

¿ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS?

Informe sobre derechos humanos
Ecuador 2009

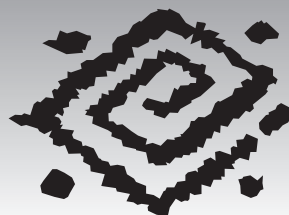
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
PROGRAMA ANDINO DE DERECHOS HUMANOS, PADH
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) del 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
E-mail: uasb@uasb.edu.ec • <http://www.uasb.edu.ec>

EDICIONES ABYA-YALA
Av. 12 de Octubre 1430 y Wilson • Apartado postal: 17-12-719 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 256 2633, 250 6247 • Fax: (593 2) 250 6255
E-mail: editorial@abyayala.org • <http://www.abayala.org>

Hacia una construcción emancipadora del derecho a la salud

Jaime Breilh

Salud



La salud: necesidad de replantearla y renovar el espectro de la justiciabilidad

La mayor parte de veces cuando la gente, incluso muchos especialistas, piensan en la salud y sus problemas, les vienen inmediatamente a la cabeza términos ligados a la noción asistencial, tales como: *enfermedad, enfermo, servicios de salud*. En algunas oportunidades se incluyen también términos convencionalmente asociados a la prevención, tales como: *vacuna; nutrición; infraestructura sanitaria*, etcétera.

La razón por la cual esas nociones inscritas en la lógica del pensamiento convencional de la vieja salud pública se imponen, obedece a la hegemonía del llamado modelo biomédico, del paradigma positivista que lo sustenta, y de una concepción funcionalista de la práctica. Además, como el abordaje biomédico es hegemónico, es muy frecuente que esa lógica se filtre en determinados momentos a otros campos, como el jurídico, que requieren eventualmente pensar en la salud.

Para trabajar por la salud desde una perspectiva renovada no es suficiente enfocar los problemas terminales y específicos de la salud como resultado que se expresa en formas de enfermar y morir, sino que deben enfocarse aquellos procesos que generan o provocan las condiciones de salud. En términos jurídicos, esto es importante porque implica ampliar y profundizar la cobertura del derecho hacia elementos claves, en asuntos que los especialistas estudian como: las obligaciones positivas y negativas que se requieren, los bienes que deben tutelarse y, en definitiva el campo de la justiciabilidad.¹

El primer paso para poder comprender la salud y sus derechos desde una perspectiva integral es romper con la hegemonía de esas nociones biomédicas y la lógica liberal de la práctica convencional que mencionamos. La salud de los seres humanos, su protección, recuperación y avance, no es básicamente un problema de personas enfermas a las que hay que atender. Si se asume la plena envergadura y responsabilidad de la salud como un campo de acción colectiva, es ante todo un problema de conocer bien cómo es que se produce y desarrolla una vida saludable y los procesos que la soportan o afectan.

Necesitamos consolidar y tomar conciencia de la imperiosa urgencia de una visión integral de la salud como parte de la vida en la tierra, y de las condiciones que la afectan. Principio holístico de integralidad que, como lo hemos explicado en trabajos anteriores,² ha sido explicado en múltiples foros, articulando incluso, tanto el pensamiento ancestral de nuestros pueblos, cuanto la visión crítica de las ciencias de la vida y la salud. A diferencia de la mirada positivista que fragmenta y asocia apenas exteriormente las partes, se requiere reconocer la profunda concatenación de los procesos de diversos órdenes, que definen la vida y la salud, abarcando tanto la organización social como el mundo de la vida que la sustenta. Por eso decimos que hay una relación entre la salud, el ambiente y la sociedad. Y claro jurídicamente, salta a la vista la conclusión de que, el derecho a la salud abarca más que el derecho a los bienes que factibilizan una atención curativa adecuada, sino que la vigencia del derecho a una vida saludable se vincula a la vigencia de otros derechos del buen vivir. Nuestra lucha junto a múltiples organizaciones en la etapa constituyente, como parte de la Red por el Derecho a la Salud, logró que la nueva constitución consigne esta relación:

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.³

De lo dicho anteriormente se desprende que los problemas de salud no se reducen apenas a la enfermedad y la prevención como fenómenos individuales. No lo son, en primer lugar porque los hechos que llevan a la gente a enfermar no

afectan sólo a una persona o a pocas personas, sino que operan potencialmente sobre toda una comunidad y, en segundo lugar, porque esos procesos no se producen, ni se multiplican, ni se distribuyen poblacionalmente en una familia o espacio individual, sino que se producen y se extienden en toda la colectividad y, más aún, en toda una sociedad.

En términos epidemiológicos esto quiere decir que en la problemática de salud abarca dos dimensiones:

- Salud individual: fenómenos de salud que se observan, explican y atienden en las personas y sus familias.
- Salud colectiva: fenómenos que se producen, observan y afrontan en la dimensión social o colectiva.

Diremos entonces que la salud individual y las formas de salud colectiva constituyen dimensiones distintas pero profundamente interrelacionadas. Cuestión extremadamente importante ante una reflexión sobre el derecho a la salud, para cubrir tanto las dimensiones individuales como las colectivas de dicho derecho.

La determinación social de la salud como conocimiento del espectro del derecho

La elaboración del componente de salud del Informe de Derechos Humanos 2009 desde una perspectiva crítica que supere la linealidad y reduccionismo del pensamiento positivista en salud, plantea el desafío de una construcción de carácter crítico, interdisciplinaria e intercultural, para conjugar, tanto una visión renovada del derecho, como de la salud.

En estas páginas aludimos a la relación entre dos elementos necesarios de esa construcción en su parte académica: las ciencias de la salud colectiva y las ciencias del derecho. En todo período histórico, y más aún en una época en que la aceleración económica extrema, la inequidad social y jurídica, tanto la ciencia orientada al conocimiento de los procesos que afectan la vida y la salud, cuanto aquella que se ocupa de la caracterización del respectivo derecho, avanzan sujetas a demandas y tensiones que pernean el debate epistemológico y jurídico político. Y la disputa de intereses que empujan a mirar la realidad de una u otra manera y a establecer valoraciones jurídicas encontradas, implican no sólo dilemas concep-

tuales, sino básicamente una confrontación filosófica e ideológica en el terreno de las definiciones ético políticas.

