

DEDICATORIA

A mi abuelito,
a quien no tuve la oportunidad de conocer
pero por su gran amor a esta honorable profesión,
se, va a estar muy orgulloso de mi,
la primera abogada de
la familia.

AGRADECIMIENTO

Gracias a mis padres
por su apoyo incondicional,
por enseñarme el significado de la responsabilidad y el esfuerzo;
gracias a mis hermanos
por brindarme su amor y paciencia;
gracias a mis queridas amigas Dianita y Estefi
por caminar conmigo a lo largo de todos estos años;
gracias a Christian
por haber sido mi compañero en esta etapa de mi vida;
y,
finalmente,
gracias a mis errores.

ABSTRACT

Los ecuatorianos contamos con varias garantías jurisdiccionales, acciones y recursos jurídicos ordinarios, así como de índole administrativa que sirven de poco o nada para exigir el respeto al derecho a la salud en un país donde es costumbre la mala práctica médica, el maltrato, la discriminación por motivos económicos y raciales, la poca celeridad para atender a tiempo y ordenadamente a los ciudadanos, la salubridad de los hospitales y centros médicos tanto públicos o privados, entre muchos otros más.

Es por esta razón que existe la necesidad de investigar y criticar el nuevo reconocimiento del derecho a la salud dentro de la ideología del “sumak kawsay”, mediante un análisis íntegro de la forma como está contenido este derecho en la Constitución, el alcance que se le da en la ley y finalmente la crítica al problema de reconocimiento y determinación de obligaciones a cargo del Estado ecuatoriano a la luz de las garantías, acciones y recursos existentes para exigir este derecho del “buen vivir”.

De esta manera, el presente trabajo tiene como objetivo central la aproximación al ecuatoriano a la exigibilidad de su derecho a la salud concediéndole una visión panorámica de qué y cómo se puede demandar este derecho humano indeterminado en la norma y condicionado a factores económicos y sociales.

El tipo de metodología empleado es el llamado estudio explicativo que pretende responder las preguntas del ¿por qué?, ¿en qué condiciones? y ¿cómo se relacionan las variables?. No es un trabajo que busque solamente describir un problema, el fin es

estructurar y dar un sentido a un problema, buscar las razones y las relaciones de los diferentes factores que han determinado la realidad de la existencia de éste.

El aporte del trabajo de disertación servirá al campo de derechos humanos dentro de la ciencia jurídica, pues se contribuirá con un análisis investigativo y crítico de los diferentes campos en que se desarrolla uno de los derechos fundamentales determinantes de la condición digna de los seres humanos: la salud.

Considerado internacionalmente como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la salud, gracias a esta tesina, será sistematizado y relacionado en la realidad jurídica y social ecuatoriana, para encontrar las principales grietas en su reconocimiento y consecuentemente reflexionar la posible solución integral que desde la base del sistema jurídico ayudará al disfrute efectivo de la salud de todos los ciudadanos.

CONTENIDO

DEDICATORIA	1
AGRADECIMIENTOS	2
ABSTRACT	3

CAPITULO I

CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD EN EL ECUADOR

1.1	Factores sociales, políticos y económicos que determinan la atención médica actual.....	7
1.2	Análisis del derecho a la salud como “derecho del buen vivir”	
1.2.1.	Alcance del derecho en la Constitución	9
1.2.2.	Alcance del derecho en la ley ecuatoriana.....	13
1.3	El derecho a la salud en la jurisdicción internacional	
1.3.1	Sistema de las Naciones Unidas	16
1.3.2	Sistema Interamericano de derechos humanos.....	22

CAPITULO II

OBLIGACIONES DEL ESTADO ECUATORIANO EN LA TUTELA DE ESTE DERECHO

2.1.	Obligaciones generales	
2.1.1.	Obligaciones de cumplimiento inmediato y progresivo.....	28
2.1.2.	Obligación de respetar.....	30
2.1.3	Obligación de hacer respetar.....	33
2.1.3.1.	Obligación de prevenir.....	33
2.1.3.2.	Obligación de investigar.....	36
2.1.3.3.	Obligación de sancionar.....	36
2.1.3.4.	Obligación de reparar.....	37
2.2.	Obligaciones específicas del carácter fundamental del derecho a la salud	
2.2.1.	Obligaciones derivadas del contenido mínimo esencial del derecho a la salud.....	39
2.2.2.	Obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.....	43
2.2.2.1.	Obligación de disponibilidad.....	43
2.2.2.2.	Obligación de accesibilidad.....	45
2.2.2.3.	Obligación de aceptabilidad.....	47

2.2.2.4. Obligación de calidad.....	48
-------------------------------------	----

CAPITULO III

EL ROL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, RECURSOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS PARA RECLAMAR EL DERECHO A LA SALUD

3.1. Garantías constitucionales.....	50
3.1.1. Garantías normativas.....	52
3.1.2. Políticas públicas.....	54
3.1.3 Garantías jurisdiccionales.....	58
3.2. Recursos judiciales ordinarios.....	77
3.2.1. Acciones penales.....	77
3.2.2. Acciones civiles.....	80
3.3. Recursos administrativos.....	82

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

4.1. Reconocimiento del derecho a la salud.....	85
4.2. Determinación de las obligaciones que el Estado Ecuatoriano debe desempeñar.....	87
4.3. Papel de las garantías existentes para hacer justiciable el derecho a la salud.....	91

BIBLIOGRAFÍA.....	96
--------------------------	-----------

I. CAPITULO

CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA SALUD EN EL ECUADOR

1.1 Factores sociales, políticos y económicos que determinan la atención médica actual

La atención médica actual se encuentra establecida por el Sistema Nacional de Salud, llamado así recientemente en la Constitución del 2008.

Este Sistema basa su estructura en un modelo referencial en Latinoamérica¹ que divide las funciones de dirección, regulación, planificación, coordinación, control y gestión de la salud en cinco procesos, cada uno con sus respectivas autoridades y competencias.

A pesar de este innovador modelo para acatar a cabalidad los preceptos establecidos en nuestra Constitución que demanda mayor eficiencia, eficacia y calidad de la atención médica, los problemas en la prestación de la Salud Pública siguen siendo los mismos.

Desde el primero de estos cinco procesos, el de rectoría, se encuentran grandes falencias, sobre todo de naturaleza política. Es de conocimiento general que el puesto de Ministro de Salud, a lo largo de la historia ecuatoriana, ha sido adjudicado por los gobernantes a cambio de favores o lealtades políticas. Son entregas como botín electoral a grupos que *“lejos de un manejo técnico de los servicios de salud, se concentran en un control de puestos y recursos financieros”*².

Lo mismo ocurre dentro de la unidad de Vigilancia de Salud Pública parte del segundo proceso del Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS). Aquí la autoridad encargada de conocer, resolver, y sancionar el incumplimiento de la Ley Orgánica de Salud y demás normas vigentes³, es la Dirección General de Salud, pero, al parecer los

¹ Cfr., *Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos del Ministerio de Salud Pública*, artículo1.

² Patricio Benalcázar Alarcón. *¿Un derecho enfermo?: la salud en el Ecuador*. Quito, Fundación regional de asesoría en derechos humanos, INREDH, 2002, p.39.

³ Cfr., *Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos del Ministerio de Salud Pública*, artículo12.

cobros “extraoficiales” del personal de salud y los costos indebidos por prestaciones gratuitas que se dan a diario pasan inadvertidos.

La reestructuración del Ministerio de Salud Pública se enmarca en el principio de la de alta desconcentración y baja descentralización⁴, es por esto que se creó el cuarto proceso llamado “Proceso desconcentrado” en el que se busca fortalecer las competencias del Ministerio de Salud Pública dividiéndolas en niveles zonal, provincial y distrital⁵, pero todos estos problemas de tinte político y social han afectado hondamente la consecución de este objetivo. Además que la falta de organización y comunicación entre niveles no han permitido el acceso oportuno, efectivo y real del derecho a la salud⁶.

Al mismo tiempo, hay que considerar que si bien esta nueva red desconcentrada de servicios de salud es extensa, eso no impide que sea ineficiente.

Se busca que la población acuda a los centros de salud en cada parroquia para evitar la saturación de los hospitales generales, pero simplemente esto no resulta porque *“los servicios de primer nivel reciben menor atención y recursos de los que ameritan, reduciendo la prevención y sobrecargando, innecesariamente, los servicios de segundo y tercer nivel”*⁷.

Por último, en el quinto y último proceso dentro del SNS, el “Proceso habilitante” encargado del financiamiento de la salud, la influencia política no falta. A pesar de la disposición vigésima segunda de la Constitución que destina un porcentaje no inferior al 0,5% del PIB al financiamiento del SNS, hasta alcanzar al menos el 4%, el gobierno actual en el año 2012 dio prioridad a la educación e incrementó el presupuesto al sector de la salud en un pequeño porcentaje para pagar a los médicos⁸.

El derecho a la salud, al pertenecer al grupo de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, demanda del Estado un desarrollo progresivo para

⁴ *Ibíd.*, artículo 5

⁵ *Ibíd.*, artículo 6

⁶ Cfr., SENPLADES, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Resolución N° CNP-001-2009, 5 - 11-2009, p.202.

⁷ Patricio Benalcázar Alarcón, *op.cit.* p.40.

⁸ Cfr., *El Diario, Presupuesto del 2012 da prioridad a la educación*, 30 Nov 2011, www.eldiario.ec, acceso: 2012-14-2, 23h00.

ser reconocido íntegramente, sin embargo, este desarrollo está sujeto al escaso nivel socio-económico y político que logra una sociedad como la nuestra.

1.2 Análisis del derecho a la salud como “derecho del buen vivir”

1.2.1. Alcance del derecho en la Constitución de la República

La Constitución ecuatoriana nos presenta una nueva visión del “derecho a la salud” como parte de los derechos del buen vivir o “sumak kawsay” más acorde al Estado constitucional de derechos y justicia en el que vivimos desde el 2008.

Sin duda este nuevo concepto es resultado de una serie de intentos del constituyente, a través de los años, por aproximarse a un sistema garantista de derechos más eficaz.

Una retrospectiva a la historia constitucional nos muestra que en 1812, la primera Constitución ecuatoriana no establecía normas que tuvieran relación directa ni indirecta con la salud⁹. De la misma manera ni el texto constitucional de 1906 ni la Constitución surgida de la transformación juliana del año 1929 expresaban normas respecto al tema de la salud o inclusive al de salud pública.

La Carta Política de 1945 es la primera en mencionar el derecho a la salud aunque no con la misma relevancia que se le da en estos días¹⁰. Este texto constitucional en el artículo 149, numeral 2 señala a la Salubridad Pública como garantía del derecho a la salud y menciona además los principios de universalidad y prevención de éste derecho considerado como fundamental¹¹.

⁹ Cfr., Hernán Fuenzalida Ruelma et al , *El derecho a la salud en las Américas: estudio constitucional comparado*, Washington D.C OMS, publicación científica N°509, 1989, p.209.

¹⁰ Cfr., Hernán Fuenzalida Ruelma et al, *op.cit.*, p.211.

¹¹ NB. Este artículo establece los tres principios básicos para los derechos fundamentales y se considera como norma constitucional precursora de lo enunciado en la actual Constitución. En Dr. Irving Zapater, *Memorias de Diálogo Académico 2008*, Quito, PUCE- Facultad de Jurisprudencia, , 2008, p.92.

En 1978, tras un referéndum decisivo en la historia del sistema constitucional del Ecuador, fue aprobada una nueva Constitución en cuyo texto se reconoce, aunque aún no de forma detallada, a la salud dentro de “los derechos de la persona”.

Sin embargo, es finalmente la de 1998 la que dedica una sección especial destinada a la salud dentro de “De los derechos económicos, sociales y culturales”. En este texto no solo reconoce el derecho a la salud sino que además se alcanza un notable avance legislativo en “*temas prácticos como la gratuidad de los programas de salud, la instauración del Sistema Nacional de Salud, el incremento del presupuesto a este sector, etc.*”¹²

Y es así como llegamos a la actual Constitución aprobada en el 2008. Un gran trabajo intelectual que resultó, a manera de ver de la prensa extranjera, en una de las mejores Constituciones de América Latina.

Ésta hace hincapié en el goce de los derechos como condición del “sumak kawsay” y busca la universalización de los servicios sociales de calidad para garantizar y hacer efectivos estos derechos: “*de este modo, se deja atrás la concepción de educación, salud o seguridad social como mercancías*”¹³.

La salud en nuestra Constitución vigente está contenida en dos partes: Derechos del buen vivir (parte dogmática) y Régimen del buen vivir (parte orgánica).

1. Derechos del buen vivir (sección séptima, capítulo II del título II)

En esta parte dogmática se define a la salud en el artículo 32 bajo las siguientes características:

¹² Dr. Irving Zapater, op.cit., p.92

¹³ SENPLADES, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Resolución N° CNP-001-2009, 5 -11-2009, p.44

NB. El enfoque mercantilista de la salud es contradictorio si se toma en cuenta que es en los países con economías de mercado donde la población está totalmente al margen de los servicios de la salud. Un ejemplo de esta manera materialista y racista de ver a la salud es lo mencionado por el Banco Mundial (1999): “*la falta de priorización en las áreas de salud básica y de educación ha producido severas consecuencias para los pobres, afectando negativamente el desarrollo de este capital humano a largo plazo*”, citado en Derechos económicos, sociales y culturales, Ecuador, Quito, Informe Alternativo, 2001.

1.1. La prestación de salud debe regirse por los principios de universalidad, solidaridad, equidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, “*con enfoque de género y generacional*”.

La Autoridad Sanitaria Nacional debe procurar el reconocimiento de los grupos vulnerables en todo su actuar, como por ejemplo buscando la igualdad en el ejercicio del derecho a la salud entre hombre y mujeres, pero a la vez destacando la natural diferencia que existe entre ellos¹⁴.

Adicionalmente, el artículo 11 brinda una serie de principios para el ejercicio de los derechos, entre los cuales se encuentran:

- Inmediatez y suficiencia para su aplicación
- Interpretación favorable para su eficacia
- Integridad para su ejercicio (no restringible por la ley)
- Desarrollo progresivo normativo, jurisprudencial y político
- Responsabilidad del Estado y reparabilidad de las violaciones

1.2. El Estado está obligado a :

- a) garantizar este derecho mediante políticas sociales, económicas, culturales, educativas, ambientales.
- b) garantizar que el acceso sea permanente, oportuno y sin exclusión.

Este apartado refleja una novedad legislativa pues se determina la obligación del Estado no solo a través de políticas sociales exclusivamente, sino también por medio de políticas económicas, ambientales, etc.

Del mismo modo, nuestra Constitución da un paso más al reconocimiento íntegro del derecho a la salud de los ciudadanos al “*aceptar que velar por ella es responsabilidad pública del Estado*”¹⁵.

1.3. El derecho a la salud depende del ejercicio de otros derechos, como el derecho del agua, la educación, la alimentación, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y “*otros que sustentan el buen vivir*”.

¹⁴ Cfr Dr. Irving Zapater, op.cit. , p.94.

¹⁵ Dr. Irving Zapater, op.cit, p.93.

El texto constitucional consagra al derecho a la salud “como un todo”, no define aisladamente su contenido. Podría entenderse entonces que para el constituyente, “*el derecho a la salud es igual a la Declaración Universal de Derechos Humanos*”¹⁶ dado su vinculación con el sin número de derechos que sustentan el buen vivir.

Sin embargo, en esta Carta Magna se hace efectiva la noción de integralidad al no establecerse jerarquías entre los derechos¹⁷, superando aquella visión de la antecesora que clasificaba a los derechos como civiles, políticos, económicos sociales y culturales, y, colectivos¹⁸.

2. Régimen del buen vivir (sección segunda, capítulo I del título VII)

La parte orgánica del derecho a la salud está contenida en nueve artículos¹⁹ que, por primera vez, detallan el ámbito de funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

En estos artículos se establece los principios y derechos sobre los que se regirá este Sistema, además de expresar la finalidad y la autoridad que lo conducirá.

Entre las responsabilidades del Estado dentro del SNS se encuentra la universalidad y la gratuidad de los servicios públicos de salud en todas sus fases y la confidencialidad de la información de los pacientes. Además de la obligación de cuidar a los grupos de atención prioritaria y de garantizar el acceso a medicamentos seguros y confiables.

Sin embargo, una gran innovación se inserta en el texto constitucional al instaurar un “*marco de referencia indispensable para entender las disposiciones específicas sobre salud*”²⁰ como la promoción de uso de tecnologías ambientalmente limpias, las políticas de prevención de las discapacidades, entre otras.

Sin duda, se puede concluir que la Constitución del 2008 enmarca un derecho a la salud realizable en su contenido y alcance.

¹⁶ Víctor de Currea Lugo, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos, Núm.32, 2005, p.32.

¹⁷ Constitución del Ecuador, R.O. No.449 de 2008, Título II, Capítulo I Principios de Aplicación de los derechos, Artículo 11, numeral 6

¹⁸ Constitución del Ecuador, R.O. No.1 de agosto 1998, Título III, Capítulo IV De los derechos económicos, sociales y culturales, Artículos 42 y 43.

¹⁹ NB. “Es en la historia constitucional la que más artículos dedica a la materia” .Id.

²⁰ Dr. Irving Zapater, op.cit. , p.94.

Se define de manera más íntegra el rol de las autoridades en la rama de salud, creando, por sobre todas las cosas, la posibilidad de un derecho a la salud que sea exigible.

1.2.2. Alcance del derecho en la ley ecuatoriana

A partir del año 2008, el Ecuador ha adoptado la necesidad de adecuar su cuerpo normativo a la Constitución vigente que proclama un Estado de derechos y justicia.

Sin embargo, los cifras del 2012 muestran otra realidad; la cantidad de normas preconstitucionales vigentes sobrepasan por mucho al número de leyes promulgadas a partir de la nueva Constitución.

El Plan Nacional para el buen vivir señala que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con 186 420 normas, de las cuales está vigente 61%, codificado 2%, derogado 21% y 16% perdió vigencia²¹. No es novedad que de ese 61% sean unas pocas las leyes que en verdad sean útiles en esta nueva etapa del Ecuador. Ha decir del Dr. Irving Zapater *“no toda la normativa ha sido aplicada y en realidad, aunque duela decirlo, mucho de lo legislado ha quedado en letra muerta”*²².

En materia de salud la situación es la misma: dentro de ésta estadística encontramos el sinnúmero de leyes, reglamentos y disposiciones que forman parte del gran compendio de normas sobre la salud resultado de la autogestión de varios grupos políticos y sociales de nuestro país.

Tanto en su contenido y alcance, el derecho a la salud no ha sido desarrollado en el campo legal en los parámetros en los que se lo recoge en la Constitución.

La Ley Orgánica de Salud (en adelante LOS) entró en vigor en el año 2006 y no ha tenido reforma alguna. En este cuerpo normativo se define a la salud *“como un derecho fundamental... asociado a la realidad social, cultural, étnica, generacional y de género, económica y ambiental actual”*²³. Al mismo tiempo se consolida el aspecto

²¹ Cfr. SENPLADES, op.cit., p.304.

²² Dr.Irving Zapater op.cit. p.93.

²³ OPS 2008, *Perfil del Sistema de Salud en el Ecuador: monitoreo y análisis de los procesos de cambio y reforma*, Quito, 3ra edición, Octubre 2008, p.16.

“social” del derecho a la salud como responsabilidad del Estado en su promoción y protección.

Sobre el alcance de este derecho, la LOS busca fortalecer el rol del Estado en la salud mediante bases normativas sólidas como la regulación de los servicios de salud y el ejercicio de las profesiones de salud por primera vez en el país.²⁴

Según esta ley, el Ministerio de Salud Pública (en adelante MSP) es el competente para certificar las normas para la acreditación y control de funcionamiento de los servicios de salud tanto públicos como privados.

Además, con esta norma se hace visible un significativo avance en lo que a medicamentos respecta. La LOS garantiza el acceso y la disponibilidad de medicamentos de calidad, al menor costo para la población. Por otro lado, se logra en esta ley, la fijación de tarifas de los servicios de salud del sector público, de las empresas privadas y de medicina prepagada. De esta manera se establece la obligación de todos los servicios de salud a prestar una “atención de manera oportuna, eficiente y de calidad” en un marco de atención integral de salud salvaguardando la vigencia de los derechos humanos²⁵.

Con todo, cabe aclarar que el Reglamento a la LOS si fue promulgada después de la Constitución. En este cuerpo normativo se añade la creación de la Autoridad Sanitaria Nacional (ASN) como ente sancionador de toda infracción a la Ley Orgánica de Salud: de esta manera de acuerdo a la gravedad de la infracción puede juzgar desde el Comisario de Salud, pasando por los Directores Provinciales de Salud hasta llegar al Director General de Salud²⁶.

Por otro lado, dentro del marco legal vigente del derecho a la salud se encuentra también la “Ley del Sistema de Salud”²⁷ promulgada en el año 2002 como resultado del proceso de reforma del sector salud. En ésta se establece por primera vez los

²⁴ Id.

²⁵ *Ibíd.*, p.17

²⁶ Id.

