

Tarquino Alberto Orellana Serrano

El derecho a la salud, recorrido constitucional

RESUMEN: Desde la salida de la dictadura y los 40 años de democracia que, con todos sus avatares, ha sido la época de mayor continuidad institucional del país, la salud como derecho, más allá de la dicotomía «salud— enfermedad», se ha ido afirmando, tanto con respecto a los derechos de los ciudadanos, cuanto en lo que respecta a las responsabilidades públicas. Este recorrido normativo y formal, tienen ahora en la Corte Constitucional un intérprete y dispensador de contenidos que permiten entender este derecho en su relación y complementariedad, en su problemática para su demanda y aplicación. Entre lo formal de la norma y su realización concreta en las decisiones de la Corte Constitucional este artículo propone un recorrido de conocimiento y reflexión.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; Constitucionalismo; Jurisprudencia; Corte Constitucional.

The right to health, a constitutional pathway

ABSTRACT: Since the end of the dictatorship, and the forty years of democracy, that with all the troubles, has been the period with the most institutional stability. Health as a right further than the dichotomy «health. Sickness», has been affirming with respect to citizen rights in regards public responsibilities. This normative our has in the constitutional court a interpreter and a content dispenser that allows to understand this right in its relationship and complementarity, and its problematic for his demand and application. Between the formal side of the law and its realization through the decisions made by the constitutional court, this article propose a tour of knowledge and critical thinking.

KEYWORDS: Health rights, Constitutionalism, Jurisprudence, Constitutional Court.

Introducción

Que el derecho a la salud se encuentre reconocido y garantizado en el texto constitucional, como un derecho general de responsabilidad pública, obviamente, no constituye una novedad, su relación y vinculación con otros

► **Tarquino José Orellana Roldán**, AMEDILEX, Asesoría médico legal. **Autor de correspondencia:** (✉) joseorellanar9@gmail.com.

derechos de complementariedad obligatoria dentro de un concepto de salud, tal como lo define en su amplitud la Organización Mundial de la Salud, cuyo énfasis radica en esta noción general y problemática, objetiva y subjetiva, de «bienestar físico, mental y social» se traduce o desarrolla en los textos constitucionales, por supuesto en las normas secundarias y en las políticas públicas, en unas manifestaciones que resultan pertinentes valorar, precisamente porque en ellos y por ellos se puede establecer si el concepto al que aludimos, efectivamente alcanza concreción, al tiempo que podamos descubrir el modo y los modos como la salud se dice, se disputa, se alude y se invoca, en los diferentes textos normativos, los constitucionales y legales, y también en las decisiones de la Corte Constitucional, en este hacer declarativo operativo que la Corte pronuncia y enseña, obliga con sus sentencias.

En orden a la preocupación que hacemos patente, para explorarla, sin dejar de lado los textos fundamentales en relación a valores y normas a los que el derecho a la salud se vincula y complementa en el texto normativo, recurrimos, a presentar la argumentación constitucional, las sentencias en las que y por las que, el derecho y sus valores se realizan como comprensión e instrucción, como conocimiento y como realización.

Las sentencias a las que recurrimos son aquellas de la afirmación del valor y el derecho a la salud en la demanda de su déficit de atención y respuesta, en la carencia del Estado en su obligación, de una parte, y de otra, a aquellas emblemáticas y problemáticas que sin remitirse a la salud, de modo directo, atañen o se vinculan a otros contenidos en los que y por los que, el bienestar mental y social pueda ser no sólo aludido sino refundido en una dimensión por la cual, salud es vida, vida digna, vida plena. Por supuesto, no es innecesario decirlo, estamos en el nivel del discurso, en este plano que es conciencia, comprensión y valoración, también imaginación con la que nos acercamos a la realidad para transitarla, para enfrentarla, también para producirla y transformarla.

Importa pues el hilo de la argumentación constitucional sobre el derecho a la salud en los planos que corresponde mirarla, en el orden al derecho fundamental,

subjetivo, en lo que corresponde a la responsabilidad pública y lo que implica en la responsabilidad institucional y, en esa dimensión más difusa pero definitoria o por lo menos del impacto y cualidad social que conlleva en el orden cultural o de la vinculación y justificación social de este derecho invocado en una dimensión de mayor amplitud que lo contiene y también rebasa: el derecho a la vida como vida digna.

Los Textos Constitucionales

La constitución del retorno democrático.

La Constitución del retorno a la vida democrática, aprobada en referéndum en el año de 1978, no se refirió al derecho a la salud en un contenido ni un desarrollo independiente, la incorporó dentro del catálogo general de las garantías (no dijo derechos), señalando que:

- Art. 19. Toda persona tiene derecho a las siguientes garantías:

No. 13: «el derecho a un nivel de vida que asegure la salud; la alimentación; el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios».

El bienestar físico, el cometido de nutrición, vestido y vivienda, más la asistencia social, se proclama como garantía, sin que dentro del desarrollo del texto constitucional exista una referencia explícita, concreta, propia y relativa a la obligación pública de ejercicio para la garantía del derecho.