De todas las disciplinas científicas que convergen para estudiar la salud como objeto de praxis y del derecho, la *epidemiología crítica* constituye una base firme de partida para un análisis innovador del derecho, puesto que, al ser el brazo “diagnóstico” integral de la salud colectiva (nombre de la nueva salud pública), permite no sólo conocer el estado de salud de una población, sino los procesos que lo determinan, y por tanto, deducir las obligaciones que deben consolidarse para dar vigencia al derecho a un vivir saludable.

La proximidad creciente de la epidemiología con el derecho han debido atestiguarla dolorosamente muchas colectividades afectadas, pero también entidades y núcleos científicos que empujan una ciencia independiente del poder. Los escenarios de conflicto epidemiológico ambiental se multiplican y esa tendencia se refleja en la Referencias bibliográficas científica, que ostenta una creciente convergencia de la epidemiología con los temas del derecho. Un simple ejercicio de aproximación semántica en el motor Google de búsqueda, indagando la presencia combinada de los términos “epidemiología” y “derecho a la salud” arroja 7’880.000 *hits*. Es una cifra que nos parece muy abultada y sólo para tener una idea de su magnitud, la podemos comparar con otra concordancia de notable notoriedad como la de “epidemiología” con “nutrición”, donde apenas arroja 1’550.000 *hits*.

La explicación en profundidad de esta coincidencia rebasa los límites de estas reflexiones, pero las evidencias de las últimas décadas muestran que los escenarios de conflicto jurídico alrededor de la salud, en gran medida provocados por la expansión económica a gran escala, determinan una presión hacia la epidemiología para interpretar la “causalidad” que en este caso pesa más como problema jurídico que sanitario. La epidemiología se mueve en estos casos entre los fuegos cruzados de los estudios empresariales de una supuesta inocuidad ambiental, y aquéllos que denuncian los agravios, omisiones y prácticas ilegales que padecen las comunidades.

Ahora bien, en la actualidad la investigación sobre posibles atentados contra el derecho ha dado pasos importantes. Tanto en la salud pública –y su brazo interpretativo la epidemiología– como en el derecho especializado en salud, se han generado profundas innovaciones conceptuales, metodológicas y prácticas que exigen repensar el derecho a la salud. Nosotros, los especialistas en salud, avanzamos en el conocimiento de la complejidad del objeto salud,⁴ y los especialistas del derecho avanzan en función de que los “derechos sean justiciables y esta-

blecer acciones de protección que estén diseñadas para reivindicar cualquiera de los derechos reconocidos”.⁵

¿Una óptica inconsistente del Derecho Internacional en salud?

Como venimos diciendo, la salud es un proceso complejo socio-eco-biológico y, a pesar de que, lo que suele reconocerse como salud es sólo esa parte “distal” o “terminal” de un complejo proceso de determinación, su desarrollo ocurre más allá del orden individual y la aparición de consecuencias físicas y mentales, y debe abrirse a una visión integral de la salud. Lamentablemente pareciera ser que desde el horizonte de visibilidad de la salud colectiva latinoamericana y de la epidemiología crítica, esa comprensión integral de la complejidad de la salud, no termina de lograrse en textos claves que conocemos del Derecho Internacional específico.

Por ejemplo, en una valiosa colección de artículos jurídicos recientemente publicada en el país, se incluye un ensayo que analiza el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sobretodo de la Observación General 14 (OG14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU), citando el párrafo 11 de dicha observación donde se recoge la idea de apertura del derecho a la 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, y que hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”.⁶

Es una óptica interesante que abre con justo motivo una línea de reflexión adecuada. Pero si bien detecta la importancia del contenido de la OG14 ante una potencial apertura jurídica, no es menos cierto que deja de mencionar que ese texto de las Naciones Unidas contiene errores y limitaciones semejantes a las que desde hace años hemos detectado en las propuestas y documentos de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Organización Mundial de la Salud (OMS), y que las hemos expuesto en diversos foros en América Latina. Destaco entre éstos, el Taller Latinoamericano sobre Determinantes Sociales de la Salud,⁷ evento en el cual el autor presentó un ensayo crítico sobre los aspectos promisorios y también las inconsistencias de las tesis de la OMS sobre el problema de la determinación social de la salud:

Si bien el modelo OMS ha contribuido a abrir el horizonte del pensamiento oficial en salud y el espectro de análisis, sigue atado a un neocausalismo donde los “determinantes sociales” son asumidos como factores externamente conectados. Esto nos preocupa, más que por una cuestión teórica por las implicaciones prácticas de repetir el *modus operandi* del causalismo: actuar sobre factores y no sobre el cambio de procesos estructurales.

En correspondencia con lo anterior, si bien el modelo OMS reconoce determinantes estructurales e intermediarios, lo hace de tal forma que es imposible establecer el nexa histórico real entre las dos instancias. Primero, porque como la ha señalado el documento base de esta reunión, en los “determinantes estructurales” están ausentes las categorías definitorias del conjunto y su lógica (acumulación, propiedad, relaciones sociales), el énfasis es en lo que se llama gobernanza y políticas. En segundo lugar si bien reconoce la inequidad social, en el enfoque de las clases sociales, hay una versión lineal de sus componentes y sesgada más bien hacia la dimensión del consumo (educación-ocupación-ingreso). Finalmente, en el nivel de los determinantes intermediarios, no queda claro cuales son esas “circunstancias materiales”, si corresponden al terreno individual o al social”.⁸