²⁷ NB. Esta ley fue creada con la base del Consejo Nacional de Salud (CONASA), creada en la década de los ochenta, para atender la necesaria coordinación interinstitucional de los modelos de provisión de servicios público, semipúblico y privado. OPS 2007, *La equidad en la mira: la salud pública en Ecuador durante las últimas décadas*, Quito, OPS/MSP/CONASA, 2007.p.284.

principios y normas generales para la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

Esta ley desempeña un papel fundamental en el efectivo reconocimiento del alcance del derecho a la salud puesto que sus normas deberían regular la “red pública integral de salud”²⁸ necesario para el funcionamiento del SNS, tan importante en la estructura del segundo y tercer nivel de atención del servicio de salud que tanto necesita nuestro país.

Las demás leyes especializadas en el tema de salud, son igualmente preconstitucionales. Cada una de estas refleja el proceso disperso, incoherente y coyuntural de elaboración de las normas jurídicas en el Ecuador que “*ha dirigido la atención a intereses políticos antes que a la búsqueda de la satisfacción de los derechos de las personas*”²⁹.

Por ejemplo la ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia vigente desde el año 1999 creada por la presión de las organizaciones femeninas a través del CONAMU³⁰. Incluso la misma ley del Sistema Nacional de Salud fue “*una expresión y producto último de una nueva cultura de la participación ciudadana de la exigencia de organizaciones sociales*”³¹.

Los cuerpos normativos creados a partir de la promulgación de la Constitución, son solo unos pocos reglamentos que norman aspectos muy específicos en materia de salud, como por ejemplo el Reglamento Sustitutivo del Reglamento de buenas prácticas de fabricación, llenado, almacenamiento y distribución de gases medicinales³² que entró en vigencia en enero del 2011.

Finalmente, en el gobierno actual del presidente Rafael Correa se ha “*iniciado el proceso de Transformación Sectorial de Salud del Ecuador (TSSE), que parte del principio de equidad y garantiza el acceso universal, progresivo y gratuito a servicios públicos de salud de calidad a toda la población*”³³.

²⁸ Constitución del Ecuador, R.O. No.449 de 2008, Título VII, Capítulo I Inclusión y Equidad, Artículo 360.

²⁹ SENPLADES, op.cit., p.304.

³⁰ OPS 2007, op.cit., p.285.

³¹ Id.

³² Cfr. A-00000760.RO 359: 10-ene-2011.

³³ OPS 2008, op.cit, p.34.

Este proceso es de alta desconcentración y baja descentralización, divide los niveles y funciones del sistema de salud en el ámbito central, regional y distrital, al igual que con los gobiernos autónomos descentralizados. A pesar de esta novedosa manera de distribuir las obligaciones y competencias del Estado en materia de salud, parece que su implementación en la sociedad ecuatoriana no ha brindado muchos resultados significativos.

1.3. El derecho a la salud en el ámbito internacional

1.3.1. Sistema de las Naciones Unidas

El rol que desempeña todo Tratado e Instrumento Internacional en el ámbito nacional de un Estado es fundamental para el desarrollo progresivo de los derechos, y mucho más si éstos son derechos humanos.

Es por tal motivo que la Constitución de la República del Ecuador recoge el principio pro homine en su artículo 424 segundo inciso, es decir que de esta manera incluso la supremacía de la Constitución no se aplica en situaciones donde el reconocimiento de un derecho es más favorable en un tratado internacional que en esta norma nacional.

El derecho a la salud, por ejemplo, está desarrollado de una forma más completa en un sinnúmero de instrumentos concebidos dentro de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), de la cual el Ecuador es parte desde diciembre de 1945.

Efectivamente, cuenta con más de 26 instrumentos³⁴ entre los cuales en este tema se destacan (en orden cronológico): Constitución de la Organización Mundial de Salud (en adelante OMS) (1945), Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) y la Declaración de Alma-Ata (1978).

³⁴ Cfr. Fernando Alzate Donoso, *Teoría y Práctica de las Naciones Unidas*, Bogotá, Temis editorial, 1997, p.202.

La Constitución de la OMS³⁵ supone el primer reconocimiento a nivel internacional del derecho a la salud³⁶ al afirmar que “*el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica social*”³⁷.

Al mismo tiempo se define a la salud como el “*estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades*”³⁸.

De esta manera se dota al derecho de parámetros de universalidad, anti discriminación y de acceso equitativo. Y se deriva la obligación de los Estados en la adopción de medidas sanitarias y sociales, así como de la promoción y protección de este derecho³⁹; lo que marca un precedente en el Derecho Internacional: la exigibilidad del derecho a la salud.

Tres años más tarde a la promulgación de la Constitución antes mencionada, en 1948, surge la Declaración Universal de Derechos Humanos como reivindicación a la Carta de las Naciones Unidas que contemplaba solo los derechos resultantes de la serie de violaciones y tragedias de la Segunda Guerra Mundial⁴⁰.

En esta Declaración se extiende la tutela internacional a todos los derechos humanos. La salud aparece, junto a la alimentación, la vivienda y otros, como parte del derecho que posee toda persona a “*un nivel de vida adecuado*”⁴¹.

No obstante, es realmente en el año 1966 donde la ONU alcanza un significativo avance en la protección del derecho a la salud. Mediante la

³⁵ NB. La OMS es el organismo especializado en políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial de la ONU, realizada en 1948 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

³⁶Cfr. PROVEA, *La salud como derecho marco nacional e internacional de protección al derecho humano a la salud*, en Víctor de Currea Lugo, *La salud está grave*, Bogotá, 2000, p.31.

³⁷ Enrique Gonzáles, *El derecho a la salud*, en Víctor Avramovich et al, *Los derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p.144.

³⁸ Constitución de la Organización Mundial de Salud, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 y vigente desde el 7 de abril de 1948.

³⁹ Cfr., Enrique Gonzáles, op.cit, p.145.

⁴⁰ NB. “*En la lógica pristina de la Carta esos derechos fundamentales solo serían objeto de tutela y sanción si de alguna manera pusiesen en riesgo la paz y seguridad internacionales a que alude el art. 39*” , en Cfr., Juan de Dios Gutiérrez Baylon, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, Editorial Porrúa, México, 2007, p.189.

⁴¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25, numeral 1.

promulgación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), se establece “*el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud*”⁴².

El artículo 12 de este Pacto sitúa a la salud en dos esferas: como objetivo de cada Estado y como derecho orientado a los grupos vulnerables⁴³. En este contexto, el derecho a la salud se encuentra definido bajo los siguientes términos:

- Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- Obligación del Estado para lograr su progresiva efectividad mediante las medidas de:
 - Reducción de mortalidad y mortalidad infantil
 - Mejoramiento en la higiene del trabajo y del medio ambiente
 - Prevención y tratamiento de las enfermedades
 - Mejoramiento de las condiciones de asistencia médica y servicios médicos para lograr su universalidad⁴⁴

Ampliando el alcance de este derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza el mencionado artículo en la Observación General N°14 y comenta textualmente que:

*La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.*⁴⁵

Por otro lado, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP) del mismo año, agrega un elemento a este marco de protección del derecho a la salud que no había sido incorporado por ningún otro instrumento. En el artículo 7

⁴² Enrique Gonzáles, op.cit, p.145.

⁴³ Cfr., PROVEA, op.cit., p.34.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, numeral 1, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

de este cuerpo se subraya “*la prohibición del sometimiento del individuo a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento*”, sugiriendo de esta manera incorporar aspectos éticos dentro de la salud y en particular a la práctica de la medicina.

Posteriormente, una década más tarde, se organiza en Kazajistán la “*Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Alma-Ata*”⁴⁶ que dio como resultado la promulgación de 10 reglas que, aunque no son vinculantes, si proporcionan un gran aporte en lo que a responsabilidad del Estado respecta. Estas reglas, en lo principal, consideran al derecho a la salud como la meta social más importante a nivel mundial. Y dada la gran desigualdad en el reconocimiento de este derecho, debe ser una preocupación común de todos los países y no solamente de los que están en vías de desarrollo.

La Organización de Naciones Unidas, además de contemplar todos estos instrumentos internacionales para la promoción y protección de derechos humanos, cuenta con una estructura organizacional muy compleja en todos los campos creados en virtud de la Carta de la ONU y de los Tratados Internacionales de derechos humanos que bajo su seno se han promulgado.

Son principalmente cinco los órganos que de manera directa promueven el derecho a la salud:

- Consejo de Derechos Humanos

El Consejo es el responsable de promover el respeto universal de los derechos humanos. Éste aborda situaciones que involucren violaciones a los derechos humanos, incluyendo infracciones graves y sistemáticas, y por supuesto las recomendaciones respectivas⁴⁷.

Se puede decir que este es el órgano que permite hacer efectivos los derechos reconocidos dentro de la ONU y ha desempeñado un papel fundamental en el alcance de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales al participar

⁴⁶ NB. Llevada a cabo por las organizaciones más importantes en materia de reconocimiento de derechos humanos: la OMS /OPS y UNICEF.

⁴⁷ Jessica Almqvist y Felipe Gómez, *El Consejo de Derechos Humanos: un paso audaz hacia derechos efectivos para todos*, en N°40 *El Consejo de Derechos Humanos: oportunidad y desafíos*, Bilbao, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos, 2006, p.45.

activamente en la redacción y promulgación del Protocolo Facultativo al PIDESC en el año 2009.

- Consejo Económico y Social (ECOSOC)

Este órgano compuesto por 54 miembros⁴⁸ es un órgano principal de la ONU creado para, entre otras funciones, llevar a cabo investigaciones respecto a temas de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario que le permitan hacer recomendaciones a la Asamblea General.

En el año 2009, a raíz de la crisis económico-financiera, el ECOSOC exhortó a fortalecer la cooperación internacional y asistencia en el ámbito de la salud y sostuvo que la financiación externa debe volverse más predecible y mejor alineada con las prioridades nacionales y con el fortalecimiento de los sistemas de salud⁴⁹.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Es el órgano supervisor de la aplicación del PIDESC por sus Estados partes. Estos deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos.

El Ecuador en el Informe periódico presentado al Comité el 20 de mayo de 2011 señaló que entre las medidas adoptadas para garantizar el derecho del acceso a la salud, el Estado desarrollará un módulo especial de formación en derechos humanos y derechos a los pacientes, dirigidos a todo el personal que labora en el sector público del área de salud⁵⁰. Actividad que no se ha cumplido hasta el presente año. Sin embargo, otras medidas como los programas de vacunación a nivel nacional o el Plan de reducción acelerada de la mortalidad materna y neonatal si han sido ejecutadas.

Por otro lado, el Comité celebra en Ginebra, dos periodos de sesiones al año, que son expresadas en forma de Observaciones Generales.

⁴⁸ NB. La participación de América Latina está en 0,13% y Europa occidental en cambio 7,32%. Cfr. Fernando Alzate Donoso, op.cit., p.152.

⁴⁹ Cfr., Centro de noticias ONU, *Ecosoc expresa preocupación por impacto de crisis en la salud*, 9 Jul 2009, www.un.org., acceso: 2012-05-03, 23h00.

⁵⁰ Cfr., Consejo Económico y Social, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, terceros informes periódicos que deben presentar los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto- Ecuador*, Naciones Unidas, 20 mayo 2011, párr. 391.

Sin duda, la Observación General N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental constituye uno de los pilares del reconocimiento de este derecho en el ámbito internacional.

- Corte Internacional de Justicia

Este es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, unido al Tribunal Permanente de Justicia Internacional.

De los 185 Estados miembros de la ONU, solo 57 han aceptado esta jurisdicción⁵¹, lo que demuestra su poca efectividad. A decir de Juan de Dios Gutiérrez:

*La Corte necesita una especialización por materias porque conoce de un ya muy engrosado derecho internacional genérico. Su jurisprudencia termina por convertirse en el vector del derecho internacional general.*⁵²

El caso más polémico ante esta Corte por parte de nuestro país⁵³ es la demanda presentada contra el Estado colombiano a inicios del 2008, por las fumigaciones aéreas con herbicida tóxico sobre las plantas de coca en territorio ecuatoriano, las que causaron daños serios a la salud de la población que habitaba en la frontera.

- Organización Mundial de la Salud

Es el órgano directivo y coordinador de la acción sanitaria en el Sistema de las Naciones Unidas. Su objetivo es alcanzar “*el acceso equitativo a la atención sanitaria y la defensa colectiva frente a amenazas transnacionales*”⁵⁴.

Esta Organización ha realizado un memorable trabajo de investigación sobre la salud en el mundo, presentando estadísticas de todos los países que sirven de base para tomar decisiones sobre políticas y financiación al interior de cada Estado.

⁵¹NB. La jurisdicción de esta Corte que cada Estado acepta se expresa en 2 maneras: de naturaleza voluntaria y de jurisdicción obligatoria (art.36, núm. 2 Estatuto).

⁵² Juan de Dios Gutiérrez Baylón, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, México, Editorial Porrúa, 2007, p.213.

⁵³ NB. Ecuador y Colombia reconocieron las competencias de la Corte Internacional de Justicia en el Pacto de Bogotá de 1948.

⁵⁴ Organización Mundial de Salud, *Acerca de la OMS*, www.who.int, acceso: 2012-05-03, 23h30.

A pesar de los esfuerzos teóricos y prácticos que ha alcanzado la ONU, para muchos, esta organización es la menos moderna, capacitada y eficiente para enfrentar la dinámica del sistema internacional a causa de las bases y estructuras en la que se desarrolla, pues en la práctica, éstas siguen siendo las mismas con las que fue fundada hace décadas atrás.⁵⁵

1.3.2. Sistema Interamericano de derechos humanos

A nivel regional, se crea el Sistema Interamericano de derechos humanos inspirado en los principios y la estructura institucional del sistema europeo⁵⁶, para brindar a los ciudadanos de este continente una oportunidad adicional para reivindicar sus derechos fundamentales.⁵⁷

El punto de partida de este Sistema fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948 por la Novena Conferencia Internacional Americana⁵⁸. Pero, es con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁹ cuando el Sistema Interamericano se consolidó como una institución de mecanismos más eficaces para la promoción y protección de los derechos humanos. Sin embargo, se podría decir que específicamente, en materia de derechos sociales, es lo contrario.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud es el primero de los seis derechos sociales reconocidos, entre los

⁵⁵ Diss. FLORES ESTEVEZ Evelyn Alexandra, *Órganos internacionales en el sistema internacional contemporáneo: La Organización de las Naciones Unidas y los objetivos del desarrollo del milenio, su aplicación en Ecuador*, Facultad Ciencias Humanas- Escuela de Sociología y Ciencias Políticas, PUCE, Quito, 2008. p. 56.

⁵⁶ Cfr., Viviana Kristicevic, *La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano*, en Alicia Yamin, *Los derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina*, México, IDRC, CRDI, 2006, p.171.

⁵⁷ Alicia Eli Yamin, *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, México, 2006, p.171.

⁵⁸ NB. En esta Conferencia se creó la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuya Carta proclama los "Derechos Fundamentales de la Persona Humana".

⁵⁹ NB., La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos se realizó en 1969, pero la Convención Americana entro en vigencia el 18 de julio de 1978 en San José de Costa Rica.

que se incluyen la educación y el trabajo⁶⁰. En ésta se concibe además al derecho a la salud en su interrelación con otros derechos como la alimentación o la vivienda⁶¹.

Por otro lado, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se protege de manera directa a los derechos sociales⁶², simplemente se remite a las normas sociales y económicas contenidas en la Carta de la OEA⁶³.

Esta norma ha sido criticada históricamente como una “*norma no operativa, limitándola a una simple expresión de objetivos pragmáticos, pero no de obligaciones legales vinculantes, ni derechos justiciables*”.⁶⁴

De la misma manera el Protocolo Adicional a esta Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), previsto por el Sistema Interamericano para completar el vacío en materia de derechos sociales, solo establece una estructura de protección a dos derechos: la educación y la libertad sindical. Es procedente la presentación de denuncias individuales en caso de violaciones únicamente a estos dos derechos.⁶⁵

En el Protocolo de San Salvador, no obstante, ya se concreta una norma más completa que defina el contenido y las obligaciones estatales en razón del derecho a la salud en el ámbito interamericano.

El artículo 10 define el derecho a la salud en los términos en que lo hace la OMS, es decir como “*el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*”, pero, complementariamente esta norma da el carácter de “*bien público*” a este derecho, derivándose así una serie de obligaciones que el Estado debe adoptar. Entre

⁶⁰ Cfr., PROVEA, op.cit., p.36.

⁶¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XI.

⁶² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26.

⁶³ NB. Sobre el derecho a la salud, la Carta de la OEA estipula en su artículo 33 las metas que deben alcanzar para contribuir al desarrollo integral: “*i. Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica...*”.

⁶⁴ Claudia Martín et al, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-American University- Universidad Iberoamericana, 2004, p.460.

⁶⁵ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), Artículo 19 “medios de protección”, numeral 6.

estas se encuentra la creación de la atención primaria de salud accesible a todos y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos más vulnerables⁶⁶.

Aunque exista un escaso reconocimiento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de este Sistema Interamericano, la Convención Americana ha hecho referencia al tema en varios de sus Informes Generales e inclusive en los específicos para ciertos países. Un claro ejemplo es el Informe sobre Cuba elaborado en 1983; en éste se lleva a cabo un análisis muy detallado de los parámetros sobre los cuales el Sistema Interamericano ha de evaluar la satisfacción del derecho a la salud a manos del Estado, entre éstos se desprende: el marco legal nacional de protección, la cobertura de los servicios de salud adentro del territorio, los índices y estadísticas derivadas de este tema, así como las políticas públicas del gobierno de turno, entre otras⁶⁷.

Aparte de las normas sustantivas de cada derecho, es indispensable también la parte práctica que brinde mecanismo efectivos para la protección de los derechos fundamentales.

Dentro del Sistema Interamericano, existen dos vías para proteger los derechos contenidos en los instrumentos internacionales forjados en su seno. Estas son: la vía contenciosa y la no contenciosa.

- Vía no contenciosa

Se promueven los derechos sociales a través de tres mecanismos: Informes temáticos realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana y a través de los Informes periódicos sobre la situación de derechos humanos en un determinado país.

El Protocolo de San Salvador estipula el compromiso de los Estados a presentar *“informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo”*⁶⁸.

Informes que serán revisados por el Consejo Interamericano Económico y Social y

⁶⁶ *Ibíd.*, Artículo 10 “Derecho a la salud”, numeral 2.

⁶⁷ *Cfr.*, PROVEA, *op.cit.*, p.128.

⁶⁸ Protocolo de San Salvador, artículo 19, numeral 1.

demás organismos especializados del Sistema Interamericano a fin de que se examine el trabajo interno de los Estados por adoptar las disposiciones internacionales.

Sin embargo esta vía se enfrenta al problema de que el tratamiento de los derechos sociales es limitado y restringido⁶⁹, lo que resulta en un camino no muy útil para este acometido.

- Vía contenciosa

Está limitado a la normativa aplicable en cada país en virtud del grado de compromiso a nivel internacional. En el caso del Ecuador, se ha ratificado tanto la Convención Americana como su Protocolo Adicional, además de haber aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte⁷⁰.

Las decisiones tomadas ante la Corte o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son sumamente valiosas porque no solo incluyen disposiciones sobre medidas que amparen a los derechos vulnerados sino también se extiende a la reparación de estos⁷¹. A ejemplo el Caso de Víctor Rosario Congo vs Ecuador⁷² en el que la Comisión formuló dos recomendaciones generales sobre políticas de salud además de resolver sobre un derecho vulnerado; inclusive se exhortó brindar atención médico psiquiátrica a las personas que padecen enfermedades mentales y de dotar al servicio de salud especialistas a los centros penitenciarios.⁷³

En nuestro país las sentencias de la Corte Interamericana, que eran ejecutadas por la Procuraduría General del Estado para luego ser asumidas por el Ministerio de Justicia, han jugado un papel muy importante dentro de las acciones del Estado Ecuatoriano. Por ejemplo en el Caso Albán Cornejo vs. Ecuador, la Corte declaró la violación del derecho a la integridad personal, a la protección judicial y el derecho a las garantías judiciales por parte del Estado ecuatoriano, y dispuso la realización de una amplia difusión de los derechos de los pacientes y de programas para la formación

⁶⁹ Cfr., Viviana Kristicevic, op.cit., p.176

⁷⁰ NB. El 24 de julio de 1984 el Ecuador reconoció la vigencia de los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos), mediante Decreto No. 2768, de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial No. 795 del 27 del mismo mes y año.

⁷¹ Cfr., Viviana Kristicevic, op.cit., p.178.

⁷² CIDH, caso Víctor Rosario Congo vs Ecuador, Informe 63/99, párrafo 103, incisos 3 y 4.

⁷³ Cfr., Viviana Kristicevic, op.cit., p.178.

y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de salud sobre la normativa y las sanciones por incumplimiento.⁷⁴

Pese al gran trabajo de estos dos órganos del Sistema Interamericano en los casos litigiosos, la vía contenciosa también parece enfrentarse a grandes problemas como la falta de jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido de los derechos. De hecho, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Ecuador cumplir con medidas reparativas (indemnización económica a familiares) en el caso “*Vera Vera y otros vs. Ecuador*” debido al incumplimiento del Estado de suministrar atención médica adecuada a una persona que estaba bajo su custodia, y además la violación a la obligación de investigar, juzgar y sancionar.