Sin esta referencia específica y en el contenido restrictivo de comprensión del derecho, el énfasis, la garantía constitucional se desenvuelve y dirige, se concreta en el resguardo del sistema de seguridad social. Así, la norma, copiada en sus principales acápites, nos muestra en la amplitud el concepto y el límite del derecho, su contenido específico prestacional y asistencial:

El concepto que agrupa la decisión normativa es ya revelador: «De la seguridad social y la promoción popular», lo cual se traduce en los siguientes contenidos:

- Art.- 29: Todos los ecuatorianos tienen derecho a la previsión social, que

comprende:

1. El seguro social, que tiene como objetivo proteger al asegurado y la de su familia en caso de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, muerte y desocupación. Se procura extenderlo a toda la población. Se financia con el aporte equitativo del Estado, de los empleadores y de los asegurados. (...)
2. La atención a la salud de la población y el saneamiento ambiental de las ciudades y el campo, por medio de la socialización de la medicina, de los diferentes organismos encargados de su ejecución y de la creación de la correspondiente infraestructura, de acuerdo con la ley; la aplicación de programas tendientes a eliminar el alcoholismo y otras toxicomanías y a disminuir la mortalidad infantil.
3. La asistencia social, establecida y regulada por el Estado, de acuerdo con la ley.

La economía del texto constitucional y la remisión a la ley, es correspondiente con la cultura jurídica vigente a la época y, por supuesto, al hecho de que la Constitución a la que nos remitimos fue elaborada en el contexto dictatorial y dentro de las perspectivas ideológicas que hacían el debate vigente en esos tiempos, razón por la cual, sin dejar de ser una curiosidad que no cabe ignorar, la referencia a la «socialización de la medicina», descubre una comprensión y un cometido que, aunque no se haya desarrollado en el orden de la legislación secundaria, piensa y opone la atención en salud entre lo público y lo privado. La noción de socialización de los servicios de salud, la responsabilidad pública en la atención no tienen correlato en los textos normativos, el Código de la Salud, vigente al tiempo de este texto constitucional corresponde al año 1971, y el Código Orgánico de la Salud recién se promulgará en el año 2006, tiempo en el que un nuevo ordenamiento constitucional está vigente y en donde se pierde este cometido de socialización de la medicina que tampoco alcanzó contenido específico a pesar de que el discurso político socialista se haya instalado en el poder por más de diez años.

En el rigor histórico que obliga a contextualizar y marcar distancias para comprender estos tránsitos, olvidados, como sentires larvarios que se depositan en la cultura, no debemos tampoco dejar de lado que los contenidos de salud están percibidos en una dimensión asistencial, como respuesta a la enfermedad, estopes como asistencia médica, por tanto, en contenidos y cometidos más concretos y precisos de obligaciones y deberes, prestaciones públicas. En este marco, la relación a otros derechos y su complementariedad o la subordinación a los derechos de la salud, se expresan en garantías respecto de nutrición, programas de salud pública y desarrollo de infraestructura en las ciudades y en el acampo dentro del concepto de sanidad ambiental, sin que todavía aparezca una noción de salud en la dimensión amplia o de integralidad a la que hiciéramos alusión y sin que, tampoco, la garantía de «inviolabilidad de la vida» como derecho que prohíbe la pena de muerte y que reconoce una valoración fundamental de respeto a la «integridad personal y el derecho al pleno desenvolvimiento material y moral», derechos que se desarrollan, se despliegan desde y en el seno de la familia, concebida como «célula fundamental de la sociedad», estén conectados o se piensen en relación complementaria con el derecho a la salud. Valga esta relación y referencia, esta visión derechos autónomos y obligaciones y responsabilidades públicas específicas, como ese punto de partida, los claustros de derechos en los que, apenas muy débilmente comienza a diseñarse esa dimensión social del derecho a la salud, por donde se inicia el tránsito, los senderos por los que camina o, mejor, se anuncia, el derrotero por el cual el derecho a la salud se engrana en otros derechos y sólo comienza en entenderse en esa dimensión de amplitud e integralidad.

En este punto bien cabe reflexionar a cerca de un supuesto proceso evolutivo de la norma que avanza y se proyecta en mayores dimensiones de comprensión, como un desarrollo social y cultural, temática que es ajena a esta artículo pero que no puede dejar de mencionarse sin que corroboremos necesariamente una visión y proyección de evolución y desarrollo, al modo hegeliano, de un espíritu de mayor conciencia o de realización de la razón, pues ello nos invalidaría de reconocer los retrocesos, las limitaciones, los mismos encubrimientos que el

discurso y la normativa puede producir respecto de la realidad. (Cf. Georg W. F. Hegel Fundamentos de la Filosofía del Derecho, Ediciones Siglo XX. 1987).

La Constitución del 98

Ahora, la salud ya no aparece en el catálogo de los derechos personales, la salud ha salido de la esfera individual, personal y ésta Constitución que se percibe así misma conformado un «estado social de derecho», lleva la temática de la salud a las obligaciones y derechos de segunda generación, la de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de un nuevo paradigma de integración social en el que, como sabemos, las nociones de derechos individuales, los de la persona, los llamados de derechos de primera generación, sin renunciar a su conquistas, abundan en estos cometidos en los que los derechos del trabajo, de la educación, de la cultura, el deporte, se integran y configuran esa dimensión social de los derechos en los que el Estado asume unas responsabilidades, unos deberes que son exigibles y demandables. De la persona comprendida en su dimensión material y moral, transitamos a un concepto de persona en su dimensión social y colectiva, en esa dimensión, abstracta y general de derechos y obligaciones entre la sociedad y el Estado, parafraseando a Hegel, donde lo singular se hace universal, y lo concreto es manifestación de esa universalidad. Por supuesto, estamos en el texto, y el texto forma, informa y también, oculta, simula, crea. (Umberto Eco, la Estructura Ausente, Editorial Lumen, Barcelona, 1989).