En un texto muy reciente suscrito por una de las figuras de la Comisión de Determinantes Sociales de la OMS,⁹ junto a importantes reflexiones sobre las implicaciones filosóficas y éticas de la epidemiología enfocada en “los determinantes sociales de la salud” y los imperativos morales de la investigación, varias de cuyas ideas las acogemos como de gran pertinencia, se desarrolla un cuerpo argumentativo centrado en las “relaciones causales” que, a pesar de proclamar la necesidad de un nuevo paradigma, implica la reedición de los principios lineales del causalismo empírico, sólo que ahora asumidos en las capas o niveles del análisis multinivel (emplean la metáfora de la estructura de las cajas chinas). Como si de lo que se tratara es de extender y complejizar la vieja noción de la cadena causal, para que abarque lo que han definido como “las causas de las causas”. En resumidas cuentas el argumento es que como la que los autores definen como *microepidemiología*, enfoca sólo las asociaciones entre los efectos mórbidos o de muerte con los tres niveles de determinantes individuales (factores biológicos individuales, conductas individuales, y exposiciones individuales a elementos peligrosas) hay necesidad de una *macroepidemiología* que abarque los fenómenos sociales como “causas de las causas”, es decir como factores distales que conforman el “ambiente social” que incide penetrantemente sobre los resultados de la salud.

En otros términos, lo que nuestra crítica plantea es que 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 digamos de “determinantes sociales de la salud” (nuevo membrete pero la misma esencia), sólo que mejor organizados en niveles, y reconociendo –a diferencia de otros teóricos de la epidemiología empírica como MacMahon– que lo distal si tiene valor interpretativo. Es decir, se vuelve a la lógica de los factores aislados de riesgo para la salud, a la vieja noción positivista, lineal y fragmentada de la realidad, que precisamente se buscaba superar.

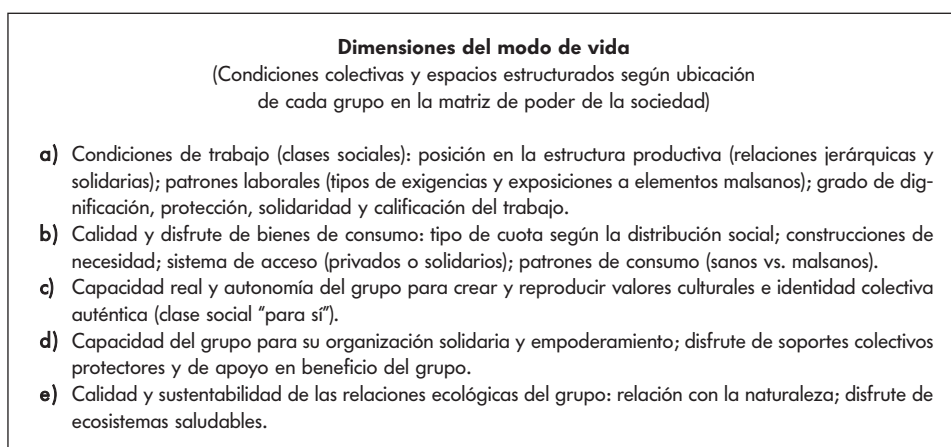
La epidemiología crítica, desde fines de los años 70 del siglo anterior, no construye la noción de “determinantes sociales de la salud”, sino que trabaja en el proceso histórico dialéctico de la *determinación social de la salud*,¹⁰ como proceso complejo y multidimensional de generación y reproducción de condiciones de salud y de vida, cuyo desarrollo se genera en medio del gran movimiento entre la sociedad y la naturaleza, sometido a las relaciones productivas y sociales de un sistema de acumulación, poder y cultura. Un metabolismo entre la sociedad y la naturaleza, entre lo biológico y lo social, que se mueve por la oposición dialéctica, en espacios sociales históricamente determinados, entre las tendencias saludables-protectoras y las tendencias malsanas-destructoras de esos procesos, algunos de los cuales corresponden al orden general, otros al orden particular y otros al orden singular de la reproducción social, como se verá más adelante. De manera que la salud es un proceso sujeto a determinación social por todo lo que venimos diciendo, pero lo es además por que aun los fenómenos físicos y psíquicos que operan en el fenotipo de las personas, así como en su genoma, guardan una profunda relación con los fenómenos del orden social y socio natural.¹¹

En esa línea de pensamiento la epidemiología crítica establece tres dimensiones de la determinación de la salud, cada una de las cuales, dicho sea de paso, es un terreno que reclama obligaciones y justiciabilidad:

- *Dimensión general:* con los procesos económicos-estructurales, políticos y culturales que configuran las lógicas y racionalidades que, expresando un modelo civilizatorio, organizan la vida en una sociedad. Aquí son determinantes el sistema de acumulación económica, los grandes patrones culturales y epistémicos; y el sistema de relaciones de poder y organización política. Estos procesos generales determinan además la composición social de una sociedad, con su configuración de clases, sus pueblos y formaciones etnacionales, y sus relaciones de género, todas las cuales operan para definir las relaciones y grados de inequidad y las desigualdades resultantes frente al derecho.

- *Dimensión particular:* que corresponde a los modos de vivir característicos de los grupos socioeconómicos característicos (clases sociales cruzadas por relaciones de género y etnicidad) y que implican cinco dimensiones donde se reproducen condiciones de buen vivir o de un vivir malsano (ver figura 1).
- *Dimensión singular:* que abarca el estilo de vida individual y los procesos físicos y psicológicos de las personas, donde se expresan los impactos finales de la determinación.

Figura 1



En este punto cabe aclarar una cuestión que la juzgamos importante para la reflexión jurídica. Por la confusión que ha creado la sociología empírica se suele confundir la noción de "modo de vida" con la de "estilo de vida". La primera corresponde a los procesos estructurados del modo de vivir grupal, característico de las distintas clases de una sociedad, mientras que los estilos de vida personales y familiares, que obedecen al libre albedrío de las personas, tienen una autonomía relativa pero operan dentro de las posibilidades históricas de un modo de vida colectivo.

