

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

El presupuesto público para la protección del derecho a la salud

Un análisis desde el Estado Constitucional ecuatoriano

Tanya Roxana Torres Castillo

Tutora: Eddy María De La Guerra Zúñiga

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Tanya Roxana Torres Castillo, autora de la tesis intitulada “El presupuesto público para la protección del derecho a la salud: Un análisis desde el Estado Constitucional ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Investigación en Derecho, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 31 de octubre de 2018

Firma: _____

Resumen

La presente investigación realiza un estudio que relaciona el tema de la protección del derecho a la salud con el presupuesto público en el Ecuador, respecto de la normativa constitucional. Esta investigación demuestra en forma amplia cómo el poder político ha dado forma a las leyes presupuestarias para que obedezcan a intereses cortoplacistas, que en definitiva han venido heredando un sistema de salud que aún presenta una serie de dificultades para superarlos, esto es por ejemplo, la visión multidimensional de la salud, que exige ver a las enfermedades más allá del cuerpo humano y el ámbito biológico sino también en su entorno y sus múltiples formas de reproducción social.

La configuración del presupuesto en la norma constitucional, no tiene rango o fuerza de ley, pues su tratamiento queda relegado a ser tan sólo un instrumento de finanzas públicas, situación que además limita la capacidad jurídica de someter al presupuesto público al control constitucional.

La salud si bien en la actualidad posee un desarrollo constitucional importante, no ha pasado de ser una aspiración social. Esta lucha sigue siendo un reto para los movimientos de salud, pues la realidad muestra, según datos del Ministerio de Economía y Finanzas, que en promedio no se ha alcanzado a llegar ni al 2.5 % en cuanto a gastos realizados en el sector salud, respecto del PIB del Estado. Queda demostrado además que la disposición constitucional transitoria del año 2008 respecto de llegar a un porcentaje del 4 % de inversión en salud respecto del PIB, no se ha cumplido.

Según la exposición previa, el estudio realizado si bien demuestra las falencias jurídicas y la situación social actual de la salud, también aborda una mirada crítica respecto de nuevas formas de acción, que no sólo busca que el derecho vea al capital como única fuente de solución de problemas sociales como la salud, sino que también a través de la participación social y desde la perspectiva de la construcción del buen vivir, el derecho pueda contribuir a transformar realidades, adaptándolo a las formas de vida y saberes históricamente desarrollados que al ser introducidos en el ámbito jurídico, permiten verdaderos cambios en la lucha por el acceso al derecho a la salud.

Con el más grande cariño y amor, al culpable de todo lo que soy y ejemplo de vida, mi padre Luis Aníbal Torres Jiménez.

Por todo su apoyo y comprensión, por su corazón sensible pero a su vez valiente, mi madre Fany Teresa Castillo Herrera

Al mejor amigo y compañero de vida, al seguidor de mis sueños y hermano incomparable, David Gabriel Torres Castillo. A la luz y alegría de mi existencia, mi hermano Santiago Joaquín Capa Castillo.

A quién estuvo en los buenos y malos momentos con su gran amor, apoyo, carisma y personalidad, Alejandro Heredia Borja.

Agradecimientos

Con mucho cariño, agradezco a mi tutora de tesis Dra. Eddy de la Guerra Zuñiga, por su gran don de gente y profesionalismo con el que supo guiar la realización de la presente investigación.

Además, mi eterno agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por la oportunidad que me brindó a través del otorgamiento de beca de estudios de la fase presencial de maestría y beca de investigación de tesis, por medio de las cuales hoy cumplo el sueño de obtener mi título de cuarto de nivel.

De manera muy especial, extiendo mis sinceros agradecimientos a mis profesores, compañeros y personal administrativo, por todo el apoyo y acompañamiento brindado en esta gran experiencia de formación humana y académica.