No cabe duda de que el cambio es importante, que la responsabilidad, el deber público se instala y la sociedad es concebida en su dimensión de derechos generales; no es que se olvide la persona, también sujeto de derechos, es más bien el individuo concreto, el que se difumina y apenas se percibe como una sombra pues el acento, la reflexión y el mandamiento jurídico corre en dirección y dimensión social, así:

- Art. 42: «El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso

permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia».

Desde ese momento refundacional y de retorno al régimen democrático en el que aparece la preocupación general por el nivel de vida y por tanto la salud asociada a la alimentación, el vestido y la vivienda, comprendidos como «*servicios sociales necesarios*», nos colocamos en un imaginario en el que la alimentación es «*seguridad alimentaria*» y el bienestar comienza a ser nominado, invocado como «ambientes saludables» en los entornos familiares, laborales y comunitarios.

El texto y el discurso, la responsabilidad en materia de salud se amplifica: «Los programas y acciones de salud pública son gratuitos para todos. Los servicios públicos de atención médica lo serán para las personas que lo necesiten» (Art. 43), de modo que gratuidad en relación a necesidad hace que el Estado en su responsabilidad social sea subsidiario, suplente y emergente, sin que por ello pierda su rol de regulación y control en tanto le corresponde tanto «formular la política nacional de salud», así como «vigilar» su aplicación en el ejercicio del control de las entidades. (Art. 44).

Es evidente que el discurso técnico sobre la salud, la responsabilidad pública sobre la misma se ha desarrollado, de modo que corresponde al Estado la organización de un «sistema nacional de salud» en el que las entidades públicas, las autónomas, las privadas y las comunitarias, en conjunto hacen y forman el sistema que funcionará, nótese el énfasis y la prédica ufana que supone un sistema que funcionará de «manera descentralizada, desconcentrada y participativa» (Art. 45).

Más allá de la ironía que con el tiempo nos permitimos, pues tales propósitos son y han sido hasta ahora enunciados complejos y problemáticos, reivindicaciones y promesas que un día avanzan y otro retroceden, que siguen siendo postulados inconclusos y parciales, no por ello se escapa a nuestra comprensión la presencia de un nuevo lenguaje, de un discurso que conjuga los técnico con lo social, que abandona el rigor del texto jurídico tradicional, la

cautela y la precisión del texto prescriptivo en beneficio de los principios, los postulados, las proyecciones, los objetivos y postulados. En este entorno se formula una expectativa por la cual el Estado promueve una «cultura por la salud y la vida» y una preocupación particular por la «salud sexual y reproductiva» (Art. 43), sin tampoco dejar reivindicar y promover «el desarrollo de la medicina tradicional y alternativa» (Art. 44).

Valga el que nos hayamos detenido en el nuevo lenguaje, no sólo en su modo de expresión que, como señalamos, no se limita a la disposición, la proposición que ordena y regula, sino que también declara, promueve, incita, tanto que el discurso jurídico cede el paso o se nutre de los dispositivos programáticos, sociológicos, valorativos que presuponen o comprenden, definen lo que no existe y lo llaman, por ejemplo, «sistema» al que califican en su rol de «equidad», «calidad» y «eficiencia». Así, estas palabras con significados propios en tanto semas, y con disputados sentidos en tanto enunciados, construyen este universo ficcional que ha sido ajeno al discurso jurídico pero del que ahora se vale para describir y formular, para trazar objetivos, para proponer e introducir, provocar una discusión de valores, de sentidos que aún son deseo, anhelo u oportunidad que por supuesto, se juega, más allá del texto, en esa otra arena de la presión y lucha política, también en la disputa jurídica, en el torneo jurisdiccional y constitucional. Así, el derecho en su oportunidad ficcional contribuye a crear, fabrica los escenarios distópicos para la argumentación jurídica y política y para su encuentro y disputa en estos nuevos modelos de la narración y la argumentación jurídica.

Son otros temas, sexualidad, medicina tradicional, participación, descentralización, equidad, solidaridad, entre otros que se incorporan al debate y a los imaginarios de la salud y la vida.

El Código Orgánico de la Salud, valga recordarlo, aún antes de este texto constitucional, en cierto modo prefigurándolo, define la salud del siguiente modo: «La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía

es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables».

Como es posible apreciar, el derecho abandona su modelo propositivo imperativo, su predicado de orden y concreción específica para establecer un concepto, no una definición de norma sino un postulado general que rebasa el derecho y que, por supuesto, al tiempo que lo amplifica lo complica i complejiza, según se vea.

La Constitución de la Asamblea Constituyente

La historia del Ecuador, para bien y para mal, para tirios y troyanos, para santos y villanos, para la izquierda o la derecha, lo que se piense o se diga de ella, para el derecho mismo, tendrá en perspectiva, lo tiene ya en realidad, una transición y una inflexión. El estado Constitucional de Derechos y Justicia, un nuevo paradigma o una ampliación y realización del Estado de Derecho, no deja de proponer y trazar, ha inaugurado, para el Ecuador, sin duda, una discusión jurídica que, con todos los riesgos y defectos, con todas las reiteraciones y simulaciones, con la prédica y el aprovechamiento, ha hecho de la Constitución el referente jurídico por excelencia y ha traído a la Corte Constitucional el debate jurídico y político en sus expresiones y tensiones más importantes y polémicas. (Ramiro Ávila Santamaría, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).