Es decir, la construcción interpretativa de la epidemiología crítica enfatiza el poder determinante de lo colectivo y comprende los fenómenos individuales como elementos sujetos a la determinación colectiva, aunque manteniendo una autonomía relativa.¹²

Adicionalmente, la epidemiología crítica otorga decisiva importancia interpretativa a la construcción intercultural de la salud. Y así, cómo lo hemos señala-

do en otro trabajo,¹³ considera fundamental la conjunción de sujetos y culturas en las construcciones sobre la salud. Y por eso, sus interpretaciones se hermanan con las provenientes de la sabiduría indígena, forjada en el marco de una lógica de vivir comunitario, y de una cosmovisión que coloca la vida y la subsistencia de la comuna en el centro, otorgando preeminencia a la noción del vivir en comunidad (*kawsay*), y uniéndola a la noción de lo bueno, protector, bello, agradable o placentero (*sumak*):

la importante coincidencia entre el sentido autárquico y protector del Sumak Kawsay indígena, empata adecuadamente con el sentido emancipador y preventivo del modo de vida de la epidemiología crítica. Las dos visiones comparten la necesaria prioridad del bien común, de la vida colectiva y de la relación armoniosa con la naturaleza, sobre la lógica e intereses privados que los coartan y deterioran.¹⁴

La nueva constitución del Ecuador ubica en el centro de los derechos el buen vivir, pero hay un trecho enorme a recorrer, hasta proyectar ese enunciado teórico constitucional en un orden económico, jurídico y cultural que lo pongan realmente en vigencia.

No cabe duda de que para caminar en esa dirección se torna imperativa una visión interdisciplinaria y que es indispensable que los especialistas del derecho acompañen a quienes somos especialistas de la salud en el análisis de los elementos de dicho modo de vivir, para establecer las obligaciones, con sus conductas positivas y negativas que deben reglamentarse y garantizarse para cumplir todos los cuatro niveles de obligaciones:¹⁵ respetar, proteger, asegurar y promover el derecho a una vida y la salud, evitando formas de vivir y exposiciones malsanas.

Las mesas de trabajo en la II Asamblea Mundial por la Salud de los Pueblos (Cuenca, 2005) que reunió a representantes de cerca de un centenar de países, posicionaron en sus debates un hecho que cabe resaltarse en esta revisión panorámica de los desafíos teórico-jurídicos pertinentes: es necesario no olvidar que también los propios trabajadores de la salud padecen agudos y particulares problemas que ameritan el avance de una legislación más justa y sensible.

La Red de Acción por el Derecho a la Salud, coordinada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, para consensuar interdisciplinaria e interculturalmente contenidos y estrategias en apoyo del proceso constituyente, asumió el reto de consolidar una noción integral del derecho a la salud, concebida desde la perspectiva de la equidad social, de los derechos humanos pensados

desde todas las culturas, y desde una visión de la determinación social de la salud. El trabajo de cerca de medio centenar de organizaciones participantes se estructuró alrededor de mesas en seis ejes temáticos:

- El derecho al control social, veeduría y la participación real.
- Los derechos globales, regímenes y tratados internacionales.
- Derechos de protección y seguridad social.
- Derecho al trabajo saludable, y derechos ambientales en salud.
- Derecho al consumo saludable.
- Derechos culturales, universidades y salud.

Como lo hemos dicho en otro trabajo:

la nueva Carta Política, a pesar de sus imperfecciones, es una de las más avanzadas, pues en ella se conjugan contenido y forma transformadores. Su estructura jurídica no sólo consolida avances importantes en la ampliación e innovación de los derechos, colocando a todos ellos por primera vez en un mismo y fundamental nivel de importancia, sino que los ensambla de un modo tal que establece su interdependencia. Consolida un sistema claro de garantías, con sus basamentos institucionales y organiza el conjunto alrededor de categorías innovadoras que unen la vigencia de los derechos específicos a los regímenes económico, político y cultural que los sustentan y hacen viables. Sabemos que no logramos incorporar en la nueva Carta Constitucional todas las dimensiones del derecho a la salud que fueron cuidadosamente trabajadas por la Red y sus grupos temáticos. Incluso fueron lamentablemente relegados artículos constitucionales que habrían dado mucho mayor consistencia a la nueva Carta, sabemos que en el camino de las negociaciones se perdió en contenido y firmeza, pero no es menos cierto que al ser toda Constitución una correlación de fuerzas, se llegó hasta donde la realidad política y la conciencia colectiva lo permitieron, lográndose un producto que sirve como base importante para las conquistas futuras”.¹⁶

Coartadas de baja exigibilidad y obstáculos para la justiciabilidad en salud

Aun cuando quien suscribe estas páginas no es un especialista en las ciencias del derecho, sin embargo la experiencia de investigación en defensa de la vida y la salud amenazadas, en ámbitos como el de la agroindustria o de la salud urba-

na del Ecuador y otros países, nos ha mostrado claramente que no sólo la construcción del derecho a la salud es restringida y débil, sino que son igualmente frágiles los recursos de justiciabilidad y exigibilidad.

No cabe duda de que el país y la movilización de sus organizaciones políticas, gremios y movimientos sociales dieron un paso importante al impulsar la nueva Constitución, pero no es menos cierto que la favorable potencialidad inscrita en el texto constitucional de Montecristi enfrenta obstáculos y carencias que ponen en riesgo la justiciabilidad real de muchos derechos como el de la salud. Examinemos estas contradicciones.

Se ha reconocido con acierto que la Constitución ecuatoriana obliga a la Función Judicial a proteger todos los derechos, incluso los del buen vivir, y no exclusivamente los de propiedad y que tiene todos los elementos para considerar que los derechos sociales son plenamente justiciables,¹⁷ pero de nuestra experiencia, incluso posterior a la vigencia de la nueva Constitución, hay todavía grandes distorsiones y obstáculos frente al derecho por la vida y la salud.

En primer lugar, más allá del discurso político, se observa un margen amplísimo de exclusiones y disculpas que disuelven, de hecho, la exigibilidad e impiden la justiciabilidad. Como en otros momentos de nuestra historia, se sigue hoy aplicando la justificación de falta de recursos y fondos públicos, ante los cuales el Poder Judicial se ve impedido de actuar. Y así, en el caso por ejemplo de infinidad de demandas por daño humano o ambiental, la construcción de pruebas del impacto en la salud humana o ecosistemas, la debilidad o ausencia de equipos técnicos para la investigación y monitoreo del impacto de radiaciones, contaminaciones, exposiciones malsanas en el trabajo, etcétera, desmoronan la exigibilidad y van derivando hacia una sistemática impunidad.