Tabla de Contenidos

Introducción	13
La configuración jurídica del presupuesto público en el contexto del Estado constitucional de derechos	15
1. El presupuesto público.- generalidades	15
2. Diseño del presupuesto público en la actividad estatal.....	18
3. Importancia que posee el presupuesto público en el Estado.....	22
4. La configuración jurídica del presupuesto público.....	24
4.1. Principios que guían el presupuesto público	25
4.2. El presupuesto como ley en sentido formal y material	29
4.3. La herramienta de planificación en el presupuesto público	37
5. Introducción a los derechos sociales y la responsabilidad del Estado.....	39
5.1. Los derechos sociales como obligación positiva del Estado.....	41
5.1.1. El rol del presupuesto público para la protección de los derechos sociales, aproximaciones al derecho a la salud	45
6. El control constitucional del presupuesto público	50
7. El Estado constitucional de derechos, a la luz de la protección de los derechos sociales.....	55
La protección integral del derecho a la salud. ¿Qué nos debe el sistema jurídico ecuatoriano y cómo enfrentarlo?	59
1. El derecho a la salud.- generalidades	59
1.1. Dimensiones del derecho a la salud que el Estado debe tutelar	62
2. La salud en el Estado constitucional de derechos ecuatoriano	69
2.1. El Estado ecuatoriano en la gestión del acceso a la salud.....	74
2.1.1. El Estado garante del derecho a la salud	74
2.1.2. Sistema basado en la “Atención Primaria de Salud”	76
2.1.3. Red pública integrada de servicios gratuitos de salud.....	78

3. La justiciabilidad del derecho a la salud.- análisis de la jurisprudencia ecuatoriana	80
4. La relación del presupuesto y el derecho a la salud.....	92
4.1. El financiamiento de la salud en el Ecuador	94
5. Problemas constitucionales y retos a asumir sobre el presupuesto del Estado para la garantía del derecho a la salud	100
6. El desafío de la sociedad emancipada. Una mirada desde el derecho a la salud en el Ecuador	104
6.1. La participación social como pilar de cambios en la salud	106
6.2. La salud, un reto de interculturalidad.....	109
7. La garantía efectiva del derecho a la salud por la vía presupuestaria.....	111
7.1. Situación actual en clave interdisciplinaria e intercultural.....	113
7.2. El futuro del derecho a la salud en el Ecuador. Perspectivas de mejoramiento	115
Conclusiones	119
Bibliografía.....	123
Anexos	131
Anexo 1: Ingresos del sector salud (2008 – 2017).....	131
Anexo 2: Gastos del sector salud (2008 – 2017)	131
Anexo 3: Producto Interno Bruto Anual (PIB 2008 – 2017).....	132
Anexo 4: Resultado de inversión y gasto en el sector salud periodo 2008 – 2017, y su relación con el PIB del Ecuador	133

Introducción

La investigación que se desprende a continuación, aborda una serie de elementos jurídicos que intentan dar respuestas a las múltiples falencias en las que incurre el aparato estatal a la hora de administrar el presupuesto público para la protección del derecho a la salud.

El Estado ecuatoriano a través de su constitución del año 2008, fundó un modelo de Estado denominado *Estado constitucional de derechos y justicia*, el cual vino a reforzar el carácter esencial de la protección de derechos como pilar y/o núcleo de atención prioritario, a través del cual ha de institucionalizarse política, económica, administrativa y jurídicamente al país.

Este nuevo concepto de Estado, exige un aparato institucional sólido y complejo, pero sobre todo, exige un nivel administrativo responsable con los mandatos constitucionales, en donde el presupuesto público cubra todas y cada una de las necesidades por las que atraviesa la población, sin perjuicio de momentos de crisis, endeudamientos y otro tipo de fenómenos similares.

En la búsqueda de alcanzar una gestión presupuestaria responsable, que permita cubrir las principales demandas sociales, en este caso, la protección del derecho a la salud, el desarrollo de la presente investigación está compuesta por dos capítulos que en conjunto tratan de analizar desde el ámbito jurídico, los fenómenos y particularidades que presentan las finanzas y la administración pública a la hora de decidir cómo repartir el erario público, cómo controlar su uso, cómo hacer que el mismo cumpla con los objetivos planificados y además, cómo hacer frente al capitalismo imperante y dominante.

En el primer capítulo se realiza una compilación jurídico doctrinal de lo que en la teoría de las finanzas públicas tanto latinoamericana como europea, se ha desarrollado respecto de la organización del presupuesto público en el nivel estatal. Se describen situaciones tales como la importancia del presupuesto público, principios presupuestarios, debate sobre ley formal y material de presupuestos, la importancia de la planificación presupuestaria como concepto jurídico, los derechos sociales y la obligación positiva del Estado, la posibilidad de ejercer control constitucional del presupuesto y además, la importancia que tiene en la actualidad la edificación de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia.