La muletilla, el dogma y el sustantivo, la página blanca del *sumak kawsay*, el buen vivir como ilusión y manipulación, como imaginario: utopía y demagogia, propone el horizonte y también ilustra la comprensión de los Derechos, así con mayúscula, como la razón de ser del poder y el modo de hacer la justicia, la manera en que el derecho se entiende y predica, se comprende así mismo y se proyecta como realización en todos los órdenes, también en el derecho a la salud, definido y predicado en amplitud desbordante en el nuevo texto constitucional, así:

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

Sin que deje de ser reiterativo en temas comunes, la noción de garantía y la relación del derecho a la salud con los derechos a la alimentación, la seguridad social y el trabajo, en la Constitución de la constituyente, nos encontramos con una apertura, un contenido abierto que también podría llamarse una cualidad líquida, en el sentido de Bauman (Bauman Zigmunt, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2015). En la invocación del llamado «derecho al agua» y los de los «ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir», cuyo contenido en su amplitud resulta inasible pues, más allá de la ironía, con un dejo de sarcasmo, hasta podríamos reclamar porque no también el derecho al suelo, al aire o incluso al fuego, bien comprendido que en sentido simbólico, la tierra se funde o confunde con naturaleza, el aire con ambiente y el fuego con energía de lo cual resulta que este derecho, el derecho a la salud sólo se entiende en relación y en conjunción con todos los derechos de modo que, en todos los casos, todos los derechos se refunden en el derecho a la salud, o todos los derechos son agua o maleabilidad de la cual puedo disponer en la dirección que resulte o que convenga, en la oportunidad o necesidad. Pero si bien, como es cierto, los derechos sólo se comprenden en su indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía, conforme declara el Art. 11 No. 6 de la misma Constitución, es la especificidad del derecho la que se difumina, lo cual nos lleva a preguntar si de este modo o en este discurso, el derecho diluido está mejor comprendido y por tanto protegido, o también preguntar si este derecho puede ser una muletilla, un as que permita al administrador o al administrado, también al juez, recurrirlo con facilidad para imponer sus propias y particulares visiones en cada caso. Las sentencias de la Corte Constitucional nos podrán ayudar a despejar estas inquietudes.

En esta avenida de amplias y sugestivas declaraciones que nos propone la Constitución, los énfasis son siempre generosos, la recurrencia a los principios

es amplia, por lo que, la equidad, la universalidad, la solidaridad y la interculturalidad, calidad, eficiencia, principios ya incorporados en la Constitución del año 98 se unen a los de precaución y bioética con enfoque de género y generacional, lo cual se reitera en el articulado amplio que la misma Constitución desarrolla en textos declarativos que bien vale clasificarlos en los que corresponden a principios, prioridades y los del orden y servicio que el Estado en su rectoría organiza, reglamenta y controla.

En la Constitución del 2008, el Estado asume de modo categórico la rectoría del servicio público de salud, estableciendo la responsabilidad sobre el mismo dentro de un sistema en el que están integradas las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias e incluso aquellas que ejerzan las medicinas tradicionales, alternativas y complementarias. El consentimiento informado aparece con rango constitucional, así como el derecho al acceso a la información y la confidencialidad como derecho de los pacientes. El tratamiento de las adiciones tampoco es descuidado y, como ha sido una constante de la regulación constitucional, la seguridad social es reconocida y protegida en su especificidad pública, todo lo cual ilustra no sólo el modelo constitucional de sobre regulación, según se ha criticado, sino también esta aptitud de un derecho expresado en su máxima amplitud, en una potencia por la cual el derecho a la salud es condición de todos los derechos, no sólo los económicos, sociales y culturales sino también del derecho a la vida, al agua, los recursos y también, por supuesto, los derechos a la accesibilidad a la información, consentimiento pleno, prácticas ancestrales, bioética, y su correlato por el cual, el Estado se convierte, en su rol garantista, en el rector y tutelar, planificador, regulador, contralor y prestador de los servicios de salud. (Arts. 361 y 362)

La rectoría del Estado que se ejerce a través de la autoridad sanitaria nacional se desarrolla en un concepto novedoso, el Sistema Nacional de Salud, fórmula por la que se integra y conforma una red pública integral de salud que articula a las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales de modo que, a un derecho amplificado en todas su virtualidad corresponde una organización pública por la que el Estado es el

correlato, el espejo total donde el derecho se refleja y también se realiza, donde su verdad sustantiva es el predicado que el mismo Estado hace y produce del derecho.

No cabe duda que el derecho a la salud ha sido amplificado así como el Estado ha sido atribuido de una responsabilidad y una potestad absoluta, tanto que el propio derecho resulta identificado a la posibilidad pública, lo cual, nos desenvuelve en la paradoja de sí, efectivamente el derecho es efectivamente esa garantía y poder efectivo de demanda y atención que el ciudadano posee o el derecho es apenas lo que el Estado puede ofrecer, el límite que el propio Estado determina, regula y controla, o también, un derecho sujeto a una ductilidad y variedad, la flexibilidad de la situación, oportunidad y posibilidad más que realidad y necesidad, seguridad. (Zagrebelky Gustavo, 2009).