En esta sentencia dictada en mayo del 2011, la Corte resolvió que los hechos constituían violación al derecho a la vida y a la integridad personal, a las garantías jurisdiccionales y a la protección judicial sin siquiera mencionar ni el contenido ni el alcance del derecho a la salud que claramente fue violado en este caso.

Por otro lado, otros problemas son el impedimento, en principio, de la aplicación de la Declaración Americana por parte de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y posteriormente la falta de respuesta de la Comisión Interamericana a una buena parte de las denuncias que recibe, por falta de recursos humanos y financieros para hacer frente a sus obligaciones⁷⁵.

Sin embargo, a estas dos vías antes mencionadas para proteger los derechos, podemos agregar además el abanico de posibilidades de vías indirectas para exigir el cumplimiento de los derechos sociales, que se pueden resumir en los siguientes⁷⁶:

- Interpretación comprensiva de un derecho civil y político mediante el reclamo de un derecho definido como civil o político se puede proteger de manera indirecta un derecho económico o social.

⁷⁴ Diss., GALEAS CASTRILLÓN María Gabriela, *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: hacia el cumplimiento integral de las indemnizaciones compensatorias sentenciadas por la Corte Interamericana de derechos humanos en Ecuador*, Facultad de Jurisprudencia, Quito, PUCE, 2010, p.94

⁷⁵ NB. Existen 900 peticiones que han quedado sin respuesta anualmente según los informes anuales de la CIDH en los últimos años. Cfr., Viviana Kristicevic, op.cit., p.178.

⁷⁶Cfr., *Ibíd.*, p.183.

- Apelación a la violación a la garantía del debido proceso y la falta de tutela judicial efectiva de los derechos sociales
- Identificación de actos, prácticas o políticas discriminatorias que afectan al goce de un derecho social

Un claro ejemplo del uso de estas vías indirectas es el caso de Víctor Rosario Congo vs Ecuador en el que la Comisión ha protegido el derecho a la salud a través de una interpretación comprensiva del derecho a la vida. Aquí la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que la mala asistencia médica, la falta de cuidados vitales y de asistencia psicológica vulneró los derechos a la salud y la vida; aunque en la parte resolutive del informe se señaló de manera expresa solamente la violación del derecho a la vida.⁷⁷

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en conclusión, sufre grandes falencias que radican en la falta de claridad acerca del valor y alcance de la Declaración Americana⁷⁸, y sobre todo, en el escaso desarrollo del contenido y alcance de los derechos sociales que descansan en una arquitectura institucional débil.

⁷⁷ Id.

⁷⁸ NB. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N°10 señaló que la Declaración Americana si bien no es un tratado, si constituye una fuente de obligaciones internacionales en cuanto determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA.

I. CAPITULO

OBLIGACIONES DEL ESTADO ECUATORIANO EN LA TUTELA DEL DERECHO A LA SALUD

2.1.Obligaciones generales

2.1.1. Obligaciones de cumplimiento inmediato y progresivo

La Constitución del 2008 recoge, en un mismo artículo, dos grandes principios imprescindibles en el reconocimiento del derecho a la salud y las obligaciones estatales que de éste se deriva. En primer lugar se estipula que “*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación*”⁷⁹ y, en segundo lugar, se menciona el principio de progresividad y el de no regresividad⁸⁰.

Sobre estos principios de la teoría general de los derechos humanos, la doctrina, tradicionalmente, hace una distinción: se ha considerado que son de cumplimiento inmediato solo los derechos civiles, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante desc) son de desarrollo progresivo⁸¹.

A pesar de esta diferenciación, vale afirmar que todos los derechos humanos tienen tanto aspectos de cumplimiento inmediato como de carácter progresivo gracias a las varias dimensiones en la que se fundamenta cada derecho.

El Dr. Ramiro Ávila lo esclarece con el siguiente ejemplo:

*“...la prohibición de la tortura es de cumplimiento inmediato pero que, al mismo tiempo, requiere de progresividad en su aplicación, conforme avanza la ciencia y la técnica, así como la sensibilidad social de la humanidad”*⁸²

⁷⁹ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título II Derechos, Artículo 11, núm.3.

⁸⁰ *Ibíd.*, núm.8

⁸¹ Ramiro Ávila Santamaría, *Principios de aplicación de los derechos*, en *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, Serie Investigación N°14, 2009, p.51.

⁸² *Ibíd.*

La salud, asimismo, necesita de un reconocimiento inmediato en cuanto a su contenido, pero mientras aparezcan nuevas enfermedades y con eso las nuevas tecnologías médicas, entonces requerirá del Estado la obligación progresiva en la observancia de este derecho.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, introduce en el Capítulo III de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el concepto de “desarrollo progresivo”, entendido como el principio que exige que “*a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los desc*”⁸³.

Por otro lado, dentro del Sistema de Naciones Unidas, el PIDESC en su artículo 2 establece el principio de progresividad en relación con el máximo de los recursos que disponga un Estado, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos, a través del uso de todos los medios apropiados, en particular la adopción de medidas legislativas.

De manera más específica, la Observación General N°14, complementa el contenido de estas obligaciones ante el derecho a la salud en los siguientes puntos:

- Obligaciones de efecto inmediato⁸⁴:
 - Garantizar el ejercicio de este derecho sin discriminación alguna
 - Adoptar medidas deliberadas y concretas, dirigidas a la plena realización del derecho a la salud
- Obligación de realización progresiva⁸⁵:
 - Obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del derecho.

En el Ecuador estas obligaciones parecen no estar claras para las autoridades.

En efecto, la mayoría de violaciones al derecho a la salud se da en primera mano en la atención en clínicas y hospitales públicos. El personal médico no tiene conciencia sobre los derechos humanos y mucho menos sobre el deber que tienen de

⁸³ Comisión IDH, Informe Anual Comisión IDH 1993, OEA, ser L/V/II.85 Doc 8 rev, Washington, 1994, Cap.V, Título II, parr.3.

⁸⁴ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, numeral 30, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

⁸⁵ *Ibíd.*, numeral 31.

socorrer inmediatamente y sin discriminación al ciudadano que acuda por este servicio. Casos de impedimento de acceso a hospitales porque “no hay espacio” o porque se debe cancelar primero cierta cantidad de dinero para recibir atención médica, son muy comunes hoy en día.

Y por otro lado, aunque esté muy arraigado el concepto de que la salud es un derecho que el Estado puede brindar progresivamente, tampoco se lo razona correctamente. No se concibe aún la idea que de la mano de la progresividad se encuentra la restricción de la regresividad⁸⁶. Cuando el Estado se obliga a mejorar la situación de un derecho, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes⁸⁷.

Por ejemplo este gobierno ha sido denunciado por usar la declaración de emergencias sanitarias como cortina para ocultar el estancamiento en el gasto público en salud, sector que en lugar de recibir medicamentos y mayor cobertura médica, ha recibido grandes compras inútiles como televisiones de plasma para algunos hospitales⁸⁸.

2.1.2. Obligación de respetar

La Constitución ecuatoriana establece que “*el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*”⁸⁹. Este postulado, según nuestra Carta Magna, constituye uno de los principios para el ejercicio de los derechos y además, refleja una forma tradicional de clasificación de

⁸⁶ *Ibíd.*, numeral 32. En el mismo sentido se desarrolla la prohibición de no regresividad en el párrafo 32 de la Obligación General N°3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”.

⁸⁷ Julieta Rossi y Víctor Abramovich, *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol.9, N° Extra 1, 2007, p.466. Un ejemplo es el caso en el que un Estado decida, bajo cualquier cuerpo normativo, dejar de suministrar medicamento a grupos vulnerables, como por ejemplo a portadores de VIH por motivos discriminatorios o de cualquier otra índole.

⁸⁸ Radio Equinoccio, *Renuncian médicos de Ecuador por política de salud*, publicado 27 Mayo 2012, www.radioequinoccio.com, acceso: 10/06/2012, 17:20.

⁸⁹ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título II Derechos, Artículo 11, núm.9.

las obligaciones generales de los Estados establecidos en los instrumentos internacionales: respetar y hacer respetar⁹⁰.

La obligación de respetar es una obligación negativa, de abstención; y por otro lado, la obligación de hacer respetar (tratado ampliamente en el siguiente apartado) implica una obligación positiva, de hacer.

Principalmente el deber de respetar envuelve la no violación por acción de ninguno de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales ni en la normativa nacional; demanda al Estado “*obligaciones de abstención frente a las manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos*”⁹¹.

La Convención Americana de Derechos Humanos recoge prioritariamente esta obligación dentro de su texto, en el primer artículo:

“1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Esta norma, a manera de ver de la Corte IDH, refleja la necesidad de limitar las acciones estatales en tanto que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana, y por tanto, superiores al poder de cualquier Estado⁹².

Por otro lado, la Obligación General N°14 define particularmente esta obligación de respeto dentro del derecho a la salud bajo los siguientes criterios⁹³:

- Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos.

⁹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, op.cit., p.52 ,54.

⁹¹ Id.

⁹² Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y otros, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Fontamara- American University- Universidad Iberoamericana, México, 2004, p.84.

⁹³ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, numeral 34, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

- Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado
- Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.
- Abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos⁹⁴.
- Abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud.
- Abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva.

Ambos instrumentos internacionales mencionados anteriormente, resaltan como precepto condición de esta obligación la “no discriminación” en todas sus formas en la prestación de la salud.

Siguiendo la misma línea⁹⁵, la Observación General N°14 que establece detalladamente el contenido y alcance del artículo 12 del PIDESC, establece la prohibición de discriminación por cualquier motivo sea social, económico, físico, cultural, etc., en lo referente al acceso a la atención y los factores determinantes básicos de la salud que menoscabe la igualdad de goce de este derecho.⁹⁶

Adicionalmente, el Comité menciona la posibilidad de la existencia de actos discriminatorios no manifiestos, como es el caso de una asignación inadecuada de recursos para la salud, verbigracia las inversiones estatales en servicios curativos

⁹⁴ NB. Casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas

⁹⁵ NB. De la misma manera El Principio de Limburgo, núm.37 estableció que “*Los Estados deben eliminar la discriminación de jure mediante la abolición inmediata de los actos legislativos discriminatorios...que afecten la posesión y el disfrute de los DESC*”

⁹⁶ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, numeral 18, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

caros que resultan accesibles a solo una pequeña parte de la población en detrimento de la mayoría⁹⁷.

En nuestro país las violaciones a esta obligación de respetar se dan en todos los niveles de atención dentro del Sistema Nacional de Salud. Se niega el acceso a los hospitales generales por motivos administrativos, como es el caso de centenares de ecuatorianos que al no conocer la ubicación de los centros de salud de atención primaria, acuden a los hospitales en las grandes ciudades donde se les cierra las puertas.

2.1.3. Obligación de hacer respetar

La obligación de hacer respetar supone acciones positivas del Estado que permitan proteger el derecho a la salud tanto de la autoridad pública como de violaciones por terceros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁸, a fin de estudiar íntegramente el contenido y alcance del derecho a la salud, clasifica estas acciones positivas en cuatro obligaciones: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

2.1.3.1 Obligación de prevenir

La prevención es un deber que cada Estado cumple cuando adopta medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades⁹⁹ recogidos en los instrumentos internacionales y en el ordenamiento jurídico nacional.

Estas medidas que pueden ser de carácter jurídico, político, administrativo y cultural permiten salvaguardar los derechos humanos y, sobre todo, constituyen un

⁹⁷ *Ibíd*, numeral 19.

⁹⁸ Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm.4, párr.175.

⁹⁹ NB. Así lo estipula la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 2 y el Protocolo de San Salvador ; de la misma manera en el Sistema Universal se recoge esta obligación en el PIDCP , artículo 2.

marco que asegura el reconocimiento efectivo y el establecimiento de sanciones en caso de eventuales violaciones¹⁰⁰.

En palabras de la Corte IDH, el Estado debe:

*“...organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*¹⁰¹

En materia de salud, a los Estados les corresponde planificar, realizar y dirigir todas estas medidas para proteger este derecho tanto de la función pública como del accionar de terceros.

La Observación General N°14 considera que, de manera general, compete al Estado reconocer “suficientemente” el derecho a la salud mediante la aplicación de leyes y adoptar una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio de este derecho¹⁰². Y específicamente, las medidas adoptadas deben procurar prevenir los siguientes problemas:

- Enfermedades infecciosas
- Problemas de servicios básicos accesibles y salubres
- Servicios de salud sexual en áreas rurales
- Falta de organización política y humana en los centros de salud
- Contaminación del medio ambiente

Adicionalmente, el Estado tiene el deber de impedir que terceros vulneren el derecho a la salud mediante medidas legislativas que por ejemplo regulen los

¹⁰⁰ Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm.4, párr.175.

¹⁰¹ Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm.4, párr.166.

¹⁰² Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, numeral 36, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

servicios de salud proporcionados por particulares, o la creación de políticas públicas de control sobre la comercialización o utilización del equipo médico y de medicamentos¹⁰³; principalmente, el Estado debe comprometerse porque *“la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud”*¹⁰⁴.

Las violaciones a esta obligación de prevenir implican principalmente la no adopción o aplicación de medidas legislativas compatibles con las obligaciones nacionales e internacionales preexistentes¹⁰⁵ (recogido en nuestra Carta Magna bajo el nombre de *“garantías normativas”*¹⁰⁶).

Sobre este punto, nuestra Constitución recoge nuevos parámetros y principios basados en el “buen vivir” que no se encuentran recogidos en muchos de los cuerpos normativos que reglamentan el derecho a la salud puesto que no han sido codificados hace ya más de 20 años. Como por ejemplo la Ley de aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados de 1986, o la Ley que regula el funcionamiento de las empresas privadas de salud y medicina prepagada que entró en vigencia en agosto de 1998.

De la misma manera, constituye una violación a este derecho *“la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia”*¹⁰⁷. Al respecto, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 reconoce que los sistemas de información

¹⁰³ Cfr. Mariana Pérez Agüelles, *Cinco miradas sobre el derecho a la salud: estudios de caso en México, El Salvador y Nicaragua*, México, Fundar, 2010, p.23.

¹⁰⁴ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N° 14, numeral 35, período de sesiones N° 22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, numeral 48.

¹⁰⁶ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título III Garantías Constitucionales, artículo 84.

¹⁰⁷ *Id.*, numeral 52.

sobre salud son aún parciales, disgregados y con altos subregistros, y por tanto insuficientes para el conocimiento de la realidad y la toma de decisiones públicas¹⁰⁸.

2.1.3.2. Obligación de investigar

Esta obligación demanda al Estado un deber jurídico propio respecto a la búsqueda efectiva de la verdad en toda situación en la que se haya violado los derechos humanos protegidos por los instrumentos internacionales¹⁰⁹.

Cada gobierno debe emprender actividades para “*promover, mantener y restablecer la salud de la población*”¹¹⁰, mediante la consecución de acciones positivas como investigaciones y suministro de información sobre atropellos al derecho a la salud.

Si bien estas violaciones pueden cometerse en la esfera individual, es imperativo que el Estado dirija sus esfuerzos a fomentar trabajos de investigación en asuntos médicos que tengan incidencia en grupos grandes de población para evitar nuevas infracciones al derecho a la salud, como por ejemplo en casos de medicina ancestral o de enfermedades venéreas (la mayoría de las violaciones del derecho a la salud en estas cuestiones se da por falta de información).

2.1.3.3. Obligación de sancionar

Esta obligación requiere una acción positiva del Estado, quizá la más importante en la búsqueda de un derecho a la salud justiciable.

Comprende la sanción efectiva a los responsables (materiales e intelectuales) de hechos violatorios a los derechos humanos, lo que implica un aparato de justicia

¹⁰⁸ SENPLADES, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Resolución N° CNP-001-2009, 5 -11-2009, p.190.

¹⁰⁹ Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm.4, párr.177.

¹¹⁰ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, numeral 37, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

eficiente, que contenga mecanismos sencillos, rápidos y eficaces, un proceso célere, garantías del debido proceso, sanciones proporcionales y la justa reparación.

En nuestro país, son comunes los casos de omisión de este deber del Estado si ponemos a consideración la cantidad de procesos sin sentencia que dejan en la impunidad¹¹¹ tantos atropellos a este derecho del buen vivir dentro de la Red Integral de Salud. Son varios los casos sin sentencia y las acciones jurídicas que se han quedado inconclusos¹¹² porque no se reconoce legalmente el ejercicio del derecho a la salud desde una perspectiva integral, o bien porque se declaran prescritas estas acciones.

2.1.3.4. Obligación de reparar

La última obligación dentro del grupo de los deberes que tiene el Estado de “hacer respetar” los derechos recogidos en la Constitución, es la obligación de reparar.

La autoridad debe procurar, una vez comprobado la existencia de violación al derecho, la realización de todos los actos que permitan compensar de alguna manera el daño causado por este atropello a los derechos de los ciudadanos y adicionalmente la práctica de actos que impidan que se vuelvan a cumplir las mismas violaciones.

Está claro que el Estado debe buscar todos los medios posibles a nivel interno para que las reparaciones sean ejecutables en la realidad de la víctima, porque de no hacerlo, ya sea por falta de recursos que imposibiliten la práctica de los actos reparatorios o porque simplemente éstos no están entre las prioridades del Estado, se activan los sistemas internacionales de protección de derechos y el Ecuador será responsable internacionalmente.

¹¹¹ NB. “*La impunidad es la principal violación al deber de garantía*” Refiriéndose a la jurisprudencia de la CIDH en los casos Castillo Páez, Ignacio Ellacuría S.J. y otros c. El Salvador, Héctor Marcial Garay Herмосilla y otros c. Chile, en Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y otros, op.cit., 2004

¹¹² Cfr. Janet Tello Gilardi, op.cit., p.167.

De conformidad con los principios generales del derecho internacional “*ante la violación de las normas internacionales por parte de un Estado, éste es internacionalmente responsable y en consecuencia tiene el deber de reparar*”¹¹³.

El deber de reparar comprende una serie de formas tendientes a compensar mediante alguna acción del Estado, los daños causados por la violación al derecho a la salud. Estos se resumen en¹¹⁴:

- *Restitutio in integrum* de los derechos afectados
- Tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada
- Anular, por parte del Estado, ciertas medidas administrativas
- Pago de indemnizaciones (pecuniaria)
- Medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.

Como bien se mencionó anteriormente, dentro de la jurisdicción nacional muchos son los casos de sentencias no ejecutadas y en las que, por tanto, no se llegó a establecer la reparación. A nivel internacional, se puede decir que ocurre lo mismo, las reparaciones establecidas por la Corte IDH tampoco son cumplidas en su mayoría por parte del Estado ecuatoriano.

¹¹³ Corte I.D.H., Caso Garrido y Baigorrua, Reparaciones, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, núm.39, párr.41.

¹¹⁴ Id.

2.2. Obligaciones específicas del carácter fundamental del derecho a la salud

2.2.1. Obligaciones derivadas del contenido mínimo esencial del derecho a la salud

El papel que desempeña el Estado en el respeto y garantía del derecho a la salud, ha sido examinado ya hace mucho tiempo a lo largo de la historia.

Montesquieu reflexionaba sobre la idea de que las leyes podían evitar la propagación de las enfermedades: *“Las cruzadas nos habían traído la lepra, pero los prudentes reglamentos que se hicieron impidieron su propagación a la masa del pueblo...puesto que corresponde a la sabiduría de los legisladores velar por la salud de los ciudadanos”*¹¹⁵.

Voltaire sostenía que las vacunas contra la viruela eran un bien social y constituían un medio racional de protección, además de ser un deber del Estado¹¹⁶.

Desde aquellos tiempos, no se debatía sobre la necesidad de legislar o no el tema de la salud; el problema surgía al momento de establecer el ámbito, alcance y fin de las normas que reconocerían a la salud como derecho.

En las últimas décadas precisamente se ha compartido la idea de corrientes positivistas y liberales que critican la posibilidad de consagrar al “derecho a la salud” como tal dada la naturaleza intangible de este “bien”. Ellos sostienen que la salud está condicionada a factores en los que el derecho no puede intervenir¹¹⁷, por lo que ubicar a este “derecho a la salud” dentro de los deberes del Estado resultaría

¹¹⁵ Víctor de Currea Lugo, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos, Núm.32, 2005, p.45.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p.46.

¹¹⁷ NB. *“Para algunos autores, la salud sólo se puede exigir en el terreno de la “protección de la salud”, pues, según ellos, sólo es materia del Estado la oferta de servicios, siendo las otras variables más o menos “naturales” y ajenas a la acción colectiva”*, citando a Eduardo Martínez en su obra *“Tratado del derecho a la protección de la salud, Ibíd.*, p.47.

prácticamente imposible¹¹⁸. Sería mejor hablar de un “derecho a la atención a la salud” el cual “*si sería convertible en obligaciones positivas y definibles*”¹¹⁹.