En esas circunstancias, la salud de miles de ecuatorianos va a depender de cómo resolvamos, por ejemplo, el choque de intereses y derechos entre quienes empujan la expansión de la minería de escala, frente a la urgencia de detener la contaminación por mercurio, cianuro y otros metales de alta peligrosidad y de proteger la vida y la salud de los mineros, de las colectividades vecinas y aún de los cultivos de alimentos de las porciones bajas de cuencas irrigadas por ríos contaminados. Va a depender, así mismo, de cómo se resuelva el conflicto de intereses entre las agroindustrias y sus sistemas de trabajo peligrosos y contaminantes, respecto a la sustentabilidad de sistemas ecológicos afectados no sólo por la contaminación, sino por el consumo descomunal y no sustentable de recursos vitales (agua, bosques, biomasa). Es el caso también de cómo se va a manejar la amenaza creciente de la electropolución por ondas como las de radiofrecuencia (telefonía móvil) en las zonas conurbanas o la multiplicación de la producción y comer-

cialización de productos que contienen elementos cancerígenos y disruptores funcionales, como los alimentos genéticamente modificados, los edulcorantes artificiales, los colorantes, los nano-componentes de productos cosméticos, etcétera. Es el reto ético y jurídico de cómo proceder ante una economía de despilfarrero y desecho planificado que nos impele a un consumismo generacionalmente irresponsable, y a la acumulación masiva de elementos no biodegradables que proyectan un futuro siniestro, donde jamás será viable el buen vivir que terminará convertido en una pieza retórica que engrose la arqueología de las buenas intenciones. Es el caso de la expansión de formas de crianza animal de aves, porcinos y otras especies, de gran escala y cuyas consecuencias nefastas para los ecosistemas y la salud han sido ampliamente documentadas.

Y de ese modo podríamos listar infinidad de procesos, tecnologías y sustancias de notable expansión en el Ecuador, con elementos que provocan daños y lesionan nuestro derecho a una vida saludable, para las cuales la ciencia ya provee de un arsenal valioso de pruebas, pero que no son sometidos al manto protector ni de las políticas públicas, ni de la justicia, sea por motivos de la no exigibilidad o por la falta de conocimientos, recursos técnicos, y sobretodo conciencia social, que garanticen la justiciabilidad de los daños.

Pero más allá de eso, y en el centro de esta problemática, está por supuesto la evidente debilidad jurídica para el control antimonopólico ligado a la protección del buen vivir y la salud. En el Ecuador, el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (MAGAP) al presentar su propuesta de Ley de Tierras ha mostrado al país la marcada monopolización de la tierra. Los estudios del Sistema de la Investigación de la Problemática Agraria del Ecuador (SIPAE) muestran la abismal concentración de los recursos vitales para la producción agrícola (tierra, agua, capital, crédito, tecnología, semillas) y la correspondiente exclusión y descapitalización de los pequeños agricultores que sostienen la alimentación nacional, con la consiguiente pérdida de soberanía alimentaria de las últimas décadas. Ese hecho histórico constituye una forma de determinación social de modos de vivir malsanos de los cuales la investigación actual apenas ha develado el “pico del iceberg”. Son tendencias y realidades que claman a gritos por leyes en proceso actual como las de tierras, desarrollo agrario, agroindustrias y empleo, y que requieren con urgencia una profunda reforma jurídica en leyes como las que tocan el ambiente y la salud, que son obsoletas, ambiguas e incompletas.

Y es que en el transfondo de todos los peligros que aquí hemos esbozado hay una cultura permisiva que los exime de ser asumidos como delitos. Aquí entra también la contradicción entre las tesis y urgencias del Poder Ejecutivo, presiona-

do hacia el extractivismo para financiar el gasto social, y por otro las demandas de sustentabilidad y protección de los ecosistemas que provienen de las comunidades afectadas. Es la paradoja de lo que algunos han descrito como las contradicciones de un extractivismo progresista.¹⁸

En fin, la profundidad de este conflicto no radica en una fría disyuntiva entre empresas privadas o públicas que aportan al financiamiento de un tipo de progreso y que ofrecen plazas de trabajo proletarizado, contra comunidades que reaccionan en defensa de su salud comprometida y sus ecosistemas destrozados; el tema de fondo que subyace es el debate ético con repercusiones jurídicas sobre el modelo de desarrollo, sobre el propio modelo civilizatorio y la necesidad de cambiar las bases mismas del modo de vivir.

El trabajo interdisciplinario de especialistas de la salud, el ambiente y el derecho tiene que atacar de frente y sin ambigüedades la debilidad de la justiciabilidad del derecho a la salud, para conformar una plataforma legal que otorgue mayores posibilidades de eficacia y sustentabilidad a las acciones del campo específico de la salud. Una línea prioritaria de acción en ese sentido es el impulso y sustentación del principio de precaución.

En el mundo entero las ciencias de la salud y el ambiente, e incluso las ciencias jurídicas han destacado el *principio de precaución* como un instrumento fundamental de justiciabilidad. Dicho precepto establece que: si hay una razonable sospecha del proceso destructivo, y 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 aquéllos cuyas actividades provocaron la sospecha de daño; y una vez evaluadas las alternativas disponibles para encontrar aquélla que ofrezca el menor daño posible, se debe garantizar un proceso de toma de decisiones transparente, informado y democrático, que incluya a los afectados.