Algunas Reflexiones de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta esta ampliación, desarrollo que el derecho a la salud ha tenido en el orden constitucional, el cual, a su vez, propone también una posibilidad de una reflexión y una construcción que la propia Corte desarrolla en sus fallos, mucho más todavía en temas que no se encuentran suficientemente legislados o sobre los que, precisamente, en su novedad, la Corte los ilustra en su comprensión, nos permitimos dejar que la Corte hable en algunos de sus fallos que son ilustrativos de la nueva reflexión.

La vinculación del derecho a la salud a la noción de vida digna y proyecto de vida, se desarrolla en el caso 2951-17-EP, acusando negligencia médica en la atención de parto de una mujer sin contar con los medios técnicos ni la respuesta oportuna a los problemas que surgieron en la atención brindada y que provocaron en el recién nacido una parálisis cerebral dipléjica. En el orden médico y para efectos de probar la negligencia que se acusa en la acción extraordinaria de protección presentada contra los fallos de primera y segunda instancia que han negado la acción de protección, fundando tal negativa en la manida excepción de la existencia de otros medios y procedimientos de reclamación, tanto más que existe una investigación penal en curso y una

demanda civil, la Corte asume el caso en el déficit de motivación de los jueces constitucionales que conocieron el mismo y desarrolla una argumentación sobre el consentimiento informado y sobre la relación y complementariedad de los derechos de salud y vida que vale la pena destacar.

Servicio Público y Servicio de Calidad

Una primera aproximación en torno a la expectativa que tenemos o debamos tener los ciudadanos sobre un servicio público, aún en el caso de que el mismo sea prestado por un ente privado, una clínica particular como es el caso, sin desarrollar una reflexión exhaustiva sobre el sistema de salud, la Corte propone el siguiente razonamiento:

«Particularmente, la Corte ha señalado que la calidad del servicio se aprecia por el cumplimiento de estándares reconocidos para el mismo, a los que debe sumarse el grado de satisfacción de una persona usuaria. Si se cumple con los estándares y la persona está satisfecha por la forma cómo se realizó el servicio, será de calidad. En consonancia con la calidad, la Corte define que, por la eficacia, el servicio debe cumplir con los objetivos para el que fue diseñado; por la eficiencia, el efecto debe lograrse con el mínimo de recursos posible y en el menor tiempo; y que el buen trato se refiere a prácticas y relaciones de respeto del servidor o servidora a la persona usuaria» (Reflexiones semejantes se recogen, según indica la propia sentencia en los siguientes fallos: Sentencia No. 1679-12-EP/20 de 15 de enero de 2020, párr. 65. 102. Sentencia No. 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 86. Sentencia No. 1000-17-EP/20 de 23 de septiembre de 2020, párr. 95. Sentencia No. 2951-17-EP/21. Los destacados nos pertenecen).

No deja de ser interesante la doble dimensión de valoración del servicio; el objetivo relativo a los estándares correspondientes al servicio que se presta y que guarda relación con los protocolos que son propios de la atención que se solicite y ofrezca, y los subjetivos, la satisfacción del usuario, lo cual califica la calidad del servicio. La noción de eficacia se vincula a la de los objetivos que la Corte no discrimina con precisión en lo relativo a resultados, bien entendido que el

servicio de salud, el contrato de servicios de salud es de riesgo y no puede ser medido con resultados.

Servicio Público y Servicio de Calidad

Establecida la condición material del servicio, la Corte enfila su análisis a la relación médico paciente y se detienen en el concepto y en la condición del consentimiento, en sus vicios, en las características tanto formales, los requisitos, cuanto subjetivas de la relación de confianza entre el profesional de la salud y el paciente, sobre lo cual destacamos la siguiente reflexión:

«La Corte IDH estableció que, dado que el consentimiento no es únicamente un acto de aceptación, sino el resultado de un proceso gradual, deben cumplirse cuatro elementos para que este sea válido el consentimiento debe ser previo, libre, pleno e informado»

La referencia al Acuerdo Ministerial No. 5316, el Ministerio de Salud Pública, citado en la misma sentencia, nos remite a los siguientes elementos a considerarse para calificar la validez del consentimiento, a saber: 1) La información necesaria; 2. El cabal entendimiento de la información; 3. La capacidad para consentir; y, 4 La Voluntad manifiesta, expresa del paciente. (R.O. Edición Especial No. 510 de 22 de febrero de 2016.).

«Consentimiento previo. El carácter previo implica que este debe ser otorgado antes de cualquier acto médico, sin que sea posible convalidarlo después», sin que por ello deban desconocerse excepciones, como ocurre en situaciones de emergencia.

«Consentimiento libre. El consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. En relación con la libertad de la manifestación del consentimiento, se debe resaltar que este es personal, al existir una relación inherente entre la obtención del consentimiento y la auto—

determinación de la persona. La única excepción se encuentra en el consentimiento por representación o sustitución que se otorga cuando el paciente no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión con respecto a su salud».

«Consentimiento pleno e informado. El artículo 362 de la Constitución señala que los servicios de salud garantizarán el acceso a la información, y el artículo 66, numeral 25 reconoce y garantiza el derecho a [...] recibir información adecuada y veraz sobre [el] contenido y características [de los servicios públicos y privados de salud]». «Bajo este contexto, el consentimiento pleno sólo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente. Se viola el derecho al acceso a la información integral cuando la información proporcionada es parcial, incompleta, sesgada por intereses ajenos a la voluntad y necesidad del paciente o por los deseos del paciente o las aspiraciones de su familia ajenos al del paciente».