Sin embargo, esta definición poseería un error si se considera a la “atención a la salud” solo como una parte de la amplia gama de factores que determinan este derecho. Así lo señala la Observación General N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud¹²⁰, que en su párrafo 4 menciona:

El más alto nivel posible de salud física y mental no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación, la nutrición y la vivienda

Complementariamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que:

*Un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano... Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud*¹²¹

En el terreno nacional, esta polémica se ve aclarada dado que la nueva Constitución forjada en Montecristi, reconoce íntegramente el “derecho a la salud”. Éste forma parte de los derechos del buen vivir (no deja de ser, en términos prácticos, parte de los derechos económicos, sociales y culturales) y constituye un “límite del poder y

¹¹⁸ Enrique Gonzáles, *El derecho a la salud*, en ABRAMOVICH Víctor, AÑON María José et al, *Los derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p.148

¹¹⁹ Id

¹²⁰ NB. Definición del derecho a la salud contenido en el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹²¹ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, párrafo 9, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

vínculo impuesto a la autoridad pública”¹²² protegido por lo que se conoce en nuestra Carta Magna como “Régimen del Buen Vivir”¹²³.

A pesar del considerable intento del legislador por regular de manera más completa el derecho a la salud, en el Ecuador, como en la mayoría de los países en América Latina, los derechos económicos, sociales y culturales han mantenido una gran indefinición en cuanto a la indeterminación de las obligaciones estatales a causa de variaciones económicas y de gestión entre cada gobierno que ostenta el poder.

Entre los diferentes intentos por alcanzar la aspirada exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos, se ha pretendido reconocerlos desde el ámbito de la economía y de la política a través de un eje financiero o de políticas públicas¹²⁴. No obstante, los instrumentos internacionales y el carácter fundamental de éstos, demandan necesariamente su reconocimiento estrictamente desde el ámbito del Derecho.

Diversos autores coinciden en señalar la necesidad de:

*Definir el contenido mínimo esencial o contenido básico mínimo de cada uno de los DESC como una forma de identificar las obligaciones concretas que un Estado asume al reconocer estos derechos en la legislación nacional o mediante un convenio internacional*¹²⁵.

Así, el contenido esencial de los derechos se convierte en un límite del Estado, en un “límite de los límites, porque limita la posibilidad de limitar”¹²⁶; una frontera que la ley no debe traspasar pues incurriría en inconstitucionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) establece una serie de medidas que los Estados deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud. En términos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el Comité), éstos, lejos de

¹²² SENPLADES, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Resolución N° CNP-001-2009, 5 -11-2009, p. 303.

¹²³ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título VII Régimen del buen vivir, artículo 358 y ss.

¹²⁴ Cfr., op.cit., Víctor de Currea Lugo, *La salud como derecho humano*, p.49.

¹²⁵ Víctor de Currea Lugo et al, *La salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, Bogotá, Plataforma Colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo, 1ra edición, 2000, p.59.

¹²⁶ NB. Mencionando a Carlos Ayala en su obra *Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales*, Ibid., p,59

ser solo obligaciones estatales, constituyen “*elementos esenciales del contenido del derecho*”¹²⁷.

De esta manera, el Artículo 12 de este Pacto enumera textualmente:

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

- a) *La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
- b) *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
- c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*
- d) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

Adicionalmente, el Comité¹²⁸ señaló que de la interpretación conjunta de la Observación General N°3, el programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre población y desarrollo y de la Declaración del Alma Ata¹²⁹, existe una orientación inequívoca sobre las obligaciones mínimas con las que debe cumplir todos los estados parte en materia de la salud, las que se resumen en:

- a. *Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial a grupos marginados*
- b. *Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura para garantizar que nadie padezca hambre.*
- c. *Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y a condiciones sanitarias básicas, así como el suministro adecuado de agua limpia y potable*
- d. *Facilitar medicamentos esenciales de acuerdo con las definiciones periódicas que figuran en el Programa de acción sobre medicamentos esenciales de la OMS*
- e. *Velar por una distribución de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud*
- f. *Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población*¹³⁰.

¹²⁷ Op.cit., Enrique Gonzáles, p.154.

¹²⁸ NB. En la Observación General N°12 “*El derecho del niño a ser escuchado*” 51° período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009

¹²⁹ NB. Es la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Alma-Ata realizada en Kazajistán en septiembre de 1978, organizado por la OMS/OPS y UNICEF.

¹³⁰ Mariana Pérez Agüelles, op.cit., pp. 21,22.

Se concluye entonces que todas estas medidas en conjunto constituyen el “contenido mínimo esencial del derecho a la salud”; no se agotan en las obligaciones mínimas del Estado, sino que, por el contrario, sirven de base al conjunto de obligaciones y responsabilidades que el Estado debe adoptar para la necesaria satisfacción de este derecho del buen vivir.

2.2.2. Obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad

La Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14 con el fin de analizar el “*derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”¹³¹, establece en su párrafo 12, cuatro “*elementos esenciales e interrelacionados*” que abarca el derecho a la salud en todas sus formas y niveles.

Estos elementos esenciales acarrear a su vez obligaciones que el Estado debe observar con el fin de respetar y proteger el derecho a la salud a cada persona sin discriminación de ninguna forma.

El Comité las estructura de la siguiente manera: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Cada una con respectivos deberes que cada gobierno tiene que cumplir.

a) Disponibilidad

Cada Estado parte debe:

- Contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y programas y centros de atención a la salud (estos están principalmente condicionados al nivel de desarrollo que alcance un Estado determinado).
- Estos servicios deben incluir los factores determinantes básicos de la salud: condiciones sanitarias adecuadas, personal médico y profesional capacitado y bien

¹³¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 25 Enero 2007, artículo12.

remunerado, medicamentos esenciales establecidos por el Programa de Acción de la OMS.

Nuestra Constitución refleja estas obligaciones en sus artículos 359 y 360 que tratan sobre el Ámbito del Sistema Nacional de Salud. En lo principal, la norma constitucional garantiza la promoción, prevención y atención integral de la salud a través de todas las instituciones, programas, recursos y acciones que forman parte de la Red pública integral de salud¹³².

No obstante, en el ámbito jurisdiccional, el Estado ecuatoriano no ha observado a plenitud esta serie de obligaciones de fuente internacional: en el año 2003 dentro de la resolución 037 de la Tercera Sala del entonces denominado Tribunal Constitucional¹³³, un afiliado al IESS solicitó a esta autoridad disponer que los funcionarios de esta institución desempeñen su trabajo con responsabilidad y sentido humanitario, y doten a la farmacia del IESS de los medicamentos que requieren los afiliados. El Tribunal resolvió que en el caso no se había configurado acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, y que la satisfacción de las pretensiones del actor es competencia de los órganos de gestión del IESS.

De este modo, el Tribunal *“obvió su deber de garantizar, dentro de sus facultades, el contenido esencial mínimo del derecho a la salud, de brindar medicamentos e implementar un plan de acción que aborde este grave problema de salud”*¹³⁴.

En el tema de medicamentos, el mismo Tribunal, desconoció la obligación del Estado ecuatoriano de procurar la disponibilidad de los bienes y servicios de salud al no atender la petición expresa de que se exhorte a los poderes públicos la

¹³² NB. Se estipula además la responsabilidad de fortalecer los servicios estatales de salud y garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad. Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título VII Régimen del buen vivir, Artículo 363, numeral 1,7 y 8.

¹³³ NB. También se establece una violación a este derecho la Resolución 125-2001 del pleno del Tribunal Constitucional sobre la disponibilidad de servicios de salud en casos de enfermedades que no se pueden tratar en nuestro país.

¹³⁴ Janet Tello Gilardi, *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el Sistema Interamericano*, Lima, CLADEM, 2007, p.166.

implementación de políticas para hacer accesibles los medicamentos a la población desfavorecida¹³⁵.

Actualmente, existe una tendencia de los Estados de desviar su responsabilidad en materia de salud a través de la delegación del desarrollo de este derecho en manos de las ONGs¹³⁶, presentándolas como avance en la garantía del derecho¹³⁷, pero que en la realidad implica la inobservancia de la responsabilidad estatal en las políticas de disponibilidad del derecho a la salud.

b) Accesibilidad

Este elemento esencial del derecho a la salud presenta cuatro dimensiones superpuestas que el Estado debe adoptar dentro de su jurisdicción:

1. No discriminación.- todos los bienes, servicios y establecimientos relacionados con la prestación de la salud, deben ser “*accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna*”¹³⁸.
2. Accesibilidad física.- Comprende tres parámetros, en primer lugar, que éstos bienes, servicios y establecimientos de salud estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población (en especial los más vulnerables); en segundo lugar, éstos deben encontrarse a una distancia geográficamente razonable (incluso las zonas rurales), y finalmente, deben contar con infraestructura adecuada para el acceso a personas discapacitadas.
3. Accesibilidad económica.- la prestación de la salud al alcance de todos. El principio rector de los pagos por servicios de salud, tanto públicos como privados, debe ser la equidad (no cargas desproporcionadas para los menos favorecidos).

¹³⁵ Cfr., Id., p.165.

¹³⁶ En el Ecuador éstas representan el 14,6% de los establecimientos del país (Perfil de Sistema de Salud en Ecuador, 2da edición, 2001, OPS)

¹³⁷ Op.cit., Víctor de Currea Lugo, *La salud como derecho humano*, p. 49.

¹³⁸ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, párrafo 12, literal b.

4. Acceso a la información.- derecho de solicitar, recibir y difundir información acerca de los temas relacionados con el derecho a la salud. Se subraya además el derecho a la confidencialidad de los datos personales en este ámbito.

La Constitución ecuatoriana recoge estos elementos al definir el derecho a la salud en términos de “*acceso permanente, oportuno y sin exclusión...La prestación de los servicios de salud de regirá por los principios de equidad, universalidad...*”¹³⁹.

Y de manera más específica en el artículo 363 que textualmente menciona que “*El Estado será responsable de:...2. Universalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura.*”

Siguiendo el análisis jurisprudencial antes estudiado, encontramos que el Tribunal Constitucional ha fallado favorablemente en aras de mejorar el sistema de salud ecuatoriano respecto a la primera dimensión de la accesibilidad. Como ejemplo está la resolución basada en la Ley para la prevención y asistencia integral del VIH-Sida¹⁴⁰: en esta se reconoce el derecho a la salud de toda persona infectada por VIH, a recibir sin distinción o restricción alguna la atención médica hospitalaria, pública o privada¹⁴¹.

En el año 2000 la Primera Sala del Tribunal Constitucional, al conocer y resolver el recurso de apelación, declaró improcedente la solicitud de 180 pacientes del Hospital del IESS de que se les continúe suministrando los medicamentos específicos destinados a combatir su enfermedad por cuestiones procedimentales¹⁴²

Sin embargo, tres años más tarde, dentro de otro proceso, este Tribunal reconoció su error y acogió la solicitud de 4 personas con VIH a que se les proporcione su medicina¹⁴³. Acertadamente este Tribunal, apoyándose en los instrumentos internacionales, argumentó que el contenido esencial mínimo del derecho a la salud impone “*asegurar el derecho de acceso a las instalaciones de salud, bienes y servicios desde una perspectiva no discriminatoria, especialmente para los grupos*

¹³⁹ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Capítulo II Derechos del buen vivir, Artículo 32.

¹⁴⁰ Aprobada mediante R.O. N°58 del 14 de abril del 2000

¹⁴¹ NB. Incluso la negación o restricción de la atención acarrea responsabilidad civil

¹⁴² Resolución 612-RA-00-LS-Primera Sala Tribunal Constitucional

¹⁴³ Resolución 0749-2003-RA-Tercera Sala Tribunal Constitucional

*vulnerables o marginados” y finalmente estableció que el derecho a la salud es “un derecho económico positivizado inmediatamente aplicable, directamente exigible, con valor jurídico vinculante para los poderes públicos”.*¹⁴⁴

Respecto a la accesibilidad física, el Tribunal Constitucional no ha resuelto de manera uniforme. No obstante, en el año 2002 la Tercera Sala de este Tribunal, ante la demanda de una profesora ante las autoridades de Educación puesto que no procedían con el cambio de lugar de trabajo que solicitó por padecer de rinitis alérgica, resolvió que esta omisión de las autoridades es ilegítima y viola el derecho a la salud pues existen, dentro del ordenamiento jurídico, leyes que imponen a los empleadores adoptar medidas necesarias para la prevención de riesgos que puedan afectar la salud y bienestar de los trabajadores en su lugar de trabajo¹⁴⁵.

Finalmente, la jurisprudencia nos brinda un quinto posible elemento de la accesibilidad al que se podría denominar de “continuidad”¹⁴⁶. La resolución 718-2001-RA¹⁴⁷ de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional establece que debe garantizarse la protección y promoción del derecho a la salud, así como el acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud.

c) Aceptabilidad

Es deber del Estado la promoción del respeto a la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades, en todos los establecimientos, bienes y servicios de salud. Así como de la sensibilidad a los requisitos de género y de los ciclos de la vida.

¹⁴⁴ Op.cit., Janet Tello Gilardi, pp.167, 168.

¹⁴⁵ Resolución 364-2002-RA de la Tercera sala del Tribunal Constitucional, en op.cit. Janet Tello Gilardi,, p.169.

¹⁴⁶ Op.cit, Janet Tello Gilardi, p.169.

¹⁴⁷ NB. UN afiliado al IESS que recibía tratamiento de hemodiálisis, es excluido del seguro social por supuesta afiliación fraudulenta

Nuestra Carta Magna recoge a lo largo de los 444 artículos que la componen, el término de “interculturalidad”, y en concreto el artículo 363 desarrolla la responsabilidad del Estado en este tema al establecer el deber de “4. *Garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos*”.

Adicionalmente, en la misma línea, el Tribunal Constitucional ha aportado grandes reflexiones sobre este elemento al contemplar en sus resoluciones que la aceptabilidad es un estándar que exige que los servicios de salud respeten, entre otros aspectos, la ética médica; razón por la cual:

*“es ilegítimo dejar de asistir a una paciente que sufre de una complicación ocurrida en los momentos finales de una intervención quirúrgica previa (cesárea) que el mismo establecimiento realizó y que ahora se niega a seguir atendiendo”*¹⁴⁸

No obstante, en uno de sus fallos en el año 2005, se puede vislumbrar la falta de sensibilidad a los requisitos de género que, constituye una dimensión del estándar de aceptabilidad. La Tercera Sala del Tribunal Constitucional, en su resolución 0014-2005-RA, dio prioridad al bien jurídico vida por sobre los derechos sexuales reproductivos de las mujeres y suspendió definitivamente el otorgamiento de registro sanitario para la comercialización de la píldora de anticoncepción “Postinor”.

d) Calidad

Finalmente, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, exige del Estado la instauración de establecimientos, bienes y servicios de salud de buena calidad: personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Resolución 367-2000-RA- Primera sala del Tribunal Constitucional. Id., p.170.

¹⁴⁹ Cfr. Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14, período de sesiones N°22, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000, párrafo 12, literal d.

La Constitución del 2008 en la sección segunda referente al derecho a la salud en el Régimen del Buen vivir, brinda un abanico de artículos tendientes a regular y establecer de manera más íntegra el reconocimiento de este derecho. En estos artículos, se recoge los cuatro elementos esenciales del derecho a la salud, sobresaltando la consolidación de servicios de salud de calidad y calidez¹⁵⁰.

El Tribunal Constitucional¹⁵¹ dentro del polémico caso de las fumigaciones causantes de daño genético en el cordón fronterizo con Colombia, resolvió ordenar a las autoridades estatales la creación de medidas destinadas a asegurar el acceso a las personas a medidas sanitarias¹⁵².

Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recalcado la falta de cumplimiento del Estado ecuatoriano en su obligación de brindar servicios de salud de calidad.

En la sentencia de 7 de septiembre del 2004 contra el Estado ecuatoriano, la Corte dispuso que el Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del Ministerio Público, policial y penitenciario, incluido el personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de los reclusos¹⁵³.

¹⁵⁰ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título VII Régimen del buen vivir, Artículo 362.

¹⁵¹ Resolución 371-2004-RA-Pleno del Tribunal Constitucional, en op.cit. Janet Tello Gilardi,, p.171

¹⁵² NB. Como pasa en varios casos por negligencia médica y la falta de salubridad y técnica de los doctores dentro de la Justicia Penal.

¹⁵³ Op.cit., Janet Tello Gilardi, p.253.

3. CAPITULO

EL ROL DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, RECURSOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS PARA RECLAMAR EL DERECHO A LA SALUD

3.1. Garantías constitucionales

Los derechos se poseen al margen de si la norma, que los recoge, se viola o no, *“pero es la facultad de demandar el derecho si ello es preciso lo que vuelve tan valiosa a las circunstancias de tener un derecho y lo que distingue a ésta del mero disfrute de un beneficio”*¹⁵⁴.

Mucho se ha analizado sobre la “justiciabilidad” de los derechos económicos, sociales y culturales. Se ha considerado que solo los derechos civiles pueden ser exigibles en tanto poseen dimensiones negativas por lo que una violación a estos derechos implicaría abuso de poder del Estado y por tanto susceptible de demandar.

Pero, dentro de las nuevas teorías en derechos humanos, se ha demostrado que tanto derechos civiles como los económicos, sociales y culturales, poseen ambas obligaciones: negativas y positivas, en mayor o menor medida y por consiguiente, cualquier derecho puede ser justiciable.

Por ejemplo, el derecho a la salud no sólo exige al Estado el otorgamiento de medicinas gratuitas sino también la no discriminación en el trato a los pacientes en hospitales públicos.

En esta línea el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puesto énfasis al señalar que *“éstos (desc) también pueden ser justiciables y que la diferencia en cuanto a la exigibilidad es de grado”*¹⁵⁵. En la misma línea la Constitución del 2008 ha señalado que *“Los derechos serán plenamente justiciables”*¹⁵⁶ sin hacer distinción alguna.

¹⁵⁴ Jack Donnelly, *Derechos Humanos Universales en teoría y práctica*, México, GERNIKA, 1994, p.27.

¹⁵⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino- Ecuador Estado constitucional de derechos y de justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.54.

¹⁵⁶ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título II Derechos, artículo 11, núm.3.

De esta manera se ha puesto en la mira una nueva visión de los derechos sociales, que al contrario de lo que consideraban las teorías tradicionales, dejan de ser simples quimeras, buenos deseos o programas políticos, para convertirse en verdaderas normas jurídicas justiciables ante el Estado.

A pesar de estos nuevos avances doctrinales, en la práctica, en cada Estado, los derechos sociales se enfrentan al problema de falta de determinación, tanto de los sujetos como de las correspondientes obligaciones que de cada uno de estos derechos se desprende¹⁵⁷. Por ejemplo, respecto al derecho a la salud tal y como está recogido en la Constitución ecuatoriana, nos encontramos frente a una obligación prestacional indeterminada; se señala solamente la obligación del Estado de garantizar la salud de todos pero no se estipula ninguna conducta determinada para la autoridad.

No se señala específicamente, por ejemplo, si se debe proveer de medicinas a aquellas personas que tienen enfermedades graves¹⁵⁸. Uno puede deducir esa obligación y muchas más solo de una pequeña norma que a grandes rasgos define el alcance del derecho a la salud.

A decir de Luigi Ferrajoli, estos problemas son independientes de la existencia del derecho, por tanto, esta indeterminación no genera un derecho a la salud ficticio, sino la necesidad de buscar formas efectivas de tutelarlos¹⁵⁹.

El Comité de Derechos económicos, sociales y culturales ha establecido, entre las obligaciones inmediatas para proteger a los derechos sociales, la obligación estatal de implementar recursos administrativos o judiciales específicos para protegerlos¹⁶⁰.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, recoge este derecho en su artículo 25 bajo el nombre de “protección judicial”¹⁶¹. Y en el campo nacional,

¹⁵⁷Cfr. Carolina Silva Portero en Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, Serie Investigación N°14, 2009, p.280.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p.306

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ Cfr., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 3*, párr. 4 y 5.

¹⁶¹ NB. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado este artículo añadiendo que es un acción por medio de la cual se puede alegar la existencia de la violación de un derecho humano y, mediante la cual, se pueda obtener la reparación integral del derecho conculcado. Cfr. David Cordero

nuestra Constitución contiene esta disposición como el derecho a la tutela efectiva de los derechos¹⁶².

Efectivamente, la Constitución ecuatoriana del 2008 al consolidar al Estado como constitucional de derechos y justicia, trae un elemento clave para la determinación del presupuesto de la justicia, y es el establecimiento de nuevas garantías constitucionales no precisamente del ámbito judicial.

Así, son tres los tipos de garantías que permiten aplicar directa e indirectamente los derechos recogidos en esta Constitución: garantías normativas, políticas públicas y garantías jurisdiccionales¹⁶³.

Ahora, la pregunta que surge es si éstas son verdadera garantía de vigencia y eficacia inmediata al derecho a la salud, o si simplemente se ha ampliado el conjunto de declaraciones teóricas sin eficacia práctica que forman parte del universo de los derechos sociales.

3.1.1. Garantías normativas

Las garantías normativas son un mecanismo para asegurar la supremacía de la Constitución a través del cual se exige que el trabajo de todo órgano con potestad normativa guarde conformidad con la Constitución e Instrumentos Internacionales. Es decir, que cualquiera de estos órganos tiene la “obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales”¹⁶⁴.

