo" que los modelos productivos establecen con la naturaleza), sobre los procesos del *orden particular*. Aquellos corresponden a los modos de vivir, saludables o malsanos de las clases sociales entrecruzadas con relaciones etno-culturales y de género, y los procesos del *orden individual*, con sus fenómenos biológicos y psicológicos.

Es imposible construir una mirada emancipadora e integral del derecho a la salud focalizando la justiciabilidad en el plano único biomédico que solo abarca, en el mejor de los casos, las obligaciones jurídicas que corresponden al orden individual, descuidando las obligaciones que emanan de los órdenes particular y general.

Bien poco avanzaríamos, si por ejemplo, conquistamos el derecho a una atención curativa universal de aceptable calidad, cuando por otro lado persisten o se multiplican los procesos productivos de gran escala que destruyen los ecosistemas y la sustentabilidad. O si predomina un modelo económico que siga acelerando la concentración y monopolización de la riqueza, destruyendo toda base solidaria de la construcción social y agravando la desigualdad entre clases sociales.

La nueva constitución es un piso potencial para la expansión de la justiciabilidad en salud. Sin embargo, hasta hoy va quedando como un referente apenas teórico -como letra muerta- porque las leyes orgánicas, tanto las existentes como las que se están debatiendo



Foto: Rodrigo Zanata

en la Asamblea Nacional y las políticas que se están implementando están divorciándose de los preceptos constitucionales. No de manera explícita sino por un discurso deliberadamente ambiguo que surge debido a una falente comprensión del derecho por parte de los asambleístas, o como resultado de maniobras de infiltración de cláusulas "antídoto", que van desbancando la exigibilidad, desfigurando los articulados que debían proteger los DESC y permitiendo más bien la persistencia de una lógica ligada a los intereses privados empresariales.

En el nivel del derecho internacional las ambigüedades y debilidades jurídicas no son menores. El propio *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, por un lado recoge en su artículo 12 y sobre todo en la Observación General 14 (OG14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la idea de apertura del derecho en salud más allá de la atención médica en casos de enfermedad, para abarcar "una amplia gama de factores socioeconómicos que promueve las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana. De ese modo, hace extensivo ese derecho a los llamados "factores determinantes básicos de la salud", como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable, así como a las condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano".

Sin embargo, esos enunciados que parecerían abrir una nueva y promisoriosa lógica jurídica, se tornan auto limitantes porque se reducen a la contención de efectos en una visión lineal y fragmentaria, sin enfocar el derecho hacia los procesos estructurales. Cometen de ese modo el mismo error de las propuestas y documentos de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la OMS (Organización Mundial de la



Foto: Winy Flores Herrera

Salud), que no hacen sino ampliar la visión lineal del causalismo, "en lugar de desarrollar un cuerpo conceptual y metodológico que permita entender la determinación social y construir las relaciones histórico sociales y procesos estructurales que entran en movimiento para determinar la salud. Se disuelven esos procesos estructurales en la forma de factores, o "determinantes sociales de la salud"..."²

De esta manera se torna imposible construir la plena justiciabilidad sobre los procesos de la acumulación económica, de la estructura política y cultural que son los que generan dichos efectos o mediaciones —como la pobreza, los problemas nutricionales, los patrones malsanos de trabajo, etc.— y destruyen las posibilidades de la salud.

El *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*³, da un paso interesante, a su vez, frente a la exigibilidad, pues de aplicarse facilitará la presentación de comunicaciones de los afectados por violación a los DESC. Su potencialidad, sin embargo, podría verse limitada por las deficiencias del documento madre que hemos anotado.

Hacia la construcción de una exigibilidad real en salud

Nuestro cuerpo jurídico contiene un amplio conjunto de exclusiones y disculpas que disuelven, de hecho, la exigibilidad e impiden la justiciabilidad en salud.

El expediente de impunidad que se acumuló sobre un creciente número de casos de colectividades afectadas en sus derechos de salud pone al desnudo no sólo la incoherencia de las normas y mecanismos de la ley ecuatoriana frente a la protección de la vida en la naturaleza y la salud, sino la lamentable persistencia de justificaciones para tal impunidad: falta de recursos y fondos públicos; limitaciones técnicas para la construcción de

pruebas; debilidad o ausencia de recursos técnicos para la investigación y el monitoreo.

Un eje fundamental de reafirmación de la exigibilidad es la vigencia del principio de precaución⁴. Hemos logrado que dicho principio conste en el artículo N°32 de nuestra constitución (sección séptima: salud). Es una herramienta legal importante que debería consolidarse y desplegarse en los articulados de múltiples leyes orgánicas como las relaciona-

das con la salud, el ambiente, el trabajo, la agroindustria, la minería, etc.

La garantía mayor del derecho es la movilización organizada, conciente e informada de las colectividades potencial o efectivamente afectadas. Esto hace parte de las condiciones objetivas y subjetivas de la justiciabilidad.⁵ Y en esta dirección el texto constitucional contiene elementos para evitar que desde el poder se criminalice la lucha por el derecho a la salud.

En resumidas cuentas la vigencia real del derecho a la salud, y el impulso correspondiente de la justiciabilidad y la exigibilidad, dependen de la articulación activa de tres elementos interdependientes: un nuevo proyecto jurídico robusto, asentado en un paradigma distinto, con ideas claras que conformen una visión alternativa del derecho a la salud; la conformación de un bloque de sujetos sociales dispuesto a movilizarse y cuyo interés estratégico implique la preeminencia y defensa de la vida en la naturaleza y la vida humana sobre los intereses privados; y un conocimiento técnico robusto acerca de los peligros actuales y potenciales de la actividad social sobre la salud y la vida, para dotar a los cuerpos normativos de las indicaciones específicas que permitan constatar con precisión su cumplimiento.

1. Miguel Carbonell. Derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos en "La protección judicial de los derechos sociales. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 174

2. Jaime Breilh. Hacia una construcción emancipatoria del derecho a la salud. Quito: Informe de Derechos Humanos 2009, Programa de Derechos Humanos de la Universidad Andina — Editorial Abya Yala, 2010 (en prensa)

3. Naciones Unidas. Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Ginebra: Resolución A/RES/63/117 del 10 de diciembre de 2008.

4. El principio de precaución establece que si hay una razonable sospecha de un proceso que destruye la vida y la salud, y si existe una incertidumbre científicamente establecida, entonces hay una obligación de tomar acción para prevenir; el peso de la prueba debe recaer no en la colectividad afectada sino en aquellos cuyas actividades provocaron la sospecha de daño; y una vez evaluadas las alternativas disponibles para encontrar aquella que ofrezca el menor daño posible, se debe garantizar un proceso de toma de decisiones transparente, informado y democrático, que incluya a los afectados.

5. Víctor Abramowich y Christian Courtis. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales en "La protección judicial de los derechos sociales. Op.cit., p. 10