Siguiendo el hilo de estas definiciones, la Corte hace relación también a los siguientes elementos que deben tenerse en cuenta, considerarse y valorarse para calificar el consentimiento en sus características indisolubles que permitan, precisamente, determinar la libertad con la que se ha ofrecido, lo cual se evidencia, cuando el consentimiento se haya obtenido siempre que la información necesaria haya sido transmitida de forma clara y en lenguaje asequible que le haya permitido al paciente comprender en amplitud el tratamiento al que se somete, en los siguientes aspectos:

«a) La identidad del médico o responsable del tratamiento, su formación, experiencia y si tiene conflicto de interés; b) El diagnóstico y el pronóstico de su estado de salud, sin ocultar información que sea importante para entender la enfermedad; c) Las opciones terapéuticas, de tratamiento farmacológico y no farmacológico (cambios de estilo de vida, alimentación, ejercicio y otros tratamientos); d) La relación entre medicamentos y la enfermedad, conocer las razones por las cuales se les ha prescrito determinado medicamento y su eficacia; e) Los costos del tratamiento y la forma de financiarlo, que incluye los gastos en atención al paciente que no son cubiertos por el Estado; f) Los

riesgos y posibles efectos adversos que les podría producir en sus cuerpos cada medicamento o terapia, y estar al tanto de los riesgos frente a una suspensión o cambio del tratamiento; g) Las condiciones de vida cotidiana durante el tratamiento con medicamentos, que permitan o impidan el ejercicio de otros derechos tales como la capacidad y la autonomía para alimentarse, bañarse, vestirse, asearse, satisfacer necesidades básicas (deposición y micción), la libertad de movimiento (para ir al baño, a la cama, subir y bajar gradas); y, h) La posibilidad de contar el paciente y su familia con apoyo y soporte psicosocial, espiritual, familiar en todo momento, desde el diagnóstico hasta la agonía, muerte y duelo, o la remisión de la enfermedad o la cura».

En orden a las exigencias que la Corte ha desarrollado, evidentemente, la relación médico— paciente es comprometida a parámetros de valoración en los que la cantidad y calidad de la información debe ser brindada no sólo en cantidad sino en calidad y vinculación personal, sin que por lo tanto, el consentimiento pueda ser reducido o simplificado a un requisito de trámite, sino que exige más allá del registro material, formal que es indispensable, esa comunicación, información— explicación directa y personal. Tal como señala la sentencia remitiéndose a los parámetros de la IDH:

«...la obtención del consentimiento debe derivar de un proceso de comunicación, mediante el cual personal calificado presente información clara y sin tecnicismos, imparcial, exacta, veraz, oportuna, completa, adecuada, fidedigna y oficiosa; es decir, información que otorgue los elementos necesarios para la adopción de una decisión con conocimiento de causa. Así, la forma cómo se presenta la información al paciente crea un lazo de confianza entre las partes de tal relación y, en la medida en que avanza el tiempo, la confianza del paciente al médico puede ir creciendo gradualmente. Por lo que, el consentimiento pleno e informado involucra conocer la experticia de los médicos y/o personal que va a realizar la atención, a efectos de garantizar la confianza con el paciente», sin lo cual, la libertad de la decisión está pervertida y el consentimiento es inválido.

Servicio Público y Servicio de Calidad

La complementariedad de los derechos, su autonomía y vinculación, la posibilidad de calificar su afectación depende, en el orden técnico jurídico, de poder establecer tanto la relación complementaria entre los mismos cuanto su particularidad, aspecto al que nos queremos remitir, siguiendo la huella de la misma sentencia a la que nos hemos remitido y otras de su misma proyección.

La Corte en la sentencia a la que nos hemos remitido, reflexiona así:

« ...si afirmamos que la atención sanitaria es el conjunto de actividades que tiene como finalidad la prevención, promoción, protección y rehabilitación de la integridad física, psicológica y social de las personas, o, en otras palabras, de las funciones vitales básicas de las personas, tanto en un ámbito individual como en un ámbito colectivo; se comprueba la presencia de una íntima relación entre la salud y la vida, donde ambas recrean y sostienen un vínculo irrompible y de doble implicación, donde la satisfacción de las necesidades sanitarias pasan a constituir una condición sine qua non (causa) para el sostenimiento y desarrollo de la vida (efecto)»

Esta reflexión por la cual, la salud, comprendida en sus dimensiones físicas, mentales y sociales, asumidas como derecho condición —causa— sin cuyo cumplimiento, el derecho a la vida —efecto— no puede cumplirse, ilustra una dimensión por la cual, el bien estar material y moral, el mismo bienestar social cultural configuran la dimensión de la salud que no puede ser comprendida alejada de la esfera de satisfacción integral que la vida en su realización plena debe ofrecer, lo cual, amplifica el campo del derecho y lo vincula con la realización de todos los derechos.

La misma Corte es consciente de esta amplificación y justifica su visión, invocando lo que dispone el Art. 11 de la Constitución, explicando que, si bien «...todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; sin embargo, ello no quiere decir que la vulneración de un derecho constituya automáticamente la vulneración de otro» , por lo que, entonces, no puede sostenerse de modo automático que, por ejemplo, la carencia de un servicio público de calidad o la

ausencia del consentimiento informado, produzca la afectación al derecho a la vida digna, afirmación que técnicamente aparece como correcta no explica en cambio el contenido o el significado del derecho a una vida digna, sí tal derecho es efectivamente uno que pueda ser valorado en su autonomía o si él no pasa de ser un postulado general, un horizonte de reflexión a cuya luz se miden los derechos en sus características propias, el mismo derecho a la salud que es afectado cuando no se concretan los parámetros propios del servicio, de la atención que se brinde y de las condiciones en las que ese servicio haya ocurrido, previo cabal consentimiento o en los déficits a los que se ha hecho alusión.