De este modo, la Constitución garantiza que las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos u otras normas que se desarrollen sean reflejo del sumak kawsay o buen vivir.

Este reconocimiento en una norma demanda dos cuestiones: primero, que la normativa no sea contradictoria a la Carta Magna y demás instrumentos jurídicos

Heredia, en Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, op. cit. p.243.

¹⁶² Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título II Derechos, art. 75.

¹⁶³ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título III Garantías Constitucionales.

¹⁶⁴ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título III Garantías Constitucionales, art.84.

internacionales; y en segundo lugar, que las normas contengan las disposiciones necesarias para hacer de ellas normas completamente aplicables por la autoridad nacional.

Sin embargo, como ya se mencionó al inicio de este capítulo, la base de todos los obstáculos sobre la justiciabilidad de los derechos sociales es la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos. Al buscar la norma constitucional que recoja el derecho a la salud, o a la educación, no se encuentra con las medidas exactas de las prestaciones o de las abstenciones específicas que el Estado debe observar para garantizar este derecho; en otras palabras, la conducta debida en estos derechos no resulta inteligible¹⁶⁵.

Efectivamente, nuestra legislación no recoge la figura de negligencia médica, y en los miles de casos ante la justicia penal, los litigios se resuelven bajo el análisis de normas de procedimiento y muy pocas hacen referencia a la normatividad sobre el derecho a la salud consagrada en instrumentos internacionales.

En el campo constitucional, del mismo modo, no resultan útiles las acciones tendientes a justiciabilizar el derecho a la salud debido a que ninguna ley o reglamento u otro tipo de norma define las obligaciones de los profesionales para prestar un servicio de salud de calidad, por ejemplo, en nuestro país, la Ley de Derechos y Amparo de los pacientes se creó en el 2005 con el objetivo de determinar los derechos de los pacientes y las sanciones al personal de salud, sin embargo ésta es ineficaz porque hasta el presente año no se expide el respectivo Reglamento

En este mismo sentido la OMS afirma que el logro de la Estrategia Salud para Todos depende de la puesta en marcha de iniciativas en torno a la introducción de disposiciones legislativas adecuadas, que, por ejemplo, “*definan los derechos y los deberes de las personas en lo que se refiere a su propia salud*”¹⁶⁶.

La costumbre de codificar todos los aspectos alrededor de derechos como a la propiedad podría ser una solución absoluta si se la aplica en los derechos sociales y en especial en el derecho a la salud. Así las normas secundarias a la Constitución

¹⁶⁵ Cfr. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p.18

¹⁶⁶ Víctor de Currea Lugo et al, *La salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, Bogotá, Plataforma Colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo, 2000, p.80.

regularían de manera más íntegra y específica todas los elementos que componen el derecho a la salud, dejando de lado la discrecionalidad en las decisiones políticas.

Un buen ejemplo de esta iniciativa es la especificación de las prestaciones mínimas debidas por las distintas instancias que forman parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud en Argentina¹⁶⁷.

Con todo, esta garantía normativa en nuestro país se enfrenta con otros dos grandes problemas. Por un lado la existencia del conjunto de normas preconstitucionales que forman parte del marco legal del derecho a la salud que están lejos de ser normas garantistas del *sumak kawsay*; y por otro lado el grave problema socio cultural del desconocimiento de las leyes por la mayor parte de la población ecuatoriana.

3.1.2. Políticas públicas

Esta segunda clase de garantía constitucional se la define como el conjunto de cursos de acción que toman los decisores estatales para atender un asunto considerado público¹⁶⁸. A decir del Comité, éstos son “*planes que aseguran el cumplimiento de las obligaciones de los derechos sociales... claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas a la situación*”¹⁶⁹.

Nuestra Constitución claramente establece a partir del artículo 85 tres disposiciones que regulan las políticas públicas en todas sus fases¹⁷⁰. Así, las políticas públicas deben:

- a) Formularse a partir del principio de solidaridad, garantizando el buen vivir y los derechos.

¹⁶⁷ Cfr. Víctor Abramovich y Christian Courtis en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *op.cit.*, p.19.

¹⁶⁸ Diss., JURADO VARGAS Romel, *Exigibilidad de los derechos humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas*, Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador, www.uasb.edu.ec, acceso: 2012/14/06, 21:00.

¹⁶⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General No 1*, párr. 3 y 4.

¹⁷⁰ NB. Estas disposiciones se deben tener presentes en la formulación, ejecución, evaluación y control de políticas públicas y servicios públicos. Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título III Garantías Constitucionales, art.85.

- b) Priorizar el interés general sobre el particular sin dejar de lado las medidas tendientes a vulnerar derechos constitucionales.
- c) Garantizar la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas, así como la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

De estas disposiciones se desprenden grandes avances constitucionales tendientes a efectivizar la exigibilidad de los derechos, y en este caso del derecho a la salud.

En primer lugar cabe mencionar que la norma constitucional al establecer que las políticas públicas se orientarán a hacer efectivos todos los derechos, dota de un sentido integral a la protección de los derechos más acorde con el Estado garantista que atraviesa el Ecuador, dejando de lado la visión asistencialista de las políticas sociales que hacían imposible su control.

Entonces se comprende que “*no puede ser cualquier política pública sino aquella que promueva y potencie los derechos reconocidos en la Constitución*”¹⁷¹; se da un efecto limitador a estas políticas tradicionalmente discrecionales.

Adicionalmente, al adoptarse el principio de solidaridad junto con la reformulación de políticas públicas que vulneren derechos sin perjuicio de la prevalencia del interés general, el constituyente brinda varias herramientas para deducir que tanto las políticas públicas como los servicios públicos pueden ser revisadas por jueces y tribunales, quienes buscan la efectivización de las medidas positivas de derechos sociales¹⁷².

Por ejemplo, por medio de la acción de protección se puede revisar las políticas públicas que violen derechos recogidos en la Constitución y en instrumentos internacionales (esto será explicado íntegramente en el siguiente apartado sobre garantías jurisdiccionales).

Por otro lado, al igual que las garantías normativas y las jurisdiccionales, las políticas públicas requieren de la identificación clara de titulares de deberes y de

¹⁷¹ Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, op.cit.,p.568

¹⁷² Cfr. Carolina Silva Portero, op.cit., p.321

derechos; de los obligados y de los beneficiarios. En este caso, el principal titular de deberes es el Estado, y la sociedad el ostentador de derechos.

Sin embargo, es indispensable además la determinación específica de los lineamientos y objetivos que comprenden estas políticas sociales, las cuales deben velar, por sobre todas las cosas, al reconocimiento del contenido esencial de cada derecho y observar las obligaciones de hacer y no hacer que se desprende de cada una de ellas.

En nuestro país, las directrices para las políticas sectoriales están definidas en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. En ésta se complementa a lo señalado en la norma constitucional, que a lo largo del ciclo de políticas públicas deben aplicarse los principios de:

“universalidad e inalienabilidad, la interdependencia, la igualdad y no discriminación, la participación e inclusión y la rendición de cuentas e imperio de la ley”¹⁷³.

De igual forma, se considera en este Plan la necesidad de garantizar de manera efectiva el derecho a la salud a través de la definición de estándares internacionales en las políticas públicas, éstas se traducen en lo que en el presente trabajo se estudió como “contenido mínimo esencial”; así:

- Disponibilidad.- salud gratuita y universal
- Accesibilidad.- todas las personas sin discriminación
- Adaptabilidad.- respeto a la posibilidad de servicios interculturales¹⁷⁴

Complementariamente, el Plan Nacional resume los diversos problemas económicos, sociales y culturales que han caracterizado y definido la prestación a la salud durante las últimas décadas, principalmente a la desigualdad como modus operandi en las políticas públicas.

Es por esto que una de las políticas públicas dentro del gobierno del presidente Rafael Correa es impulsar la formación ciudadana en el conocimiento de sus

¹⁷³ SENPLADES, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Resolución N° CNP-001-2009, 5 -11-2009, p.305.

¹⁷⁴ Id.

derechos humanos y mecanismos para hacerlos efectivos a través de procesos masivos de difusión¹⁷⁵.

Para remediar esto, en las últimas páginas del objetivo 3 de este Plan, titulado “mejorar la calidad de vida de la población” se establecen las metas a alcanzar en los años de gobierno; entre éstas se encuentra la reducción de enfermedades, de la tasa de mortalidad, y el aumento de la cobertura de la salud y del “*incremento a 7 la calificación del funcionamiento de los servicios de Salud Pública al 2013*”¹⁷⁶.

No obstante, ya estamos a mediados del año 2012 y la aglomeración en los Hospitales públicos ha aumentado en un 50%. Hay pocos médicos para atender tantos pacientes y las citas médicas para casos urgentes se arreglan para enero del 2013¹⁷⁷ violando así el derecho a la salud de los ecuatorianos.

Acertadamente el Dr. Irving Zapater menciona que “*La eficiencia de una política de salud debería medirse en la cada vez mayor ausencia de pacientes en hospitales y consultorios médicos, antes que en el incremento de aquellos*”¹⁷⁸.

Y es que está claro que el área de la salud pública es compleja y requiere la toma de decisiones políticas, económicas e incluso éticas en una esfera llena de intereses contrapuestos. Sin embargo, la dirección de las políticas públicas en esta área debe ser siempre la garantía del derecho a la salud.

Nuestra Constitución ha dado un gran paso al ubicar a las políticas públicas dentro de las garantías constitucionales, brindado así la oportunidad de controlar lo que tradicionalmente se consideraba como temas no susceptibles de revisión judicial, verbigracia el presupuesto estatal destinado al sector de la salud.

Se comparte la idea de que las prestaciones en sentido estricto son una medida para garantizar el ejercicio de un derecho, y por tanto la forma en que éstas se ejecutan o su omisión es susceptible de revisión judicial¹⁷⁹.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p.311

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p.206

¹⁷⁷ NOTICIERO 24 HORAS, *Hacinamiento en los hospitales públicos en Guayaquil*, Canal Telemazonas, Quito, Mayo 30, 13h18.

¹⁷⁸ Dr. Irving Zapater, *op.cit.*, p.95

¹⁷⁹ Cfr. Carolina Silva Portero, *op.cit.*, p.304.

Solo cabe entonces aplicar estas prerrogativas a la realidad ecuatoriana sin traspasar el ámbito de competencias de cada una de las funciones del Estado, procurando la exigibilidad de todos y cada uno de los aspectos que engloban el derecho a la salud.

3.1.3 Garantías jurisdiccionales

El papel del poder judicial se desarrolla cuando los demás poderes incumplen con las obligaciones a su cargo, ya sea por no cumplir con las acciones positivas exigidas en la ley, o por la incapacidad de evitar que otros particulares vulneren un derecho¹⁸⁰.

Es en la vía jurisdiccional donde los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales encuentran la protección eficaz e inmediata, y sin duda es el medio más recurrido para reclamar los derechos dentro de las garantías constitucionales.

Ya se ha analizado a lo largo de este trabajo la insuficiencia en el reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de la legislación ecuatoriana. De hecho, a lo largo de las últimas décadas, y en estos cuatro años de vigencia de la Constitución de Montecristi, se ha comprobado la falta de voluntad de la administración de justicia constitucional de modificar la forma civilista de aplicación del derecho; por ejemplo, en muchos casos el Juez no se remite a la normativa y jurisprudencia internacional, sino que “*toma criterios del derecho administrativo, civil o penal para sus resoluciones*”¹⁸¹.

Y es que hay que considerar que tradicionalmente, la mayoría de recursos judiciales han sido diseñados para proteger derechos civiles¹⁸², imposibilitando la aplicación de éstos a derechos como a la salud que no está estrictamente definido en la norma.

¹⁸⁰ Cfr. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, op.cit., p.24.

¹⁸¹ David Cordero en Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, Serie Investigación N°14, 2009, p.264

¹⁸² Miguel Carbonell en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, op.cit., p.81

A esto hay que añadir la falta de voluntad de la administración pública de reconocer el carácter vinculante de las resoluciones de la justicia constitucional y el mediocre trabajo de jueces y juezas que va de la mano¹⁸³. Muchas acciones de amparo que ordenaban adoptar medidas positivas para la protección de desc no fueron ejecutadas, y en la mayoría de resoluciones el juez no ordena medidas tendientes a reparar la violación a un derecho social, entre el abanico de medidas que está facultado a tomar.

Sin embargo, el Estado ecuatoriano, observando la norma internacional que recoge el “*derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes*”¹⁸⁴, ha adoptado en la Constitución del 2008 “nuevas” acciones constitucionales con una serie de novedosos mecanismos en pro de un sistema garantista constitucional más efectivo.

Así, se establecen cinco disposiciones por las cuales se deben regir las garantías jurisdiccionales¹⁸⁵, éstas se resumen en el siguiente cuadro:

NORMA CONSTITUCIONAL ¹⁸⁶	COMENTARIO
<p><i>1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Esta clase de legitimación es tomada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que la recoge en el artículo 44 de la Convención Americana de derechos Humanos¹⁸⁷. ▪ La norma refleja la adopción del actio popularis o principio e legitimación activa

¹⁸³ Cfr. David Cordero en Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, op.cit.,p.264.

¹⁸⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8.

¹⁸⁵ NB. Hay que tener en cuenta que además el artículo 11, numeral 3 de la Constitución establece que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución en la ley.

¹⁸⁶ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Titulo III Garantías Constitucionales, art.86

¹⁸⁷ NB. “*Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte*”

	<p>amplia que permite a cualquier persona proponer las acciones previstas en la Constitución.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Adicionalmente, se desprende que al poder ser el accionante una persona distinta a la víctima, ésta tiene la obligación de informar sobre el lugar donde le notifican¹⁸⁸ ▪ Con esta disposición queda claro que nadie puede ser indiferente a la violación de derechos que sufren otras personas¹⁸⁹.
<p><i>2.Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:</i></p> <p><i>a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.</i></p> <p><i>b) Serán hábiles todos los días y horas</i></p> <p><i>c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción</i></p> <p><i>d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.</i></p> <p><i>e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.</i></p>	<p>El análisis de este numeral requiere un estudio a cada literal:</p> <p>a.) Procedimiento oral, sencillo y rápido</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Esta disposición requiere toda una nueva reestructuración del aparato judicial para que sea viable la recepción de acciones presentadas en forma oral, tanto de la infraestructura como del recurso humano. La tarea de jueces comprenderá además el desarrollo de la capacidad de reducir coherentemente a escrito las acciones interpuestas por las partes y la sentencia del juez. ▪ Por otro lado, al ser un proceso “rápido y eficaz” se deduce la prioridad que el funcionario judicial debe dar a las garantías jurisdiccionales por encima de otras demandas. ▪ El procedimiento es oral en todas sus fases lo que implica la prohibición de trabas al proceso por cuestiones procesales y el deber del juez de registrar las audiencias por cualquier medio que este a su alcance, como el uso de la magnetofonía¹⁹⁰. <p>b.) Todos los días hábiles</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Esta disposición resulta un tanto ilusoria

¹⁸⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. N° 52, 22 Octubre 2009, Art. 10, núm. 5.

¹⁸⁹ Cfr. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, op.cit., p. 559.

¹⁹⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. N° 52, 22 Octubre 2009, Art. 8, núm. 2.

	<p>si consideramos que los juzgados en nuestro país funcionan por turnos hasta las 18h00. Así que creer que esta institución estará disponible las 24 horas del día todos los días es prácticamente imposible.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Adicionalmente esta norma genera la interpretación de que en todo lo que respecta a acciones constitucionales se debe entender a todo periodo de tiempo como plazo¹⁹¹. <p>c.) Propuesta oral, sin formalidades. Sin necesidad de mencionar la norma infringida y sin intervención de abogado</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Con este literal se garantiza la concepción de que todas las personas conocen con certeza la titularidad de sus derechos y la posibilidad de demandarlos ante el Estado. ▪ Principalmente esta norma constitucional brinda mayor garantía a la exigibilidad de los derechos al recoger el principio de Derecho Internacional <i>iura novit curia</i>¹⁹² en las actuaciones de los funcionarios judiciales. ▪ Se rompen las barreras económicas que imposibilitaban el acceso a la justicia, haciendo que el abogado no sea indispensable en la interposición de las acciones jurisdiccionales¹⁹³. <p>d.) Notificaciones por el medio más eficaz</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Es sin duda ésta una de las disposiciones más viables a adoptarse dentro de la Función Judicial actual. ES discrecional del juez escoger el método para notificar o
--	--

¹⁹¹ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, op.cit., p.257.

¹⁹² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. N° 52, 22 Octubre 2009, Art. 4, núm. 13.

¹⁹³ NB. De la mano de esta consecuencia se desprende además el deber del Estado de garantizar la igualdad dentro de un proceso de proveer asistencia legal gratuita por medio de la Defensoría Pública quien debe intervenir en cualquier materia del Derecho y en cualquier instancia. Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Capítulo IV Función Judicial y Justicia indígena, art.191.

	<p>citar a las partes y que no viole el derecho a la defensa de cada uno de ellos.</p> <p>Se daría fin al menos a una gran parte de problemas procesales dentro de los casos que no avanzaban a causa de la imposibilidad de citar o notificar a los actores.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Por otro lado se estaría forzando a los jueces dejar de utilizar el código de procedimiento civil como norma accesoria a los procesos constitucionales¹⁹⁴.
<p><i>3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.</i></p> <p><i>Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La disposición de una audiencia convocada inmediatamente por el juez requiere que la contestación a la demanda se de en ésta etapa procesal, dando sentido así al principio de celeridad de las garantías jurisdiccionales. ▪ Las reformas en cuanto a la prueba es una de las características introducidas en este Estado garantista. De esta norma se deduce : <ul style="list-style-type: none"> ▪ A la parte demandada le corresponde la presentación de pruebas de descargo. ▪ Los fundamentos no alegados se darán por parte del juez como no controvertidos. ▪ Las partes tienen el derecho de solicitar a la autoridad judicial la práctica de pruebas e inclusive el mismo juez tiene la facultad de practicarlas pero sin alejarse del principio de inversión de la carga de la prueba. Garantizando así la igualdad en las partes. ▪ La sentencia es la parte resolutive de la acción, y aunque ni esta norma ni tampoco la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales menciona el plazo en el cuál se deberá llegar a una resolución, se

¹⁹⁴ Cfr. Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, op.cit., p.257.

<p>T</p>	<p>entiende que debe ser lo más expedita posible en razón de la naturaleza célere y rápida de las acciones constitucionales.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Finalmente se menciona la posibilidad de apelación ante la corte provincial. La ley Orgánica de la materia establece que se puede interponer en la misma audiencia o dentro de los 3 días hábiles. <p>Adicionalmente se puede deducir que todas estas normas son aplicables además en el recurso de apelación¹⁹⁵ porque el fin mismo de las garantías jurisdiccionales, en cualquier instancia que se encuentren, es la exigibilidad de los derechos constitucionales.</p>
<p><i>4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Esta facultad de los funcionarios judiciales de ordenar la destitución de autoridades que no cumplan con las resoluciones ya se encontraba expresa en la Ley de Control Constitucional y no fue observada. <p>De hecho, dentro de la jurisprudencia ecuatoriana encontramos procesos penales iniciados en contra de jueces los cuales por velar por la defensa de los derechos humanos, dispusieron el cumplimiento de las sentencias que implicaban la destitución de ciertas autoridades estatales.</p>
<p><i>5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ De esta norma se desprende la existencia de sanciones para los jueces que fallen en contra de la jurisprudencia de la Corte.

Todas estas disposiciones constituyen un pilar fundamental en la protección judicial efectiva de los ecuatorianos en este Estado Constitucional de derechos y justicia.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 258.

La nueva Constitución prevé las siguientes garantías jurisdiccionales:

- Acción de protección
- Acción extraordinaria de protección
- Acción de habeas corpus
- Acción de acceso a la información pública
- Acción de habeas data
- Acción por incumplimiento

Estas acciones permiten de una u otra forma exigir el derecho a la salud.

Por ejemplo, la Acción de habeas corpus resulta útil en el caso de demandar la protección de la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad¹⁹⁶; por otro lado, la Acción por incumplimiento¹⁹⁷ se puede interponer ante la Corte Constitucional en un contexto donde una resolución de organismos internacionales ha recogido una obligación de hacer clara, expresa y exigible sobre el derecho a la salud y que no ha sido cumplida.

De la misma manera la Acción de acceso a la información pública y el Habeas data pueden servir para hacer valer este derecho. En el primer caso para recabar documentos, informes e información en general sobre políticas públicas que sea útiles para constituirse en pruebas que posibiliten demandar penalmente; y en el segundo caso para acceder a las historias clínicas en los hospitales generales, documentos estos que por ejemplo pudieron haber sido ocultados dentro de un proceso y que posteriormente servirían para interponer una Acción extraordinaria de protección a fin de que se demuestre la negligencia del personal de salud y se establezcan las pertinentes sanciones y posteriormente la respectivas reparaciones.