Una comisión de científicos de la Unión Europea luego de sistematizar y analizar el expediente de diez años de conflictos de esta naturaleza en la Comunidad Europea, estableció que la herramienta más importante, sino la única en última instancia, para asegurar la justiciabilidad es la aplicación del principio de precaución.¹⁹

El principio de precaución es enunciado en cuatro artículos de la nueva Constitución. El art. 32 sobre el derecho a la salud; el art. 73 de los derechos de la naturaleza; el art. 313 referido a los sistemas estratégicos, servicios y empresas públicas; y el art. 397 que enfoca los daños ambientales y prevención de riesgos y desastres. Pero lamentablemente está apenas enunciado marginal y ambiguamente.

La segunda falencia de la justiciabilidad es la que corresponde a la dimensión subjetiva que limita la fuerza de la colectividad y su conciencia sobre el derecho a la salud es la hegemonía de esa visión reduccionista, biomédica que denunciamos en una sección anterior, y correspondientemente, la falta de conciencia sobre las dimensiones del derecho a la vida y la salud. Los focos de conciencia que se han desarrollado en el país, son las colectividades directamente afectadas, pero la criminalización (anticonstitucional) de la protesta y la falta de conciencia que existe en el país en su conjunto, determinan que la presión ciudadana sea un elemento muy limitado de justiciabilidad.

Entonces, entendida la justiciabilidad como “posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho”²⁰ vemos que implica las condiciones objetivas y subjetivas que hemos comentado.

Necesidad de transformar las bases éticas del derecho a la salud

Desde la óptica epidemiológica que hemos planteado, el estado de salud de una colectividad y de las personas que la conforman se genera en medio del movimiento contradictorio que opera entre los procesos saludables, protectores, soportes y defensas que la sociedad le permite disfrutar a una clase social o colectividad, contra los procesos malsanos, destructivos, las desprotecciones e inseguridades a los que el modo de vivir de ese grupo le obliga.²¹

El movimiento entre los procesos inscritos en el modo de vivir de una clase o colectividad que son saludables y los que son malsanos ocurre tanto en las dimensiones generales, como en la particular e individual, y el desarrollo en cada una de estas dimensiones de la realidad se da en relación dialéctica e interdependencia con las otras dos. Los procesos generales operan como una totalidad que engloba y subsume los procesos particulares y singulares, imponiéndoles su lógica, su tendencia jerárquica y reproducción. Los procesos particulares y singulares, a pesar de estar sometidos jerárquicamente a la determinación general, pueden incidir sobre su movimiento, pues ostenta una autonomía relativa. En otras palabras, la subsunción no es mecánica y unilateral de la totalidad hacia las partes, sino que en las dimensiones particulares y singulares se puede acumular energía social para transformar la lógica general. Es decir, la determinación general sobre la particular, y la determinación particular sobre la singular no son absolutas, sino que están sujetas a la generación de tendencias de cambio que pueden encarnar-

se en las dimensiones particular y singular. Dicho en otros términos, si bien la lógica general de la acumulación de capital, la matriz de poder y relaciones políticas y las condiciones epistémicas culturales de una sociedad determinan el modo de vivir de las clases sociales de esa sociedad, y éste último determina los estilos de vida individuales y condiciones personales de la salud de los individuos, pero esa tendencia estructural que tiene la sociedad de reproducir sus condiciones económicas, políticas y culturales, se topan con el movimiento contrario, dialéctica de generación y energía social que operan las clase y los individuos. Por tanto, se trata de un movimiento en dos direcciones opuestas, que en su conjunto termina determinando la salud, tanto colectiva como personal. Ese complejo y contradictorio movimiento que es propio de una colectividad es lo que hemos denominado *perfil epidemiológico*.

El perfil epidemiológico abarca por tanto dos grandes movimientos que se proyectan en las tres dimensiones analizadas: un *perfil de procesos saludables-protectores* y un *perfil de procesos malsanos-destructivos*. Si queremos defender la vida y la salud, y promoverlas, tenemos entonces que actuar promoviendo los procesos saludables-protectores (a eso llamamos promoción de la salud), y contrarrestando los procesos malsanos/destructivos (a eso denominamos prevención profunda –para diferenciarla de la prevención etiológica individual convencional–).²²

¿Qué importancia tiene lo dicho para las intervenciones en salud y para el derecho? El hecho es que si la salud se determina en las tres dimensiones de la realidad, y si existen relaciones de mutua determinación de los procesos generales, particulares y singulares, entonces sería un error actuar con una práctica y con elementos del derecho enfocados únicamente en una de las tres dimensiones. Lo que debemos buscar es que nuestros esfuerzos incidan en las tres dimensiones.

Los programas de salud tienen que combinar acciones preventivas enfocadas tanto en contrarrestar los procesos malsanos, como en promover los procesos protectores-saludables. Las acciones son más eficaces y sustentables, mientras más abarquen las tres dimensiones de la realidad. Tenemos que actuar respetando, protegiendo y asegurando el derecho a los servicios de salud para las personas, pero esas acciones no son sustentables si no se acompañan de acciones que actúen sobre los procesos colectivos, particulares y generales. Las acciones de salud individuales pueden ser más inmediatas, y se requieren como reacción emergente a trastornos de salud individuales, que demandan respuestas inmediatas, pero si bien reparan la salud individual, no resuelven el problema de modificar las condiciones determinantes que provocan el problema.

Del mismo modo, el derecho debe consolidar la judiciabilidad integral del derecho a la salud mediante la instauración y garantía de obligaciones que abarquen las tres dimensiones. Tanto las positivas que promueven y hacen respetar los procesos saludables, cuanto las obligaciones negativas, que nos protejan y aseguren frente a los procesos malsanos/destructivos. Así por ejemplo, si se tratara de resolver el problemas de salud de los trabajadores de la agroindustria y de las comunidades aledañas, mal haríamos en pensar sólo en atender los problemas de salud ya producidos en esa población y procurar su asistencia médica, sino que tendríamos que reforzar una normatividad que abarque obligaciones que protejan su modo de vivir, que los libren de patrones laborales peligrosos, y que conduzcan lo lógica productiva dentro de límites de respeto a la salud humana y a los ecosistemas.