En el Habeas Corpus, Caso 2622— 17— EP en la que se busca proteger derechos del accionante privado de la libertad que propone su acción para proteger su vida e integridad física, se descubren interesantes reflexiones y precisiones sobre el entendimiento de cualidades propias del derecho al acceso a la salud y de su relación con ese derecho horizonte, tal como lo hemos llamado, a una vida digna. Sobre ello, unas citas para la reflexión:

La Corte argumenta: «La Constitución de la República del Ecuador y el ordenamiento jurídico ecuatoriano dan especial importancia a la salud, pues es reconocida como un derecho (art. 32) y a la vez, como uno de los deberes primordiales del Estado (art. 3.1) que debe ser garantizado a través de políticas, programas y servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud (artículo 358), y que debe regirse por los principios de calidad, eficiencia, eficacia y precaución. La salud es un derecho indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Entonces, el derecho a la salud implica no sólo la ausencia de enfermedades, sino también un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. En este marco, el derecho a la salud de los privados de libertad incluye la obligación del ente estatal en el que se encuentran privados de la libertad brindar toda la atención médica adecuada (dentro y fuera del centro penitenciario), el acceso a los diferentes tratamientos médicos y las demás medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares que presente el recluso. Así las cosas, las personas privadas de la libertad también tienen derecho al nivel más alto de salud posible que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica

adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH— SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas».

En el ejemplo de una persona privada de la libertad, mostrando la obligación pública de atención y satisfacción del derecho, la Corte establece lo que en el orden técnico bien podríamos llamar los contenidos indispensables que permitan calificar el servicio en sus elementos indispensables, en cuya ausencia, se violenta el derecho y se atenta con núcleo sustancial. Así, la accesibilidad, la condición del servicio, su aceptabilidad, son desarrollados de modo preciso:

La disponibilidad se refiere a que el Estado, para garantizar el derecho a la salud, debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, personal médico y profesionales capacitados. La Corte Constitucional ha señalado que las autoridades competentes «tienen la obligación de que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén disponibles y al alcance de las personas privadas de la libertad de los distintos centros de privación de la libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional, garantizando un tratamiento médico adecuado que incluye, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua potable así como condiciones sanitarias adecuadas» Sin embargo, esta Corte debe resaltar que el elemento de la disponibilidad no se limita a que los usuarios puedan obtener el servicio de salud como tal, sino que este sea otorgado de forma oportuna y apropiada.

«El elemento de accesibilidad comprende la obligación de que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. La accesibilidad, según el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, presenta

cuatro dimensiones superpuestas siendo estas: (i) No discriminación.— los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser accesibles de hecho y de derecho a todas las personas, incluyendo a los sectores más vulnerables y marginados de la sociedad; (ii) Accesibilidad física.— los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables o marginados, es decir, la obligación por parte del Estado de acercar los medios necesarios para la realización de los derechos; (iii) Accesibilidad económica (asequibilidad).— los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos; y (iv) Acceso a la información.— comprende solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con su salud».

Evidentemente, la pretensión jurídica no se corresponde con la realidad, sin que por ello deje de ser considerada esta exigencia que, por supuesto, no puede estimarse en un sentido meramente programático o aspiracional, pues los derechos son de realidad sustantiva y material o dejan de ser derechos, corriendo el riesgo de convertirse en declaraciones sustitutivas de la realidad, ocasión de disfrute y manipulación para situaciones extraordinarias o privilegiadas, también instrumento de presión y cambio que, por esa misma razón, no disputa ni resuelve su posibilidad en el escenario jurídico sino en la disputa política y la voluntad de los gobiernos de turno que, obviamente, también utilizarán el predicado jurídico en la oportunidad, necesidad o conveniencia situacional en la que el derecho pueda ser demandado o producido.

La exigencia que la Corte impone para la valoración de la calidad del servicio supone otros elementos, no sólo los de orden subjetivo de aceptación y satisfacción de la atención recibida sino también en la dimensión objetiva por la que:

«La aceptabilidad comprende el deber de que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas. Las minorías, los pueblos y las comunidades, sensibles con los requisitos de género y el ciclo de la vida, y deberán estar

concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate».

«El elemento de calidad se orienta a que la atención de salud debe ser apropiada desde el punto de vista científico y médico, así como también ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas».

Bien mirada la exigencia dirigida al sistema de salud, a la responsabilidad pública, sin los cuales, como hemos afirmado, la garantía del derecho no se concreta, pues, todos estos elementos son sustanciales al ejercicio del derecho y su garantía, la Corte concluye con esta referencia general al derecho a la vida digna como corolario de la realización del derecho, así:

«El derecho a la salud está estrechamente relacionado con el derecho a una vida digna. En la sentencia del caso Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay la Corte IDH, resaltó lo siguiente: «Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria». Tal como ha establecido la Corte IDH, la adopción de medidas positivas y concretas para la satisfacción de este derecho toman aún más relevancia si se trata de personas en situación de vulnerabilidad, como sucede precisamente en el caso en análisis. Al tratarse de una persona privada de libertad con una condición grave de salud provocada durante el cumplimiento de su medida cautelar de prisión preventiva, su atención médica y asistencial se vuelve prioritaria».