Sin embargo, la garantía jurisdiccional más efectiva en el afán de exigir el derecho a la salud es sin duda la Acción de protección; pero antes de analizar detalladamente este recurso, es necesario considerar el rol que desempeñan las medidas cautelares contenidas en nuestra Constitución, porque son éstas las que

¹⁹⁶ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título III Garantías Constitucionales, art.86

¹⁹⁷ NB. Acción de incumplimiento interpuesta contra resoluciones y sentencias constitucionales.

actúan antes y durante la violación a un derecho y permiten evitar o cesar la transgresión.

En efecto, las medidas cautelares en el ámbito constitucional son una innovación, porque si bien existía esta institución jurídica en el campo civil y penal, ahora se podría decir que es una institución muy práctica dentro de la justicia constitucional porque permite actuar oportunamente para prevenir violaciones o agravar los daños causados en violaciones a los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales

Nuestra Carta Magna lo expresa del siguiente modo:

“Art. 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”

Adicionalmente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional complementa esta norma al regular los requisitos y el procedimiento para ordenar las medidas cautelares:

Para la procedencia de estas medidas es requisito que el juez *“tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho”*¹⁹⁸. Al contrario de lo que resulta en la justicia ordinaria, una medida cautelar bajo este ámbito no requiere de una “prueba” (documentos ejecutivos o sentencias ejecutoriadas) para que el juez presuma la validez de la violación; de hecho, como lo estipula esta misma ley, la sola descripción de los hechos que reúnan los requisitos antes mencionados será suficiente para que el juez otorgue inmediatamente la medida cautelar correspondiente¹⁹⁹.

Por otro lado, para asegurar que el procedimiento para ordenar estas medidas sea sencillo, rápido y eficaz, la norma establece también la obligación del juez de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o

¹⁹⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. N° 52, 22 Octubre 2009, Art. 27.

¹⁹⁹ Ibid., Art. 33.

que está siendo vulnerado²⁰⁰, que pueden consistir en la suspensión provisional del acto, la visita al lugar de los hechos, la orden de vigilancia policial²⁰¹, etc.

En conclusión, el juez debe “*especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse*”.²⁰²

Evidentemente este es una vía muy efectiva (al menos en teoría) para cesar violaciones al derecho a la salud que irónicamente constituyen casos de vida o muerte, como cuando se deja de suministrar medicamentos substanciales para la supervivencia de un paciente, o cuando se niega la atención de salud en el área de emergencia en los hospitales.

No obstante hay que recordar que, como se lo ha hecho a lo largo de este capítulo, el carácter impreciso de los derechos sociales requiere del juez constitucional un esfuerzo interpretativo mucho más universal; para resolver y conceder una medida cautelar, debe hacérselo con un sentido social de la situación, porque al no existir pruebas “legales” de la violación al derecho, si no se ejecutan las medidas cautelares, se estaría violando flagrantemente el derecho a la tutela judicial.

La finalidad, pues, de las medidas cautelares es la protección eficaz del derecho fundamental, que será declarado en la resolución dentro de un proceso de conocimiento, que como en efecto es la Acción de protección.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, define el objetivo de esta acción en los siguientes términos:

*“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”*²⁰³

Hay que resaltar la idea de que la Acción de protección es la acción “subsidiaria” a las demás garantías jurisdiccionales pues permite su aplicación en

²⁰⁰ Ibid., Art. 31.

²⁰¹ Ibid. Art.26.

²⁰² Ibid., Art.33.

²⁰³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. N° 52, 22 Octubre 2009, Art. 39.

todos los demás casos de violaciones a los derechos no amparados por otras acciones. Y aquí radica su importancia en el tema de la salud; un derecho perteneciente a los desc, que al igual que la educación no cuentan con contenido obligacional claramente determinado, y que por tanto su exigibilidad dependerá en gran parte de la habilidad con que se plantee la pretensión tendiente a reconocer que existió una violación a este derecho social.

La Constitución vigente desde el 2008 recoge la “acción de protección” como un proceso de conocimiento: se demuestra la existencia de una violación al derecho (manifestada por medio de un daño), se constata el hecho, se responsabiliza a la autoridad o particular y se exige una reparación²⁰⁴.

En la misma línea la Asamblea Nacional Constituyente para dejar clara la naturaleza de la Acción de Protección prescribió que:

*“la jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”*²⁰⁵

Esta garantía constitucional ha ampliado y mejorado su alcance en aspectos que antes no se tomaban en cuenta. Por ejemplo, en el artículo 88 de la Constitución y en la Ley Orgánica de la materia mencionan como objeto de la acción el “amparo directo y eficaz” lo que desde un punto de vista garantista puede interpretarse como nuevas facultades de la autoridad judicial para alcanzar la protección del derecho a la salud.

Así lo ejemplifica la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

*“...el juez o jueza constitucional tiene amplias facultades para dictar las medidas que considere más efectivas para alcanzar el fin perseguido. Así por ejemplo, el juez o jueza podrían dictar medidas que no son de uso común en la justicia ordinaria, como ordenar la presentación de disculpas públicas o la realización de actos públicos.”*²⁰⁶

²⁰⁴ Cfr. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, op.cit., p. 553.

²⁰⁵ David Cordero en Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, op.cit., p.247.

²⁰⁶ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón contra Ecuador*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párr. 93.

Esto trasciende en un significativo avance en el reconocimiento y garantía del derecho a la salud, verbigracia la resolución judicial de que se produzcan más vacunas en sectores rurales marginados, y en general un sin número de creativas medidas que permitan justiciar este derecho social.

De la misma manera la Acción de Protección amplía la legitimación pasiva al prescribir cinco posibilidades:

1. En contra de cualquier autoridad pública no judicial

El cambio de “*acto de autoridad pública*” a “*acto u omisión de cualquier autoridad no judicial*” es sin duda una formulación más adecuada para lograr la efectividad de la acción ahora de protección. Con esto se elimina la aplicación restrictiva pues anteriormente era interpuesta solo en ocasión de actos administrativos violatorios de derechos²⁰⁷.

Dentro del sector de la salud existe un abanico de eventos violatorios cometidos por el Estado y que no precisamente se reflejan en actos administrativos. El mismo hecho de que el Ministerio de Salud deje de suministrar medicina a sectores vulnerables como los enfermos de VIH o la falta de personal en hospitales públicos (problema actual mencionado casi todas las semanas en la prensa) constituye un caso posible de interposición de esta acción, antes desechada por el juez.

2. En contra de políticas públicas

El Estado constitucional de derechos y justicia, siendo fiel a sus principios brinda esta norma que permite armonizar las garantías constitucionales con el objeto de “justiciabilizar” los derechos del buen vivir.

Como ya se mencionó anteriormente, cabe la posibilidad de control constitucional de las políticas públicas por medio de la acción de protección de

²⁰⁷ Cfr. David Cordero en Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, op.cit., p.251

derechos cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

Por ejemplo en este supuesto se puede interponer la Acción de protección cuando el Estado vulnera el derecho a la salud de los ecuatorianos al no establecer políticas efectivas en el control sanitario de productos alimentarios.

3. En contra de prestadores de servicios públicos

Esta posibilidad hace referencia a los servicios públicos prestados por autoridades públicas porque la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional diferencia a la prestación de servicios públicos impropios en otro numeral (que se explica en el siguiente acápite).

De igual forma este numeral se diferencia de las dos anteriores, porque se alude en forma muy particular al sujeto que presta un servicio público y no de manera general contra políticas públicas o contra de la autoridad pública no judicial.

Vale recordar que el Estado es el principal ente garantizador de los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y por tanto la prestación de los servicios públicos debe orientarse a *“hacer efectivo el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad”*²⁰⁸.

Cuando estos sean violados por acto u omisión del prestador de servicio público, entonces se puede interponer la Acción de protección. En el área de la salud, por ejemplo, hay muchas prestaciones que por su importancia no deben ser delegados a entes privados como lo son los programas de prevención y promoción de campañas de salud, y las violaciones dentro de estos campos podrían justificarse mediante esta acción de protección en contra de la autoridad pública que preste este servicio.

²⁰⁸ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Capítulo II Políticas Públicas, servicios públicos y participación ciudadana, art. 85, numeral 1.

4. En contra de particulares

Esta disposición se recoge en la Constitución a razón de que el Estado no es el único ente que participa en la prestación de bienes y servicios dentro del mundo globalizado en el que vivimos, por tanto la necesidad de una herramienta para reparar las violaciones a los derechos de las víctimas de actos de particulares es la principal preocupación en los Estados garantistas de estos derechos.

Dentro de esta posibilidad la norma constitucional especifica cuatro situaciones:

- Cuando la violación provoca un daño grave

El núcleo de esta circunstancia lo constituye la definición de “daño grave” ya que no todo daño es suficiente para que proceda la acción de protección sino solamente aquel que es grave y que proviene de una persona particular.

En la doctrina se define al daño grave al que produce un efecto grande, cuantioso o casi permanente en el sujeto que padece la violación de sus derechos²⁰⁹. La pregunta es ¿en materia de salud que es considerado daño grave?, porque si la respuesta es la muerte del paciente entonces no tendría mucho sentido interponer esta acción para garantizar un derecho inexistente.

- Cuando prestan servicios públicos impropios o de interés público

Para que proceda la acción de protección se requiere que la persona privada preste servicios públicos impropios o de interés público y viole los derechos, ya sea por acción u omisión, en el curso de la prestación del servicio.

Es necesario entonces distinguir a los servicios públicos impropios como aquellos que son efectuados por personas privadas, naturales o jurídicas, en observancia de la Administración Pública; y por otro lado a los servicios de interés público como

²⁰⁹ Cfr. Luis Cueva Carrión, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2010, p.172.

los que se presta a toda la sociedad con el afán de “*defender el interés colectivo, la promoción de los derechos humanos y la justicia social*”²¹⁰.

Sin duda es la salud un asunto de interés público; por tanto interponer este recurso argumentando esta circunstancia parece ser una vía muy practicable. Sobre todo porque se amplía el campo de legitimación pasiva y hechos lamentables ocurridos en el seno de los servicios prestados por entes privados.

Dentro del Sistema Nacional de Salud el único aspecto que se puede confiar al particular es todo lo que involucre el régimen y gestión de los pacientes.

Precisamente aquí yace un gran foco de violaciones al derecho a la salud si consideramos la existencia de tantas clínicas y hospitales privados en nuestro país. Los atropellos a la salud de los ecuatorianos son ocasionados en estos centros por acciones u omisiones de entes diferentes a los estatales que actúan por delegación o concesión y de cuyo trabajo no se hace ninguna inspección.

- Cuando prestan servicios públicos por delegación o concesión

Por un lado está la delegación, acto mediante el cual la autoridad pública encarga a una persona privada la prestación de un servicio público bajo su riesgo y responsabilidad. Y por el otro, la concesión entendida como el mismo contrato pero en el que el ente privado, sea persona natural o jurídica, actúa por su propia cuenta y riesgo.

En ambos el Estado confía al particular la creación organización, funcionamiento y mantenimiento del servicio público por un periodo de tiempo, quien debe a la vez observar todo el conjunto de normas que constituyen el régimen legal del Derecho Público; es decir que ante todo, esta prestación de servicios debe ser “*universal, accesible, continua y, las tarifas, convenientes y equitativas*”²¹¹.

²¹⁰ *Ibíd.*, p.161.

²¹¹ *Ibíd.*, p.166.

Sin embargo, y aunque la Constitución del 2008 ha cambiado en forma fundamental el régimen legal de las concesiones de los servicios públicos²¹², muchos son los casos de inobservancia de estas responsabilidades tanto de parte del delegatario o concesionario como de la autoridad pública.

Por esto, la acción de protección resulta una herramienta útil en casos de mala prestación de servicios de agua o de alcantarillado que afectan a la salud de los habitantes, o las desastrosas concesiones a petroleras que producen no solo un impacto negativo en la salud del ser humano sino también en el medio ambiente.

- Cuando la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo

Ésta es la circunstancia más subjetiva dentro de estas cuatro posibilidades porque deja al arbitrio del juzgador la procedencia de la acción de protección para un sin número de violaciones.

En efecto, tanto la indefensión como la subordinación producen la incapacidad de protección de los derechos que sufre la parte más débil dentro de una relación jurídica, familiar, social, económica, religiosa, etc.

Aquí se puede justiciabilizar, por ejemplo, el derecho de las personas marginadas de sectores rurales que no reciben medicina gratuita como en campaña de vacunas, de los ciudadanos indefensos expuestos a contaminación, de niños que no reciben atención primaria de salud, e incluso la falta de probidad médica a causa de creencias pertenecientes a cierto grupo religiosos.

²¹² NB. “Solamente se puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en los cuales el Estado tenga mayoría accionaria, debe sujetarse al interés nacional y es de forma excepcional, etc.” Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título IV Régimen de Desarrollo, art.316.

5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

La última de estas cinco situaciones merece especial importancia en el universo de los derechos económicos, sociales y culturales.

La obligación de respetar estos derechos que se deriva de los Instrumentos Internacionales abarca la dimensión de “no discriminación”, y efectivamente el incumplimiento de esta obligación abre un enorme campo de justiciabilidad para los desc y por ende para el derecho a la salud.

Con el uso de esta especificación en el artículo 88 de la Constitución, las personas tienen la posibilidad de iniciar acciones tendientes a exigir su derecho a la salud sin la necesidad de demostrar la existencia de la violación a este (que en la práctica es el principal impedimento para acceder a la justicia), sino que solo se requiere demostrar la relación de discriminación²¹³.

Quizás esta sea la herramienta más efectiva para demandar la violación del derecho a la salud de los que se les niega asistencia médica por racismo, por diferencias culturales, tal vez por no tener dinero para el tratamiento o posiblemente porque no cumplen con prerequisites administrativos.

Finalmente, junto con esta norma, las disposiciones comunes a todas las garantías jurisdiccionales como la ampliación de la legitimación activa y la “constitucionalización” de la Función Judicial, han creado un sistema de garantías jurisdiccionales sencillo, eficaz y garante de los derechos del buen vivir.

En estos artículos es donde se refleja y cobra sentido la expresión constitucional de que

“los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial”²¹⁴.

Con todo hay que recordar lo que la Corte Interamericana ha señalado en su jurisprudencia de que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las

²¹³ Cfr. *Ibíd.*, p.252.

²¹⁴ Constitución del Ecuador, R.O. No.449, Título II Derechos, art.11, núm. 3.

condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios²¹⁵.

A esto está sujeta la posibilidad de ejecutar las resoluciones como condición de efectividad de las acciones jurisdiccionales, particularidad que falla por mucho en nuestro sistema judicial de tendencia civilista.

La sentencia es el acto judicial que recoge o no la pretensión de la víctima, y en caso de que el fondo del asunto verse sobre derechos humanos, ésta debe cumplir con requisitos de fondo y forma.

Al resolver el juez jamás debe alejarse de los principios que fundamentan y limitan su competencia; el criterio de racionalidad y sobre todo la motivación. Estos parámetros son bien recogidos en casos donde se litigan derechos civiles, pero el problema surge al resolver sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Por ejemplo, en una Acción de protección donde se demande la violación del derecho a la salud, la sentencia debe contener todo lo que se considera en un proceso de conocimiento; es decir: la determinación específica del contenido del derecho a la salud y de las obligaciones precisas para el causante, mencionando el tiempo en que se deben cumplir.

Así lo estipula la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional mediante la disposición denominada “*modulación de los efectos de la sentencia*”:

“Art. 5.- Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional”

La visión de un Estado garantista demanda el cumplimiento de estas sentencias como vehículos para garantizar todos y cada uno de los derechos del buen vivir, rompiendo la costumbre de dejarlas en meras exposiciones de razones políticas, procedimentales o de derecho civil, e incluso de obligaciones ilusorias e inalcanzables.

²¹⁵ Cfr. David Cordero en Ramiro Ávila Santamaría, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, op.cit., p.244

En conclusión, tras analizar detalladamente las garantías jurisdiccionales, podemos resumir que en nuestro país la ineficacia de las acciones constitucionales para exigir el derecho a la salud se deben principalmente a problemas contenidos tanto en la esfera individual de cada uno de las personas como entes poseedores de los derechos garantizados en la Constitución, como en la esfera de la autoridad, de todo el aparato estatal garante de estos derechos.

En el aspecto individual, el problema más grave es el desconocimiento de que derechos llamados “prestacionales” puedan ser también justiciables a través de mecanismos judiciales.

Por ejemplo, en el Ecuador, la mayor parte de la población analfabeta pertenece al sector rural, y es precisamente en esta zona donde la carencia de servicios básicos es casi 4 veces mayor que en la zona urbana²¹⁶; en las áreas rurales se encuentra el mayor porcentaje de mortalidad infantil y la tasa de incidencia de paludismo y tuberculosis es más alta²¹⁷.

No es coincidencia que este sector sea el más vulnerable, puesto que si bien se presume que la ley es conocida por todos, la realidad es totalmente diferente. Muchos ecuatorianos apenas saben leer y escribir, y esperar que sepan utilizar las garantías jurisdiccionales para reclamar sus derechos es prácticamente una quimera. En estos casos el pueblo prefiere dirigir su lucha hacia otras maneras violentas de reclamo como las protestas públicas.

En la otra cara, al contrario encontramos a la clase de personas que utilizan las acciones constitucionales como un procedimiento rápido y eficaz para la protección de derechos ordinarios como el cobro de deudas o para evitar que estas se cobren²¹⁸.

²¹⁶ SENPLADES, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Resolución N° CNP-001-2009, 5 -11-2009, p.191

²¹⁷ NB. En el 2007 se redujo considerablemente la tasa de incidencia de paludismo en provincias como Pichincha y Guayas, pero aumento cinco veces en el Napo. SENPLADES, cuadro 7.3.8. p.200.

²¹⁸ Cfr., Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, op.cit., p.564

Desnaturalizando la razón de ser de estas garantías y creando problemas procesales como la acumulación de procesos²¹⁹.

Finalmente en la esfera del Estado los obstáculos aparecen por motivos culturales en el momento en que las concepciones conservadoras acerca del papel institucional del Poder Judicial y de la separación de poderes²²⁰ se enfrentan a la nueva ideología de este Estado constitucional de derechos y justicia garante de los derechos del buen vivir.

Y principalmente por motivos políticos pues la mayoría de violaciones en el sector de la salud son provocadas por la autoridad, y cualquier proceso iniciado en contra del Estado deja en una situación de desventaja al particular, al menos así es nuestro país. El Estado es el primero en tomar ventaja en los pleitos, el acceso a las pruebas, a la información, todo esto que afecta la imparcialidad y al debido proceso.

Adicionalmente, como ya se analizó, las sentencias en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la salud, a parte de la falta de especificación, no cuentan con resguardos procesales suficientes, lo que resulta en una imposible ejecución. Las obligaciones de hacer respetar que debe cumplir el Estado, y esencialmente el deber de reparación queda en el aire, y las violaciones al derecho a la salud quedan en indefensión.

²¹⁹ NB. Esto ocurre en el momento en que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por ejemplo es su artículo 42, numeral 4 y 6 menciona a la “acción de protección” como recurso subsidiario en casos de que la protección ordinaria no sea eficaz, dando carta abierta a la aplicación de esta garantía para los derechos contractuales y patrimoniales.

²²⁰ Cfr., Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, op.cit., p.29.

3.2. Recursos judiciales ordinarios

En el camino al deber del Estado de implementar recursos judiciales sencillos y eficaces para proteger los derechos económicos, sociales y culturales²²¹, la legislación ecuatoriana reconoce en ciertas normas la posibilidad de ejercer el derecho a la protección del derecho a la salud utilizando tanto la vía penal como la civil.

3.2.1. Acciones penales

Para interponer una denuncia penal se necesita que el delito esté tipificado en el Código Penal, es decir que el tipo penal se encuentre claramente definido bajo la formulación de hipótesis sobre violaciones a un bien jurídico²²², que en este caso es la salud, entendida esta como el bienestar físico y psíquico de cada uno de los habitantes.

Si bien es cierto que dentro del Código antes mencionado no se contempla como delito a la mala práctica médica, si se tipifican otras figuras penales que pueden ser de mucha utilidad dentro del amplio universo de violaciones a este derecho dentro del Sistema Nacional de Salud.

Es así que nuestro Código recoge dentro del Título V de los delitos contra la seguridad pública, lo que ha titulado como “*Delitos contra la salud pública*”²²³ y conjuntamente con los normas penales sobre delitos contra la vida y el capítulo sobre lesiones constituyen un marco para la protección del derecho a la salud.

²²¹ Cfr., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 3*, párr. 4 y 5.

²²² Alexander Rodríguez, *Comentarios a los delitos contra la salud pública*, www.eventos-justiciapenalecuador.com, Mayo 2010, Quito, Acceso: 5 de junio 2012

²²³ Código Penal, Capítulo X *Delitos contra la salud pública*, artículo 428 y ss.