Se desprenden de ahí dos argumentos éticos, con profunda influencia sobre la justiciabilidad de la salud. Primero, el actuar con sentido preventivo profundo, anticipándose para evitar los trastornos de una enfermedad, y ahorrando sufrimiento humano y destrucción de la naturaleza, es un imperativo ético no una opción técnica. En segundo lugar, para cumplir ese imperativo ético, es necesario ampliar la noción convencional de la bioética a la noción integral de la ética de la salud cuyas dimensiones se enuncian en la siguiente figura.

Figura 2

Dominios de la ética de la salud y de construcción de judiciabilidad	
•	<p>Dominio general (lógica sustentable) Capacidad sustentable de una reproducción social en equidad. Derechos humanos (derechos económicos sociales y culturales). Derechos de la naturaleza.</p>
•	<p>Dominio particular (principio del buen vivir) Trabajo digno, protegido y gratificante. Consumo dignificante, saludable, justo y solidario. Capacidad de construcción de identidad y valores. Disfrute de organización solidaria, soportes y defensas. Ambientes saludables y sustentables.</p>
•	<p>Dominio singular (protección y reparación) Itinerario laboral armónico. Acceso pleno a consumo dignificante, intercultural. Conciencia del individuo, conocimiento emancipador. Soportes afectivos, familiares y de la comunidad inmediata. Ecosistema doméstico saludable y sustentable.</p>

El desglose de los dominios de acción permite orientar el proceso de identificación y perfeccionamiento de las obligaciones del derecho de la salud, las cuales tendrían que moverse entre la promoción, protección y seguridad de las actividades y bienes saludables, la obligación de protección o defensa frente a los patrones malsanos del vivir y los procesos y exposiciones dañinas.

Decimos que una sociedad o una comunidad es *sustentable* cuando ésta cumple varios requisitos:

- Tiene en primer lugar un sistema social, un sistema de producción que le permite ofrecer agua y alimentos suficientes, de buena calidad nutricional y libres de componentes dañinos (contaminación infecciosa, o por venenos químicos o por transgénicos); es decir, le ofrece seguridad alimentaria. Pero la seguridad alimentaria es muy frágil y dependiente si la comunidad no cumple otros requisitos.
- Tiene que ser soberana, es decir sus miembros tiene que tener la capacidad para ser dueños de los que requieren para poder tomar decisiones propias sobre la agricultura y acceder al agua y los alimentos en la medida y calidad que decida el colectivo. Par que eso sea posible tiene que tener la tierra y el agua suficientes, tiene que ser dueños de las semillas, tiene que tener garantizado el apoyo técnico y financiero. Todos esos derechos los establece nuestra constitución, pero están quedando muchas veces de letra muerta.
- En definitiva una comunidad sustentable tiene la capacidad de producir, proteger y garantizar la vida, tanto de los humanos como de la naturaleza. Eso es lo que hemos llamado capacidad vital, refiriéndonos a la productividad integral necesaria en su espacio socionatural, para sustentar la reproducción y perfeccionamiento de la vida y de las condiciones económicas, culturales y políticas que garantizan modos de buen vivir en equidad para la presente y futuras generaciones.

Decimos que una sociedad o comunidad es *solidaria* cuando sus gentes cooperan entre sí y nadie acapara o monopoliza ni la tierra, ni el agua, ni el crédito, ni los recursos, conocimientos, ideas que se requieren para consolidar una sociedad justa donde sea posible el buen vivir de todos y todas, los modos de vivir saludables. Y buen vivir no es sólo tener suficiente plata en el bolsillo. Se requiere dinero para vivir y tiene que ser suficiente, pero con sólo dinero en los bolsillos de cada uno, no se puede organizar modos de vivir saludables y felicidad de todos. Dinero en el bolsillo, pero egoísmo para vivir son el camino contrario. Peor todavía si no hay ni siquiera dinero en el bolsillo y egoísmo para vivir.

Y por fin una sociedad o comunidad *saludable* es aquella donde se vive saludablemente, y para vivir saludablemente hay algunas condiciones indispensables:

- Trabajar en un sitio donde uno se sienta bien; esté protegido de posibles peligros; sea tratado con dignidad, y bajos los derechos etnoculturales y de género; se perfeccione y aprenda; tenga tiempo para un descanso de buena calidad y también para recrearse sanamente, con una actividad física y deportiva adecuadas para la edad y el género.
- Consumir productos sanos y seguros, sea por que no estén contaminados por microbios, ni por químicos o agrotóxicos, o por transgénicos, o, en el caso de productos culturales (periódico, cine, radio televisión, etcétera) porque recreen y apoyen valores de equidad, interculturalidad de género y étnica, y que no tengan contenidos que reproduzcan valores e ideas malsanos y de inequidad. Una parte especial de los derechos sociales en el consumo es el derecho a disfrutar de servicios curativos públicos, de buena calidad, cobertura total, que no requieran pago para poder acceder a ellos o que sean parte del derecho de un seguro público universal (hospitales, dispensarios, medicinas, equipos diagnósticos, sistemas de investigación clínica, etcétera).
- Tener organización fuerte y control colectivo, democrático, sobre la organización social y soportes comunitarios para poderlos emplear como herramienta de prevención, garantía de protección y promoción de la salud; y para que aseguren los mecanismos de gestión público social, rendición de cuentas, control y veeduría social.
- Poseer la capacidad, conocimientos, conciencia e ideas fuerza como para construir y reproducir una cultura propia, libre, autentica, emancipadora y alegre.
- Vivir y desarrollar todas las actividades de la reproducción social en ambientes saludables, donde no sólo los elementos físicos (luz, temperatura, humedad, ruido, vibraciones, etcétera) sean inofensivos, sino donde existan espacios para la vigencia de una vida saludable.