En el desarrollo del segundo capítulo se describe la importancia que posee el derecho a la salud desde el ámbito jurídico como derecho social, en esta línea se abordan

temas tales como las dimensiones o ámbitos de acción que exige una protección integral del derecho a la salud, entendiendo ya no únicamente como la sanación del cuerpo, sino como un modelo que requiere mirar también aquellos factores externos asociados a las enfermedades. Además, se analiza la situación de importancia que posee el derecho a la salud en la construcción de un Estado constitucional de derechos y la actual visión que posee el Estado ecuatoriano frente al tema de la salud, desde el punto de vista de los aciertos como la creación de la Red Pública Integrada de Salud y el Sistema de Atención Primaria de Salud (APS), pero también de los desaciertos, que nos lleva a analizar los procesos judiciales llevados a cabo por los ciudadanos que han visto vulnerado su derecho a la salud, especialmente por la falta de acceso a medicamentos y la destrucción de hábitats de vidas, ambos fenómenos impulsados por la lógica del mercado que domina la situación de salubridad a nivel mundial.

Así mismo, a fin de concatenar las ideas fundantes de la presente investigación, se aborda la relación que posee el presupuesto público que va a financiar al sector salud y la situación actual en cifras reales emanadas por el Ministerio de Economía y Finanzas, respecto de los ingresos y gastos que a través del presupuesto general del Estado se han contemplado para la inversión en salud.

Finalmente, el capítulo dos, aborda un tema de gran importancia para el derecho, es decir, la discusión que requiere pensar en acciones anti hegemónicas y anti capitalistas que permitan desarrollar una nueva visión de protección del derecho a la salud desde la sociedad y sus propias prácticas y saberes. La presente investigación, cierra con elementos esenciales que plantean la discusión jurídica sobre cómo lograr la garantía del derecho a la salud a través de la herramienta del presupuesto público, además de los distintos retos que instaura la interdisciplinariedad e interculturalidad y cómo el Ecuador deberá enfrentar el tema de la salud a la postre.

Capítulo primero

La configuración jurídica del presupuesto público en el contexto del Estado constitucional de derechos

El desarrollo del presente capítulo pretende dar una mirada general respecto de lo que en la doctrina de las finanzas públicas se ha desarrollado sobre el manejo de los recursos del Estado, para que sea incorporado al ámbito del derecho. Las temáticas a desarrollarse versan sobre la base de la construcción teórica del Estado constitucional de derechos ecuatoriano, a través del cual se puede mirar el tratamiento que se da a los derechos sociales y la obligación de índole económico – presupuestaria, política y jurídica que posee el Estado para su efectivo goce.

1. El presupuesto público.- generalidades

Para referirse al presupuesto público desde su concepción financiera, es decir, aquel documento que plasma el ordenamiento y detalle rubro a rubro de los ingresos y gastos del sector público, es necesario iniciar analizando la historia de su creación y uso. Es decir, pensar en presupuesto público y el desarrollo jurídico que hoy le acompaña, requiere una mirada al pasado, a fin de comprender su lógica actual.

La consolidación de la democracia representativa y el avance del Estado Social de Derecho supuso la progresiva extensión de la democracia social, lo que llevó a un creciente fortalecimiento de las potestades de las autoridades de Gobierno. Tal proceso era indispensable para que el Estado pudiera dar una efectiva respuesta a los nuevos deberes sociales y económicos que se le imponían. *Este cambio político, social y económico trajo un cuestionamiento de los elementos sobre los que se había construido la Teoría Clásica del Presupuesto.*¹

¹ Rodrigo Pineda Garfías, “Las Potestades Constitucionales del Gobierno y el Congreso Nacional en Materia de Gasto Público”, *Revista Chilena de Derecho* 27, núm. 2 (2000): 374. Énfasis añadido. Sobre las causas de la crisis de los principios presupuestarios clásicos se ha escrito que se debió a: “Cambios en la organización política tras la II Guerra Mundial (derechos sociales para frenar posiciones políticas más radicales), teorías keynesianas (una de las principales aportaciones de la teoría keynesiana y forma una parte fundamental de la ideología presupuestaria contemporánea es que el presupuesto debe considerar la situación económica general y tratar de compensar los movimientos del consumo y de la inversión privada), La gran depresión del 29 (crisis del laissez-faire)”. Véase: Blog de Mafius.com. <https://www.mafius.com/2011/crisis-de-los-principios-presupuestarios-clasicos>, último acceso: 03 de agosto de 2018

Por lo tanto, dicho giro histórico plantea la emergente y necesaria reconfiguración de la tarea presupuestaria, que mediante el propio proceso democrático expida la forma, principios y/o reglas que han de guiar la gestión del presupuesto.