Este se resume en el siguiente cuadro:

Delitos contra la salud pública	Delitos contra la vida	Lesiones
<ul style="list-style-type: none"> ❖ Alimentos que afectan la salud <ul style="list-style-type: none"> ▪ Alteración dolosa (art.428) ▪ Venta que produce lesiones permanentes o muerte (art.429,430) ❖ Enfermedades peligrosas <ul style="list-style-type: none"> ▪ Propagación dolosa (art.432) ▪ Violación de medidas contra la propagación (art.435) ❖ Suministro de agua, sustancias alimenticias o medicina <ul style="list-style-type: none"> ▪ Envenenamiento culposo (art.433) ▪ Falta de precaución al recetar o suministrar medicamentos (art.436) ❖ Médico que presta su nombre (art.437) <p>(Se penaliza además la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia, art.434)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Homicidio por suministro de sustancias (art.457) ❖ Homicidio inintencional (art.460) 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Lesiones que causen enfermedad o incapacidad debido a sustancian que alteran la salud (art.468 y 469)

Aparentemente son muchos los delitos que podemos denunciar para proteger el derecho a la salud, de hecho, de acuerdo con las estadísticas, se evidencia que cada día estas reclamaciones se han ido incrementando, “*de tal suerte que hoy resulta familiar el que un abogado patrocine o le represente con sus conocimientos al paciente que se cree asistido de que se le ha vulnerado su bien jurídico protegido que en este caso es la salud*”²²⁴.

Según estadísticas de la Fiscalía, en el año 2007 en el Ecuador se denunciaron 89 casos de homicidio inintencional, delitos contra la salud pública por imprudencia, negligencia o impericia, y la prescripción o suministro de medicinas que comprometen

²²⁴ Dr. Carlos Fernando de los Reyes Cuesta, *Demandas por mala práctica médica en el Ecuador: ¿Mito o realidad?*, www.saludvital.ec, acceso: 5 de Junio 2012.

la salud o causan la muerte. En 2008, se denunciaron 147 casos; en 2009, 112; en 2010, 166, y de enero a marzo de 2011, hubo 92 denuncias²²⁵, siendo Guayas la provincia donde más denuncias se recoge.

Un caso sobresaliente es la denuncia penal por el delito contra la salud pública tramitada ante el Juzgado Tercero de lo Penal de Tungurahua, por el caso del fabricante de los vinos “Tentador” que los elaboraba a base de una mezcla de alcohol etílico con agua y alcohol metílico, provocando la muerte de 52 ciudadanos y más de un centenar de personas afectadas con la pérdida de la visión.

De la misma manera se ejerció una acción penal en contra de la empresa TripleOro por las denuncias sobre la calidad de agua que esta suministraba a los usuarios de Machala, Pasaje y el Guabo²²⁶.

No obstante, la causa de la mayoría de los atropellos a la salud es la mala práctica médica aun no tipificada en nuestro Código Penal. Se deja abierta en este sentido una gran grieta de negligencia, irresponsabilidad e impunidad de las autoridades de salud.

A esto se suma un aspecto de vital importancia mencionado por el Dr. Carlos Fernando de los Reyes, abogado especialista en Derecho médico:

“...la falta de información que el Médico proporcione a su paciente del diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la enfermedad, ocasiona justamente incertidumbre al paciente, quien al momento de buscar una segunda opinión por su estado de ignorancia médica y ante el velo de la enfermedad, siente que se ha vulnerado su derecho...”²²⁷

Si bien es necesario contemplar las circunstancias reales de la atención en los centros de salud y hospitales que están todos los días y a todas horas aglomerados de pacientes, no por eso se justifica la mala práctica del personal de salud y más que todo la falta de “sentido de humanidad” de la mayoría para atender pacientemente al enfermo.

²²⁵ Diario El Hoy, *Los errores y horrores médicos, sin ley ni sanción*, publicado 1 Agosto 2011, www.hoy.com.ec, acceso: 5 Junio 2012, 16h00.

²²⁶ Diario El Universo, *Se indaga TripleOro por delitos contra la salud*, publicado 17 Marzo del 2012, www.eluniverso.com, acceso: 5 Junio 2012, 16h00.

²²⁷ Dr. Carlos Fernando de los Reyes Cuesta, op.cit.

Finalmente, para concluir el análisis de estas acciones es necesario precisar que mediante la interposición de una acción penal para demandar el derecho a la salud bajo los casos antes señalados, la única “reparación” que se puede obtener de éstas es la sanción personal al infractor, es decir la prisión que oscila entre los dos y cinco años y la posibilidad de aplicación de medidas cautelares como la clausura definitiva o temporal de los establecimientos que pongan en peligro la salud o el medio ambiente. En casos en que el delito alegado sea de lesiones, se añade las penas pecuniarias traducidas en multas que varían según los daños causados.

3.2.2. Acciones civiles

De la relación “contractual” médico-paciente nacen obligaciones y se crean derechos recíprocos, por tanto la posibilidad de demandar ante la justicia la indemnización de daños y perjuicios es totalmente viable dada la factibilidad de calcular económicamente estas lesiones por ejemplo en lo que respecta a gastos médicos que pueden incluir a los incurridos en el pasado y también a los que se anticipa en el futuro; incluso a los costos de atención médica de por vida en situaciones donde las violaciones al derecho a la salud han provocado daños permanentes.

De la misma manera, las figuras civiles de daño moral, lucro cesante y daño emergente resultan útiles para exigir el derecho a la salud de los pacientes quienes demandan la responsabilidad civil del personal médico.

Adicionalmente en temas como la salud ocupacional se abren puertas para exigir el derecho a la salud de los trabajadores que se encuentran en relación de dependencia. En este ámbito son mucho más amplios los temas que pueden ser motivados en las acciones civiles como el incumplimiento de obligaciones del empleador sobre la higiene laboral, el control de salud de los trabajadores, los riesgos en el ámbito laboral, entre otros.

Así mismo, quien considere se le ha vulnerado su derecho a la salud tiene la posibilidad de hacerlo efectivo ante la Defensoría del Pueblo y el Juez de

Contravenciones a través de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que dedica un capítulo para la “*protección a la salud y la seguridad*”²²⁸.

En esta ley se definen normas supletorias a las disposiciones legales que regulan la provisión de determinados bienes o servicios que puedan afectar a la salud de la población. Por ejemplo se regula la obligación de los proveedores a advertir o indicar el empleo especial de esta clase de productos, además se regula los requisitos para el expendio de productos nocivos para la salud como el tabaco y el alcohol²²⁹.

Por esta vía, las personas son indemnizadas con el pago de daños y perjuicios a cargo del proveedor, a quien no se le exime de la responsabilidad penal que se pudiera desprender de su proceder²³⁰.

Por otro lado, desde el 2005 forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, una corta pero precisa ley que especifica el derecho de los pacientes y precisa las sanciones por falta de atención médica en situaciones de emergencia.

En el último artículo de esta ley se dispone la obligación del Presidente de la República de dictar el Reglamento de aplicación de esta ley para dar efectividad a los derechos recogidos en este cuerpo legal, sin embargo, desde el gobierno del Dr. Alfredo Palacio se ha luchado por la expedición de este Reglamento que hasta el día de hoy no es promulgado.

²²⁸ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Capítulo X Protección a la salud y seguridad, artículo 56 y ss.

²²⁹ *Ibíd.*, artículo 57.

²³⁰ *Ibíd.*, p.59

3.3. Recursos administrativos

Los mecanismos de primera mano para demandar el derecho a la salud son los administrativos, porque en la mayoría de las veces se los interpone ante la misma institución que ha prestado este servicio, es decir, aquí no se necesita acudir a la Función Judicial para exigir mi derecho, puesto que el objetivo es la reparación oportuna de mis derechos.

En palabras del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, los recursos administrativos son en muchos casos los más adecuados ya que “*quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto*”²³¹.

Así, se recomienda que estos recursos reúnan las características de accesibilidad, gratuidad y eficacia²³² para que cumplan su función de justiciar el derecho a la salud.

Pero el asunto es que en nuestro país, como en muchos de la región, es imposible la aplicación de las recomendaciones recogidas en las Observaciones del Comité y mucho más en el ámbito administrativo donde históricamente la burocracia es la que maneja el funcionamiento de las instituciones.

El Estatuto organizacional del Ministerio de Salud Pública designa como autoridad encargada para conocer, resolver, y sancionar el incumplimiento de la Ley Orgánica de Salud y demás normas vigentes²³³, a la Dirección General de Salud, que funciona al igual que todo el Sistema Nacional de Salud bajo el principio de desconcentración.

Aquí se dificulta la posibilidad de exigir el derecho a la salud porque cada entidad jerárquicamente conoce de los recursos administrativos pero en total incomunicación. Así por ejemplo las demandas de cobros “extraoficiales” del

²³¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No9*, párr. 9

²³² Id.

²³³ Cfr., Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos del Ministerio de Salud Pública, artículo12.

personal de salud y los costos indebidos por prestaciones gratuitas que se dan a diario pasan inadvertidos.

En la otra mano están los recursos brindados por las normas específicas de la materia como el Código de Ética Médico Reformado que establece obligaciones y deberes del Médico, cuyo incumplimiento acarrea lógicamente sanciones de tipo disciplinario.²³⁴

Y complementariamente los Colegios de Médicos de las principales provincias del Ecuador disponen la posibilidad de abrir expedientes disciplinarios a sus colegas que no observen a cabalidad sus reglas.

Por otro lado, quedan los llamados “reclamaciones y recursos administrativos” contenidos en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que podrían servir para demandar indirectamente el derecho a la salud de los administrados. Por ejemplo, el recurso administrativo se podría interponer ante la misma autoridad para enmendar, derogar, sustituir o derogar actos normativos²³⁵ que afectan de una u otra forma el derecho a la salud al disponer sobre cuestiones como el expendio de vacunas, etc.

De la misma manera los recursos administrativos como el de reposición y el de apelación pueden ser interpuestos ante la máxima autoridad en el Sistema Nacional de Salud, es decir ante el Ministro de Salud cuando las resoluciones y actos de su administración produzcan “*indefensión o perjuicio de difícil reparación a derechos e intereses legítimos*”²³⁶.

No obstante cabe tener presente que el Estatuto recoge la excepción del silencio administrativo positivo en esta clase de recursos, porque “*la falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo*”²³⁷.

Con todo, es posible deducir que esta vía es poco viable dado el hecho de la falta de celeridad para receptorlos. Ni siquiera los mismos médicos recurren a la vía

²³⁴ Dr. Carlos Fernando de los Reyes Cuesta, op.cit.

²³⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, De los reclamos y recursos administrativos, artículo 172.

²³⁶ *Ibíd.*, artículo 173, numeral 1.

²³⁷ *Ibíd.*, artículo 173, numeral 3.

administrativa para reclamar porque no encuentran respuesta, por lo que se ven obligados a acudir a la vía contenciosa administrativa o la laboral.²³⁸

En conclusión el uso de los recursos administrativos para reclamar este derecho objeto del presente trabajo puede servir para justiciar en una “primera etapa” las violaciones a la salud. Sin embargo, no hay que olvidar que dentro de las obligaciones de hacer respetar se encuentra el deber de reparación como reflejo visible de la justiciabilidad del derecho.

El paciente o la persona que crea se ha violentado el derecho a la salud reclama con el fin primordial de que se restituya íntegramente su derecho, se inicien tratamientos médicos para recuperar su salud, se anule la medida administrativa que lesiono su derecho y se indemnice por todas las afectaciones causadas.

Pero poco de esto se va a lograr si se recurre a la vía administrativa. En muchos casos la única sanción es la administrativa, abriéndose expedientes al personal de salud.

Esto tal vez permita que no se vuelvan a cometer los mismos atropellos, pero en si a la persona afectada no se le brinda ninguna clase de reparación.

La existencia de libros de reclamaciones en los Hospitales Generales es otra vía que aparentemente tampoco encuentra mucha funcionalidad dentro del Sistema Nacional de Salud.

²³⁸ Cfr. Carlos Nicolás Ortiz, *El derecho a la Salud y los derechos de los enfermos*, Madrid, Encuentro Ediciones, 1983, p.70,71.

4. CAPITULO CONCLUSIONES Y PROPUESTA

4.1. Reconocimiento del derecho a la salud

En el desarrollo de este trabajo se analizó el contenido, alcance y garantía del derecho a la salud dentro de la esfera jurídica ecuatoriana. El primer capítulo se refería al análisis del reconocimiento del derecho a la salud, y es precisamente aquí donde radican los problemas actuales de tantas violaciones a este derecho. Es por esto que para concluir esta tesis resulta indispensable dejar de lado las críticas a las falencias del sistema de salud ecuatoriano y enfocarse en la búsqueda de las posibles soluciones.

En primer lugar vale recordar lo ya mencionado a lo largo de este trabajo “la norma es la garantía institucional primaria de los derechos”, por eso debe ser clara y precisa.

Ya sabemos que el derecho a la salud al pertenecer a los derechos económicos, sociales y culturales, no goza de “especificación”, pero es vital que su contenido no quede simplemente en una enunciación constitucional sino también que sea desarrollado en normas que establezcan claramente los diversos aspectos del derecho, las obligaciones del Estado y los mecanismos de reclamación.

Esto no implica que la necesidad de regular el derecho a la salud se constituya, de alguna manera, en motivo para reducirlo a simples relaciones contractuales o prestaciones mínimas en dependencia de recursos económicos o políticos. Por el contrario, debe promulgarse un marco legal que recoja el sentido humanitario de la salud, un contenido que sea símbolo de la filosofía del “sumak kawsay” en donde la enunciación de este derecho constitucional no pueda hacer a una persona más digna que a otra.

La solución está entonces en la convicción de que la salud es un derecho y no un simple negocio o un acto de caridad. La certeza de que su naturaleza no exime al Estado de sus obligaciones de respeto y garantía so pretexto de la progresividad del

derecho. Sino que su prestación conlleva también deberes improrrogables exigibles ante la autoridad pública.

Además es indispensable la sustitución de todas esas leyes preconstitucionales y obsoletas que forman parte del marco legal de la salud, por la promulgación de leyes orgánicas, códigos, reglamentos, ordenanzas o todas las reformas pertinentes a las normas ya existentes, con el afán de desarrollar un concepto del derecho a la salud tal y como lo definen los instrumentos internacionales.

Por ejemplo podrían ser un gran avance los estudios y reformas al Código Penal para que sea definido el concepto de responsabilidad en la práctica profesional médica y sean tipificados como delitos aquellas conductas en que el personal médico inobserve dolosa y culposamente sus obligaciones; y que se complemente con la promulgación finalmente del Reglamento a la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, así se crearía una gran vía de exigibilidad a tantos atropellos dentro del Sistema Nacional de Salud, ya que en este cuerpo legal se especificaría los parámetros para considerar la buena atención de salud.

Sin embargo, no servirá de nada todo el avance legislativo en este tema mientras exista aún en el Ecuador personas que ni siquiera saben leer y mucho menos sabrán de la existencia de todo un ordenamiento jurídico que reconoce sus derechos y una Función Judicial donde pueden exigirlos.

Inclusive, sin irnos muy lejos, y dejando el sentido dramático, es indudable el hecho de que existen ciertos funcionarios judiciales que no están al tanto de los derechos humanos y no tienen ni el conocimiento ni la conciencia de que los derechos del buen vivir puede ser justiciables.

Por tanto, de la mano de la regulación del derecho a la salud debe venir su difusión de todo aquello que concierne a este derecho fundamental, desde el campo de la prevención hasta el aspecto final de las reparaciones que el Estado debe cubrir a quien se le ha causado daño a su salud.

Hay que empezar, por un lado, con las capacitaciones a todas las autoridades que forman parte de la Función Judicial, fiscales, jueces, peritos, etc., y por qué no también a las demás ramas del poder del Estado para que sean sensibles a esta nueva

era de derechos sociales exigibles; y por otro lado, la creación de políticas para realizar publicidad de los derechos de los ciudadanos en espacios accesibles de primera mano, de suerte que se pueda expresar en la realidad ecuatoriana la presunción de que la “ley es conocida por todos”.

4.2. Determinación de las obligaciones que el Estado ecuatoriano debe desempeñar

Al Estado le corresponde cubrir todas las obligaciones constitutivas del derecho a la salud una vez que han sido íntegramente identificadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales; normas éstas que se imponen y no son susceptibles de alteración y mucho menos de desconocimiento por parte del aparato estatal.

La autoridad debe resguardar el cumplimiento de todas las obligaciones ya estudiadas en el presente trabajo, desde las derivadas del contenido mínimo esencial del derecho a la salud, hasta la obligación final de reparación. Siempre abogando por la expansión de los caracteres que engloban a la salud en el marco del cumplimiento de los derechos humanos.

La obligación de cumplimiento progresivo y las de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la salud, ambas confluyen en un mismo punto en el que el derecho requiere una distribución justa de los recursos disponibles, independientemente de si éstos son pocos o muchos. De hecho la prohibición de regresividad y la existencia de recursos para garantizar el derecho a la salud están íntimamente ligadas porque de cierto modo condicionan la manera de prestar el servicio a la salud en el país.

Antes que enumerar la lista interminable de las contrariedades presentes en el actual gobierno relacionadas con el presupuesto y el recurso humano disponibles en el área de la salud pública, es pertinente en este punto examinar los posibles caminos que nos orienten a una solución.

Una primera alternativa podría ser la concientización en las autoridades de lo que implica una “justa asignación” de recursos de acuerdo con las necesidades del sector de salud en contraposición con las necesidades de otros sectores que podrían no ser prioritarios en esta etapa del Ecuador, como por ejemplo el sector de la defensa. A esto se añade la “distribución justa” que a nivel interno permite administrar los muchos o pocos recursos que posea esta área para cubrir equitativamente el derecho a la salud para todos los ciudadanos sin discriminación y sobre todo sin dar marcha atrás en los niveles de realización ya alcanzados.

Además, el papel de la sociedad, del particular, de la persona como poseedora del derecho es relevante también en el desempeño de un sistema de salud que se adecue a los estándares internacionales. Por esto, la implementación de procesos concretos de participación social en las decisiones relacionadas con la salud permitiría asumir compromisos individuales y mejorar las condiciones existentes en la red pública de salud.

Por otro lado, siguiendo la lista de obligaciones del Estado ecuatoriano en la tutela de este derecho, nos encontramos con las primordiales y las que constituyen el más alto deber del Estado según nuestra Constitución “*respetar y hacer respetar los derechos*”. En este punto las autoridades pueden mejorar mucho su actuar, sobretodo porque en la actualidad la realidad de la prestación de la salud en el país se basa únicamente en el acceso a satisfactores de necesidades consideradas mínimas y no a la consecución de un Estado de derechos y justicia.

Por ejemplo en el deber de prevención las autoridades sanitarias podrían dar un gran paso si establecen políticas para prevenir, controlar y vigilar las enfermedades con mayor incidencia en la población (que irónicamente no son ni terminales ni de difícil tratamiento) pero que lleguen a cada uno de los rincones del país. Hay que tener presente que la sociedad funciona de manera lógica, y si se promocionan prácticas de vida saludable mediante la prevención, entonces el Estado se evitará muchos más problemas de justiciabilidad y reparación al derecho a la salud.

Asimismo, en la esfera de las acciones positivas que el Estado debe asegurarse de efectuar, cuando la prevención ya no tuvo cabida, se encuentra el deber jurídico

respecto a la búsqueda efectiva de la verdad en toda situación en la que se haya violado el derecho a la salud.

En este punto la Constitución vigente ha aportado considerablemente al mencionar dos instituciones de derecho procesal que resultan muy novedosas dentro del cuerpo normativo ecuatoriano. En primer lugar, se reconoce el rol activo del juez o jueza en la resolución de garantías jurisdiccionales, en lo que se ha denominado “direccionalidad del proceso”, y en segundo lugar se menciona la “comisión para recabar pruebas”.

Ambas novedades procesales otorgan al juez una amplia facultad para cumplir a cabalidad su deber de buscar la verdad bajo todos los medios posibles y garantizar a la víctima de una tutela judicial efectiva. No obstante, aunque en la norma constitucional esto suene muy agradable, el sistema judicial en nuestro país sigue siendo el mismo, por eso correspondería capacitar constantemente a los funcionarios judiciales en materia de derechos humanos y actualización del derecho constitucional, principalmente en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales o como lo llama nuestra Constitución “derechos del buen vivir”.

En la búsqueda de un derecho a la salud justiciable, nos encontramos con dos obligaciones quizás las más importantes a la hora de alcanzar este acometido, la obligación de sancionar y conjuntamente la de reparar. Estos son los deberes más palpables que el Estado debe desempeñar bajo cualquier condición porque reflejan la garantía de la protección judicial efectiva.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional menciona la obligación del juez o jueza de emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, brindando la posibilidad de disponer de la intervención de otras entidades públicas como la Policía e incluso la facultad de delegar el seguimiento del cumplimiento de la resolución judicial a otras instancias estatales.

Sin duda este es un gran acometido para las autoridades judiciales, pero aquí vale preguntarse si los jueces han encontrado posible acatar esta norma y ponerla en la práctica ya en estos 3 años de vigencia de esta ley. Con total certeza la respuesta es

negativa, y es que el hecho de que nuestras aspiraciones como sociedad estén reflejadas en la ley no implica con seguridad que la realidad va a cambiar, al contrario, solamente se hace más grande la lista de cuerpos legal ineficaces e inaplicables que suman la mayor parte dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador.