El horizonte de nuestros países muestra rutas divergentes para el derecho a la salud, a ratos parecería haber una pérdida de ruta aun en gobiernos progresistas. Cabe esperarse que la movilización social sostenga una dirección progresista de la gestión y empuje el proceso de reforma jurídica para avanzar hacia la plena justiciabilidad del derecho a la salud. Si no el pueblo organizado no sustenta un proceso de avance del derecho, podría provocarse un serio revés político y retor-

nar a un neoliberalismo camuflado. En el campo de la salud eso sería nefasto, pues se volvería a modelos como el colombiano donde una Constitución relativamente progresiva se vio radicalmente contradicha por una Ley 100 que implantó una agresiva normativa neoliberal. Disposiciones legales supuestamente montadas para el progreso y un aseguramiento universal han devenido en una pérdida masiva de derechos de los que ya habían alcanzado la seguridad social y en la creación de un subsistema misérrimo de salud para pobres. Escenario doloroso donde surge la figura hiriente del “paseo de la muerte” de los pacientes que no acceden ni a servicios mínimos a pesar de la retórica de universalidad.

La noticia reciente de declaratoria por parte del gobierno de Uribe de una “emergencia social en salud” es la demostración final del derrumbe de un sistema de salud diseñado para el despojo y la acumulación acelerada, y que se afianzó en un proceso de reforma jurídica. Ante un estructura voraz donde la Ley 100 y todas las normas que la reglamentan le han garantizado unas ganancias exorbitantes a las Empresas Promotoras de Salud (EPS), convirtiéndolas en unas de las empresas más grandes del país, alimentadas por la corrupción y sentido lucrativo, que no han podido ser contenidos por la multiplicación de las llamadas “tutelas” que se han acumulado por miles mostrando la inconformidad creciente de los colombianos sobre ese modelo que el Banco Mundial aclamó como un ejemplo a seguir.

Hay todavía un gran trecho que andar en nuestro país por parte de las áreas de salud y derecho de nuestras universidades para apoyar la movilización social por el derecho a la salud e impedir que el país retroceda en este terreno fundamental del buen vivir.

Notas

- 1 Victor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 3-29.
- 2 Jaime Breilh, *Epidemiología crítica: ciencia emancipadora e interculturalidad*, Buenos Aires, Lugar, 2004, 2a. ed.
- 3 Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 32.
- 4 Hay una vasta bibliografía científica producida por la salud colectiva latinoamericana que ha sido descrita en diversas obras de análisis de la ciencia.
- 5 Ramiro Ávila, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en C. Courtis y R. Ávila, edit., *op. cit.*, p. 545.
- 6 Miguel Carbonell, “Derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos”, en C. Courtis y R. Ávila, edit., *op. cit.*, p. 174.

- 7 México D. F., del 29 de septiembre al 3 de octubre de 2008.
- 8 Jaime Breilh, “Una perspectiva emancipadora de la investigación y acción, basada en la determinación social de la salud”, conferencia dictada en el Taller Latinoamericano sobre Determinantes Sociales de la Salud, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México D. F., 3 de octubre de 2008.
- 9 Sridhar Venkatapuram and Michel Marmot. *Epidemiology and Social Justice in Light of Social Determinants of Health Research*, vol. 23, s.l., Bioethics, 2009, p. 79-89.
- 10 Jaime Breilh, *Epidemiología: economía política de la salud*, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1979.
- 11 Para estudiar los aportes de la medicina social latinoamericana en este campo pueden consultarse sistemas de información como el de Howard Waitzkin y la Biblioteca de la Universidad de Nuevo México, que han trabajado esa rica producción y ha destacado como clásicos de esa línea las producciones de Laurell (México); Almeida Filho (Brasil); Samaja (Argentina) y Breilh (Ecuador).
- 12 Una explicación más amplia de la determinación social se expone en diversos trabajos de la medicina social latinoamericana.
- 13 Jaime Breilh e Ylonka Tillería, *Aceleración global y despojo en Ecuador: El retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2009.
- 14 Jaime Breilh, “Sumak kawsay ¿en versión light?”, en diario *El Telégrafo*, Guayaquil, 7 de julio de 2008, p. 11.
- 15 Geert Van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebutal of some Tradicional Views”, en Nijhoff Martinus *et al.*, edit., *The Right to Food*, s.l., 1984, citado por V. Abramovich y C. Courtis, *op. cit.*, p. 3-29.
- 16 J. Breilh e Y. Tillería, *op. cit.*, p. 185-186.
- 17 R. Ávila, *op. cit.*, p. 3-29.
- 18 Eduardo Gudynas, “El nuevo extractivismo progresista”, en *Nueva Crónica*, No. 55, La Paz, 2009, p. 7.
- 19 Angela Guimarães *et al.*, edit., *Interfaces Between Science and Society*, Sheffield, Greenleaf Publishing, 2006.
- 20 V. Abramovich y C. Courtis, *op. cit.*, p. 10.
- 21 J. Breilh, *Epidemiología: economía política...*, *op. cit.*
- 22 *Ibid.*

Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila, Ramiro, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- Breilh, Jaime, *Epidemiología crítica: ciencia emancipadora e interculturalidad*, Buenos Aires, Lugar, 2a. ed., 2004.
- “Una perspectiva emancipadora de la investigación y acción, basada en la determinación social de la salud”, conferencia dictada en el Taller Latinoamericano sobre Determinantes Sociales de la Salud, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad de Xochimilco, México D. F., 3 de octubre de 2008.
- *Epidemiología: economía política de la salud*, Quito, Universidad Central del Ecuador, 1979.
- “Sumak kawsay ¿en versión light?”, en diario *El Telégrafo*, Guayaquil, 7 de julio de 2008, p. A-11.
- Breilh, Jaime, e Ylonka Tillería, *Aceleración global y despojo en Ecuador: El retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2009.
- Carbonell, Miguel, “Derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos”, en Christian Curtis y Ramiro Ávila, edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Gudynas, Eduardo, “El nuevo extractivismo progresista”, en *Nueva Crónica*, No. 55, La Paz, 2009.
- Guimarães, Ângela, et al., edit., *Interfaces Between Science and Society*, Sheffield, Greenleaf Publishing, 2006.
- Venkatapuram, Sridhar, y Michel Marmot, *Epidemiology and Social Justice in Light of Social Determinants of Health Research*, vol. 23, s.l., Bioethics, 2009.