En esta línea, según lo explica Martínez y García, “[e]l Presupuesto en su sentido actual, no surge hasta el siglo XIX, como creación del Estado Constitucional, en el que se consagra la división de poderes y se concibe esta institución como expresión del ‘poder de gastar’ [...] y por esto mismo, como autorización del Legislativo al Ejecutivo para que éste pueda gastar”.² Dicha situación también es analizada por Pineda Garfías, al explicar que el cambio consiste en que la Administración del Estado se revista de nuevos instrumentos de desarrollo social y económico. Sin embargo, explica, esta nueva estructura política no es neutra, sino que implica una disminución de la preponderancia del parlamento en asuntos de índole presupuestaria.³

Se presenta entonces una situación que debe renovar concepciones en todos los niveles de gestión estatal, entendiendo que el presupuesto no constituye una simple cantidad monetaria para cumplir con la satisfacción y/u obtención de un bien o servicio, dicha acepción lo convierte en un instrumento de finanzas con funciones netamente consumistas y guiadas por las imposiciones del mercado y/o grupos de interés. El presupuesto ha pasado a ser una institución de mayor envergadura que es controlado por el Estado y sus distintas funciones, que sigue un orden lógico, que está atado a una planificación estatal y un ordenamiento jurídico que busca justicia social.

Hoy conocemos que el presupuesto público es de todos quienes conforman una nación, y la comprensión de esta idea universalizante, lo transforma en un *bien común* que requiere de una administración responsable y transparente, llegando a cubrir las necesidades que exige la garantía de los derechos y que el mismo Estado a través de su Constitución, lo ha contemplado.

A fin de comprender la discusión conceptual en la que actualmente se encuentra el presupuesto público, se abordarán algunas consideraciones desarrolladas por la doctrina. El pensamiento desarrollado por la escuela de Pavia (Italia), a través de su representante para Latinoamérica, Dino Jarach,⁴ ha escrito: “El presupuesto es el plan de

² Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario* (Madrid: Iustel, 2010), 182.

³ Garfías, “Las Potestades Constitucionales del Gobierno y el Congreso Nacional en Materia de Gasto Público”, 374.

⁴ Sobre los aportes de Dino Jarach, es necesario considerar que se trata de un jurista nacido en Milán – Italia en 1915. “En mayo de 1941 arribó a Argentina en el buque Cabo de Buena Esperanza, huyendo de la guerra, la persecución nazi y las leyes raciales italianas. En este sentido, la producción doctrinaria de

la economía del sector público. Su significación se descubre a través de su conjunto; no hay una simple yuxtaposición de una serie de gastos y una nómina de recursos, sino un plan de erogaciones tendientes a lograr determinados fines con la indicación de los recursos correspondientes”;⁵ por lo tanto, el presupuesto tiene como objetivo cumplir con la planificación previamente realizada y en este sentido, que los recursos dirigidos a una u otra área de la gestión pública, tengan resultados en positivo.

Por su parte, la doctrina española también ha desarrollado su aporte al respecto, el profesor Francisco González desde el área de la economía ha explicado que el presupuesto público es un instrumento de política económica y social del Estado. En tal sentido, está evidentemente condicionado por la coyuntura económica, y a su vez, se da por supuesto que influye en ella. Asimismo, las prácticas presupuestarias se encuentran afectadas por el contexto en el que se adoptan las decisiones, y a su vez estas se conciben de forma que influyan sobre tal contexto.⁶

El autor menciona que existe o al menos, debería existir una relación directa entre la economía de un Estado y la realidad social, indicando que existe una influencia de ambos lados, es decir, a mayor o menor inversión, mayor o menor impacto o cambios en la sociedad. El objetivo que en este punto cumple el presupuesto público, es más que aquel uso mecanicista del dinero, pues el destino del mismo, debe encaminar verdaderas transformaciones en el desarrollo de la sociedad.