La Función Judicial en términos prácticos sigue siendo la misma; por más que la norma permita al juez de la causa ordenar la destitución del funcionario que no cumpla con la sentencia, los casos de impunidad siguen aumentando, porque, de hecho, esta facultad ya estaba recogida en la Ley de Control Constitucional, pero nunca fue aplicada. Y es que es necesario hacer cambios desde la base de los problemas, desde su raíz que es, como se ha concluido a lo largo de todas estas páginas, la falta de especificación de funciones, obligaciones, parámetros y preceptos claros que delimiten el respeto y garantía de un derecho.

No sirve de nada un régimen legal que permita al juez pronunciar un acuerdo reparatorio magnánimo y la posibilidad de modificarlo para hacerlo aún más íntegro, si es que por las condiciones de nuestro país, de la autoridad sancionada, e incluso por las características mismas de la víctima, estas reparaciones resultan de imposible realización.

Las resoluciones deben analizar la violación del derecho a la salud y no la pertinencia de normas de procedimiento; deben hacer referencia a la normatividad que sobre este derecho está consagrada en instrumentos internacionales y nacionales, y no a las normas que recogen otros derechos relacionados que “si” podrían ser justiciables.

Las reparaciones deben ser útiles, posibles y no dictadas desmedidamente como para que los recursos resulten insuficientes; deben ser adecuadas para cada caso y no simplemente impuestas por costumbre o porque son las mismas a un caso parecido.

Quizás, muchas de estas falencias podrían ser subsanadas tan solo con un poco de sentido común y de compromiso con la Constitución y con el deber de buscar la justicia. Porque no hay fórmula, receta o modelo de justicia que haya funcionado en otro país y que pueda ser implementado en la sociedad ecuatoriana logrando los mismos efectos positivos. Cada país tiene diferentes sistemas donde confluyen diferentes factores económicos, sociales y culturales, y aunque resulte difícil a veces

aceptarlo, el Ecuador es un país que está lejos de ser lo que proclama nuestra Carta Magna.

Sin embargo, volviendo a la misma recomendación, haría muchos cambios significativos la existencia de capacitaciones a juezas y jueces. De hecho, la calidad de las sentencias depende en buena parte del conocimiento y la experiencia de quien la ejecuta, y que mejor que las autoridades judiciales, teniendo la suficiente preparación en derechos humanos, realicen su honorable trabajo escuchando con atención a los intervinientes, conociendo las realidades e involucrándose enteramente con las circunstancias que rodean un caso, para que así resuelvan con toda certeza de que están haciendo justicia.

Ya que la ley brinda la posibilidad al juez de actuar bajo cualquier medio posible afín de garantizar la ejecución de los acuerdos reparatorios, entonces se requiere de juezas y jueces comprometidos y creativos.

Principalmente en el tema de salud se precisa de calidad en las reparaciones porque lo que se pretende con estas es una atención sanitaria oportuna y no reparaciones monetarias tardías.

4.3. Papel de las garantías existentes para hacer justiciable el derecho a la salud

El objetivo principal de esta disertación es la determinación del nivel de eficacia que tienen las garantías constitucionales, los recursos judiciales y administrativos para garantizar el derecho a la salud de las personas en el Ecuador a fin de establecer cambios prácticos dentro del ordenamiento jurídico para que se brinde una gama de mecanismos más efectiva para que los ecuatorianos hagamos valer este derecho.

A lo largo de todo el trabajo se ha podido analizar detalladamente cada una de estas garantías y su valor dentro del campo de la salud, y la conclusión a la que se puede llegar es que, el derecho a la salud, al igual que todo derecho, si no cuenta con

mecanismos que hagan posible su ejercicio y exigible su protección, no es más que un derecho incompleto.

Pero, la inexistencia de herramientas justiciables o la ineficacia de éstas para remediar la violación de derechos económicos, sociales y culturales, no limita de ninguna manera la posibilidad de desarrollarlos en el texto constitucional y demás normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de un Estado.

Como bien ya lo ha hecho nuestra Constitución al enumerar claramente en su texto las clases de acciones judiciales previstas para demandar los derechos, las nuevas disposiciones por las cuales se deben regir las garantías jurisdiccionales, los recientes desarrollos en materia de medidas cautelares, y en general la proclamación de una serie de novedosas medidas procesales, se ha creado un marco considerablemente pleno para alcanzar la justiciabilidad del derecho a la salud; el problema es aplicarlo y hacerlo realidad en el diario vivir en el Ecuador.

Por ejemplo, muchos tratadistas han asegurado que uno de los más esenciales inconvenientes para exigir un derecho como la salud en la práctica, es la falta de reconocimiento de las propias personas de que poseen este derecho y que como víctimas pueden demandar su reparación.

Este es un problema común en países subdesarrollados como el nuestro donde las principales demandas giran en torno a derechos como la propiedad que tradicionalmente es adoptado por los ciudadanos como único bien susceptible de ser defendido ante las instancias legales.

Con todo, superando este obstáculo la Constitución vigente desde el 2008 estableció el actio popularis que precisa a los ecuatorianos no ser indiferentes a la violación de derechos que sufren otras personas, otorgándose así la amplia facultad de denunciar estos atropellos a cualquier ciudadano.

De esta manera todos somos responsables de la eficacia constitucional y está en nuestras manos usar el medio más eficaz para luchar por el cumplimiento de los derechos, es decir la denuncia.

Así, quizás esta falencia pueda resolverse con la ayuda del trabajo de consultorios jurídicos gratuitos, porque aunque la mayor parte de la población no interponga una acción constitucional para exigir sus derechos simplemente por

desconocimiento, si existe, en la otra mano, la posibilidad de que otra persona que tenga el conocimiento y la capacidad lo haga.

Por otro lado, hay que resaltar la premisa de que la eficacia de las garantías no puede depender de aspectos procesales ni mucho menos descansar en la voluntad de quien ejerce un cargo público. Las garantías constitucionales deben siempre orientarse al amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Es por esto que, aparte de la amplitud de la legitimación activa, debe practicarse también la oralidad tan mencionada en el texto constitucional y en la ley de la materia.

La instauración de este sistema a la realidad ecuatoriana implicaría en muchos aspectos un gran avance, porque al juez no le quedaría más que escuchar, analizar detalladamente y decidir en el acto estas acciones que por su naturaleza jurídica deben resolverse ágilmente.

Mucho más evidente resultaría la aplicación de la oralidad en casos involucrados con la violación al derecho a la salud, porque como ya se señaló alguna vez en este trabajo, éstas si son literalmente en muchos casos cuestiones de vida o muerte. La denuncia de que se siga suministrando medicamentos a sectores necesitados, o que no se interrumpa un tratamiento médico en personas con enfermedades crónicas, deberían ser resueltas tan pronto como sea posible, porque un solo día podría marcar la diferencia entre un atención médica oportuna o una indemnización económica absurda y tardía.

Finalmente, aun y si se logra implementar a la cotidianidad del trabajo de la autoridad judicial esta serie de avances procesales, el principal obstáculo del derecho a la salud, como ya se lo ha mencionado a lo largo de toda esta disertación, es la falta de prestaciones determinadas que avalen la existencia real de este derecho.

Si por ejemplo constara en una ley que la atención médica debe cumplir con los siguientes parámetros para ser considerada óptima, o si existiera un cuerpo legal que regule claramente las obligaciones del médico frente al paciente, entonces sería fácil e incluso normal crear una “cultura de reclamación” en el área de la salud.

Pero las complicaciones surgen cuando la persona demanda al Estado una prestación que no consta en ninguna norma o al menos no de forma explícita.

Ya la Acción de protección tal y como está recogida en la Constitución y regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dota al ciudadano de una serie de posibilidades bajo las cuales puede proceder este recurso para reclamar los derechos, no obstante se enfrenta con el obstáculo de la interpretación restrictiva que forma parte de la justicia burocrática de nuestro país.

Lo que se necesita es convertir una prestación indeterminada en “determinable” en la vía judicial mediante un ejercicio intelectual del juez o jueza que acopie todos los posibles factores que han causado la violación al derecho a la salud dentro de la esfera de los derechos humanos, para que posteriormente se logre justificar plenamente por qué la acción u omisión de la autoridad o del particular ha provocado la violación a este derecho social.

No obstante, no hay que dejar de lado también la posibilidad de que esta determinación de las prestaciones del derecho a la salud pueda encontrarse en la vía administrativa, en recursos que estén más al alcance de la población, que resulten más accesibles a la mayoría de los ecuatorianos, porque si bien la Constitución reconoce la gratuidad de la justicia, éste es un medio que no está al alcance de gran parte de los ciudadanos.

Igualmente las políticas pequeñas pero muy significativas podrían adecuarse a la vida cotidiana en hospitales y centros de salud y marcarían sin duda una gran diferencia en la forma como se brinda la atención medica actual; por ejemplo el uso de libros de quejas que si sean funcionales permitirían subsanar tantos atropellos a este derecho fundamental y mucho más importante, marcarían un precedente para que no se sigan cometiendo las mismas violaciones.

Diferentes tratadistas ya han considerado la posibilidad de que se conforme una Superintendencia de servicios de salud en nuestro país, una institución conformada por autoridades, profesionales y universidades que permita vigilar la calidad de los servicios de salud.

Sin duda esta es una grandiosa iniciativa que podría corregir muchas falencias dentro del Sistema Nacional de Salud pero que dado el momento económico y social que cruza el Ecuador con este gobierno, resultaría de muy difícil implementación.

Con todo, hay que considerar el gran avance (al menos en la norma) en materia de derechos que se ha logrado con la expedición de la Constitución, considerables innovaciones se han reconocido en este texto que reflejan el Estado constitucional de derechos y justicia que es el Ecuador a partir del 2008. Ahora lo que queda por hacer es practicarlo en la realidad y romper las malas costumbres de la prestación de la justicia en nuestro país.

Es un proceso difícil porque los hábitos y prácticas violatorias de la tutela judicial efectiva están al orden del día en la Función Judicial ecuatoriana, siempre ha sido así y pensar que se puedan cambiar estos esquemas es a veces un tanto ilusorio; pero aquí vale reflexionar y preguntarse cuál sería entonces el sentido de tener una de las mejores Constituciones de Latinoamérica si es que solo va a quedar como un carta de aspiraciones a una nueva sociedad que recoge el *sumak kawsay*.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALMQVIST Jessica y GOMEZ Felipe, *El Consejo de Derechos Humanos: un paso audaz hacia derechos efectivos para todos*, en N°40 *El Consejo de Derechos Humanos: oportunidad y desafíos*, Bilbao, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos, 2006.

ALZATE DONOSO Fernando, *Teoría y Práctica de las Naciones Unidas*, Bogotá, Temis editorial, 1997.

ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, *La Constitución del 2008 en el contexto andino-Ecuador Estado constitucional de derechos y de justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, INREDH, Serie Investigación N°14, 2009.

BENALCÁZAR ALARCÓN Patricio, *¿Un derecho enfermo?: la salud en el Ecuador*, Fundación regional de asesoría en derechos humanos, Quito, INREDH, 2002.

BREHIL PAZ Y MIÑO Jaime, *Aceleración Global y Despojo en Ecuador- El retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal*, Quito, Ediciones Abya Ayala, 2009.

CEPEDA Manuel José y otros, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2007.

COURTIS Christian y ÁVILA SANTAMARIA Ramiro, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

CUEVA CARRIÓN Luis, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2010.

DE CURREA-LUGO Víctor, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto-Instituto de Derechos Humanos, Núm.32, 2005.

DE CURREA-LUGO Víctor et al, *La salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, Bogotá, Plataforma Colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo, 2000.

DONNELLY Jack, *Derechos Humanos Universales en teoría y práctica*, México, GERNIKA, 1994.

ELY YAMIN Alicia, *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, México, IDRC, CRDI, 2006.

Facultad de Medicina PUCE (ISP), *Memorias del Diálogo Académico 2008: Miradas desde las ciencias sociales hacia la salud pública*, Quito, PUCE, 2008.

FUENZALIDA Ruelma Hernán otros, *El derecho a la salud en las Américas: estudio constitucional comparado*, Washington D.C, OMS, publicación científica N°509, 1989.

GONZÁLES Enrique, *El derecho a la salud*, en ABRAMOVICH Víctor, AÑÓN María José y otro, *Los derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

GUTIERREZ BAYLÓN Juan de Dios, *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*, México, Editorial Porrúa, 2007.

MARIE Jean-Bernard, *Los mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, San José, IIDH, 1996.

MARTIN Claudia, RODRIGUEZ PINZÓN Diego y otros, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara- American University- Universidad Iberoamericana, 2004.

MARTIN Claudia et al, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, México, Distribuidores Fontamara S.A., 2006.

MORELLO Augusto Mario y Guillermo Claudio, *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud*, Argentina, Editora Platense, 2002.

ORTIZ Carlos Nicolás, *El derecho a la Salud y los derechos de los enfermos*, Madrid, Encuentro Ediciones, 1983.

Dr. PALACIO Alfredo, *Salud: el derecho de todos –Hampika: tukuykunapakmi Kan*, Quito, Presidencia de la República del Ecuador, 2006.

PÉREZ ARGÜELLES Mariana, *Cinco miradas sobre el derecho a la salud: estudios de caso en México, El Salvador y Nicaragua*, México, Fundar, 2010.

PILLAY Navanethem, *Derechos humanos, salud y estrategias de reducción de la pobreza*, Organización Mundial de la Salud, Francia, 2008.

PROVEA, *La salud como derecho marco nacional e internacional de protección al derecho humano a la salud*, en DE CURREA LUGO Víctor, *La salud está grave*, Bogotá, Plataforma Colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo, 2000.

KRSTICEVIC Viviana, *La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano*, en ELI YAMIN Alicia, *Los derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina*, México, IDRC, CRDI, 2006.

ROSSI Julieta y ABRAMOVICH Víctor, *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol.9, N° Extra 1, 2007.

SAAVEDRA Luis Ángel et al, *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Quito, Comunicaciones INREDH, 2009.

SENPLADES, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Resolución N° CNP-001-2009, 5 -11-2009.

SILVA PORTERO, Carolina, *La Constitución del 2008 en el contexto andino-¿Qué es el buen vivir en la Constitución?*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

TELLO GILARDI Janet, *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el Sistema Interamericano*, Lima, CLADEM, 2007.

Legislación

- **Nacional**

CODIGO PENAL DEL ECUADOR

CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ECUADOR, Registro Oficial No.449, Octubre 2008.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial No.536, 18 Marzo 2002.

Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos del Ministerio de Salud Pública, Gobierno Rafael Correa 2012.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial No.116, 10 Julio 2000.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. N° 52, 22 Octubre 2009

- **Internacional**

Constitución de la Organización Mundial de la Salud

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°1.

Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°3.

Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°9.

Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N°14.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Resoluciones

- **Nacional**

Resolución 364-2002-RA de la Tercera sala del Tribunal Constitucional

Resolución 367-2000-RA- Primera sala del Tribunal Constitucional

Resolución 371-2004-RA-Pleno del Tribunal Constitucional

- **Internacional**

Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm.4.

Corte I.D.H., Caso Garrido y Baigorrua, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, núm.39.

Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C, No. 129.

Corte I.D.H., Caso Albán Cornejo vs. Ecuador, Sentencia del 5 de agosto de 2008, Serie C, No. 183.

Corte I.D.H., Caso “Vera Vera y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C, No.226.

Comisión I.D.H., Caso Víctor Rosario Congo vs Ecuador, Caso 11.427, Informe 63/99, 12 de marzo de 1997.

Disertaciones

ÁVILA CARDENAS Juan Carlos, *La Modernización y el área de salud en el Ecuador y la medicina prepagada como una de sus soluciones*, Quito, Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1997.

FLORES ESTEVEZ Evelyn Alexandra, *Órganos internacionales en el sistema internacional contemporáneo: La Organización de las Naciones Unidas y los objetivos del desarrollo del milenio, su aplicación en Ecuador*, Quito, Facultad Ciencias Humanas- Escuela de Sociología y Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2008.

GALEAS CASTRILLÓN María Gabriela, *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: hacia el cumplimiento integral de las indemnizaciones compensatorias sentenciadas por la Corte Interamericana de derechos humanos en Ecuador*, Quito, Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2010.

JURADO VARGAS Romel, *Exigibilidad de los derechos humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas*, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, www.uasb.edu.ec.

LOPEZ MONTENEGRO María Fernanda, *La salud como derecho en las políticas del Estado Ecuatoriano*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007.

Artículos

DIARIO EL COMERCIO, *Los centros de salud rurales de Pichincha funcionan a medias*, El Comercio, Quito, 01-02-2011, sección Sociedad.

DIARIO EL COMERCIO, *Hay que poner a funcionar a la red primaria*, El Comercio, Quito, 06-02-2011, sección Sociedad.

Programas de TV

NOTICIERO TELEVISTAZO, *noticias nacionales*, Canal Ecuavisa, Quito, Febrero 2011, 8h00.

TREINTA MINUTOS PLUS, *el trabajo de las enfermeras-maltrato al paciente*, Canal Teleamazonas, Quito, Febrero 2011, 10h00.

NOTICIERO 24 HORAS, *Hacinamiento en los hospitales públicos en Guayaquil*, Canal Teleamazonas, Quito, Mayo 30, 13h18.

Boletín

Comisión IDH, Informe Anual Comisión IDH 1993, OEA, ser L/V/II.85 Doc 8 rev, Washington, 1994,

Consejo Económico y Social, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, terceros informes periódicos que deben presentar los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto- Ecuador*, Naciones Unidas, 20 mayo 2011.

CDES, *La exigibilidad del derecho a la salud: una petición ante el Sistema Interamericano de derechos humanos*, Quito, 2da edición, 2002.

ECUADOR, Ministerio de Salud, *Ministro de Salud rindió por segunda ocasión cuentas al país durante el Enlace Ciudadano N° 207*, Quito, 2011, www.msp.gob.ec/index.php/Boletines-de-Prensa/ministro-de-salud-rindio-cuentas-al-pais-durante-el-enlace-ciudadano-no-207.html, acceso: 08 de Febrero 2011.

OPS 2007, *La equidad en la mira: la salud pública en Ecuador durante las últimas décadas*, Quito: OPS/MSP/CONASA.

OPS 2008, *Perfil del Sistema de Salud en el Ecuador: monitoreo y análisis de los procesos de cambio y reforma*, Quito, 3ra edición, Octubre 2008.

Apuntes de clase

TECNICAS DE LITIGIO EN DDHH, *las acciones constitucionales*, Ab. Salim Zaidan, apuntes de clase, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, primer semestre año 2009-2010.

Web

ALEXANDER RODRIGUEZ, *Comentarios a los delitos contra la salud pública*, www.eventos-justiciapenalecuador.com, Mayo 2010, Quito, Acceso: 5 de junio 2012

DIARIO EL COMERCIO, *Santo Domingo sin área de Terapia intensiva*, El Comercio, Santo Domingo, 10-02-2011, www.elcomercio.com, acceso: 13 de Febrero 2011.

DIARIO EL HOY, *Los errores y horrores médicos, sin ley ni sanción*, publicado 1 Agosto 2011, www.hoy.com.ec., acceso: 5 Junio 2012.

DIARIO EL UNIVERSO, *Se indaga TripleOro por delitos contra la salud*, publicado 17 Marzo del 2012, www.eluniverso.com, acceso: 5 Junio 2012, 16h00.

DR. CARLOS FERNANDO DE LOS REYES CUESTA, *Demandas por mala práctica médica en el Ecuador: ¿Mito o realidad?*, www.saludvital.ec, acceso: 5 de Junio 2012.

EL DIARIO, *Presupuesto del 2012 da prioridad a la educación*, 30 Nov 2011, www.eldiario.ec, acceso:14 de Febrero 2012.

GALÁN MELO Gabriel, *El Buen Vivir breves reflexiones constitucionales*, www.derechoecuador.com, de 29 Diciembre 2009, Acceso: 21 de febrero 2012.

GUDYNAS Eduardo, *Buen vivir: germinando alternativas al desarrollo*, www.otrodesarrollo.com/buenvivir, de Febrero 2011, Acceso: 21 de febrero 2012.

MONTANER Carlos Alberto, *Solución en otra parte*, El Comercio, Quito, 08-02-2011, www.elcomercio.com, acceso: 13 de Febrero 2011

Organización Mundial de Salud, *Acerca de la OMS*, www.who.int, acceso: 3 de Mayo 2012.

ONU Centro de noticias, *Ecosoc expresa preocupación por impacto de crisis en la salud*, 9 Jul 2009, www.un.org., acceso: 3 de Mayo 2012.

RADIO EQUINOCCIO, *Renuncian médicos de Ecuador por política de salud*, publicado 27 Mayo 2012, www.radioequinoccio.com, acceso: 10 de Junio, 2012.

RADIO LA PRIMERISIMA, *Correa decreta derecho gratuito a la salud en Ecuador*, www.radiolaprimerisima.com/noticias/27397, Acceso: 4 de febrero 2011.

RESTREPO Rodrigo, *El derecho a la salud en el Derecho Internacional de los derechos humanos*, OPS, <http://www.slideshare.net/giramvndo/el-derecho-a-la-salud-en-los-ddhh>, acceso: 10 de marzo 2012

UNFPA, *preguntas frecuentes sobre derechos humanos*, www.unfpa.org/derechos/preguntas.ht, Acceso: 29 de marzo 2012