Valga para finalizar, contrastar esta sentencia que impone, aún en situaciones extremas como son las de la atención a un privado de la libertad, la obligación de atención y de las garantías generales que importan a la vigencia de este derecho

que, obviamente, no pueden entenderse sino en sentido general, por lo que, no deja de ser paradójica y contrastante la sentencia de la Corte Constitucional No. 18-21- CN- y 29- 21-CN sobre la aplicación del Art. 25 de la Ley de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria del COVID 19 en la que, se declara la inconstitucionalidad de la exigencia legal del Art. 25 de la Ley Humanitaria, decisión que es adoptada bajo el supuesto violación del derecho a la igualdad y no como un asunto propio de los derechos de salud, la satisfacción de necesidades individuales al trabajo y colectivas de calidad de los servicios públicos, para precisamente declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la norma en referencia. El razonamiento de la Corte, elude la temática de la salud, el servicio público, la constancia de ese servicio, aún el sacrificio demostrado en la pandemia, cuyo mérito es desconocido en beneficio de un derecho a la igualdad que es contrastado con aspiraciones de otras personas ajenas a esta situación y condición particular que no se toma en cuenta.

El razonamiento fundamental de la Corte se expresa en estas consideraciones:

«La Corte reitera que es constitucionalmente factible reconocer la labor realizada por los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron durante la pandemia en la red pública de salud. Sin embargo, dicho reconocimiento no puede implicar dejar insubsistentes los presupuestos básicos de los concursos de méritos y oposición o hacer de este mecanismo constitucional una simple formalidad o una mera apariencia o simulación. Esto ocurre cuando se establece un concurso cerrado y cuyo ganador se encuentra predeterminado».

«El acceso al servicio público debe combinar dos aspectos fundamentales. El uno tiene que ver con permitir el ejercicio del derecho a ejercer cargos públicos, que no puede ser en modo alguno discriminatorio; el otro es el escoger abiertamente entre todos los participantes a los ganadores con mejores capacidades y experiencia para que puedan ofrecer un servicio seguro, cálido y de calidez».

«Los presupuestos establecidos en la ley para el acceso al servicio público no permiten siquiera evaluar si las personas que han ofrecido sus servicios durante la pandemia

contribuyeron a la seguridad, calidad y calidez del servicio de salud pública. Los requisitos de este concurso cerrado son simplemente presentar el título y un contrato o nombramiento provisional durante la pandemia, sin más. Podría suceder, por ejemplo, que existieron trabajadores y profesionales de la salud que no trabajaron de forma diligente en el cumplimiento de sus funciones durante la pandemia, y este hecho sería irrelevante para el otorgamiento de un nombramiento definitivo, pues los ganadores se habrían ya determinado».

«Por lo expuesto, el artículo 25 y la Disposición Transitoria Novena, al establecer un concurso cerrado y con un ganador ya determinado, desnaturalizan al derecho a acceder al servicio público mediante un concurso de méritos y oposición conforme la normativa constitucional. Al no ser posible otra interpretación que respete el espíritu de la norma, se concluye que dichas normas son contrarias a la Constitución y deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico».

El giro de la reflexión es evidente, la Corte ya no piensa en la salud y la garantía de sus derechos en relación al personal de salud de los establecimientos públicos, prefiere refugiarse en la formalidad general: el supuesto derecho a la igualdad en el que, la labor de servicio en la salud no es considerado, aunque ello tenga como consecuencia un mayor y más amplio staff médico probado en el servicio público de salud, precisamente para promover la accesibilidad y mayores estándares de calidad en la prestación de servicios de salud.

Conflicto de intereses: El autor declara que no tiene ningún posible conflicto de intereses. **Aprobación del comité de ética y consentimiento informado:** No es aplicable a este estudio. **Contribución de cada autor:** T.O desarrolló las ideas y escribió el artículo. Ha leído y aprobado el manuscrito final. **Contacto:** Para consultas sobre este artículo debe dirigirse a: (✉) joseorellanar9@gmail.com

Referencias

- constitución de la República del Ecuador. 2015. *Constitucion Del Ecuador*. Iusrectusecart. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf%0Ahttp://library1.nida.ac.th/termpaper6/sd/2554/19755.pdf%0Ahttp://iusrectusecart.blogspot.com/2015/11/art1-de-la-constitucion-del-ecuador.html>.
- «Ley Órgánica de Salud Del Ecuador». 2015 *Registro O*: 13. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORGÁNICA-DE-SALUD4.pdf>.
- Eco, Humberto, 1989. *La estructura ausente*. Editorial Lumen, Barcelona, 1989.
- Zagrebelsky, Gustavo. Editorial Trotta, 2009

Información sobre el autor/a/es

► **Tarquino Orellana** es Magíster en derecho penal por la Universidad de Cuenca. Abogado en libre ejercicio, con experiencia en el sector público, y socio de AMEDILEX, Asesoría médico legal. Sus áreas de interés son el Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Penal. **Contacto:** AMEDILEX Asesoría y Auditoría Médico Legal Cía. Ltda. – (✉): joseorellanar9@gmail.com.

Como citar este artículo

Orellana, Tarquino. (2022). «El derecho a la salud, recorrido constitucional». *Analysis* 33, pp. 1-24.