Como aporte del pensamiento latinoamericano desde el Ecuador, es importante señalar algunos conceptos que respecto del presupuesto público ha desarrollado Eddy De la Guerra, al indicar que: definir el término presupuesto en términos de finanzas públicas equivale a describir al elemento que permite la planificación de las actividades financieras del Estado. Más allá de que el presupuesto público requiera un documento legal a través del cual se formalice su contenido, hay que tener en cuenta la clara diferencia entre el presupuesto desde una visión financiera y presupuesto desde una visión jurídica. Dicha autora además manifiesta que en materia de finanzas públicas, no existen ni doctrinas

Jarach contiene el pensamiento traído de la escuela italiana de Pavia, pero la producción y aportes realizados por dicho jurista en el idioma español, corresponden al desarrollo doctrinario latinoamericano”. Véase: Blog de Rubén Oscar Amigo, *Dino A. Jarach. El hombre: aspectos biográficos*, <http://losalierisdejarach.com.ar/dino-a-jarach-el-hombre-aspectos-biograficos-por-ruben-oscar-amigo/> último acceso: 07 de agosto de 2018

⁵ Dino Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario* (Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2003), 82.

⁶ Francisco González-Blanch Roca, *La gestión del presupuesto del Estado* (Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 2000), 22.

caducas, ni pensamientos extemporáneos.⁷ En este sentido, se entiende que el tema del presupuesto en cuanto a su construcción conceptual, varía en rasgos mínimos y que en general es un instrumento de finanzas públicas para la adecuada organización de los ingresos económicos del Estado, que se ordena y ejecuta en las formas previstas por la normativa nacional de cada país.

A estos aportes doctrinarios, se debe tomar en consideración que la práctica y/o uso del presupuesto en el Estado debe entender que “no es suficiente con formular presupuestos muy restrictivos, si no existe una administración financiera que permita alcanzar los objetivos fijados”.⁸ Es decir, dicha restricción en cuanto a reducir o ajustar al máximo las asignaciones presupuestarias en base a estudios técnicamente responsables, no son tarea suficiente para asegurar la ejecución y cumplimiento de las metas que la administración pública desea conseguir, es por lo tanto necesario una gestión financiera de alta calidad y responsabilidad.

Existe una historia política jurídica que hoy plantea una gestión del presupuesto atada a una serie de metas que deberán incidir en la sociedad. La importancia de su estudio radica en las herramientas que se utilicen para que dicho presupuesto cumpla con sus fines y pueda llegar a todos los estratos poblacionales. Esto, a fin de conseguir que el *bien común* llamado presupuesto, sea *premio* de todos.

2. Diseño del presupuesto público en la actividad estatal

Uno de los temas de importancia a abordar respecto de la administración del presupuesto público, es la manera en la cual el aparato institucional y burocrático del Estado, ha diseñado las formas de organización del erario público.

Son varias las formas de tratar al presupuesto y su organización. Los doctrinarios del tema han distinguido diseños tales como: presupuesto equilibrado,⁹ presupuesto

⁷ Eddy De la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 17.

⁸ Eduardo Zapico Goñi, *¿De Burócratas a Gerentes? Las Ciencias de la Gestión Aplicadas a la Administración del Estado.*, ed. Carlos Losada (Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 1999), 163.

⁹ Sobre este tipo de presupuesto se ha escrito: “El equilibrio presupuestario, [...] significará la igualdad entre los ingresos públicos recibidos de la economía privada y los pagos del Gobierno a dicha economía, definida con respecto al período apropiado de referencia bajo consideración”. Véase: James Buchanan, *Hacienda pública*, vol. XII (Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968), 83. “El concepto básico del presupuesto implica, pues, el adjetivo de equilibrado. Es este el fundamento de las normas del derecho presupuestario que establecen que cualquier nuevo gasto que se agregue al presupuesto no podrá

desdoblado,¹⁰ presupuesto por programas,¹¹ presupuesto financiero y plan económico nacional,¹² presupuesto preventivo y consultivo,¹³ entre otros.

Cada una de estas formas de organizar al presupuesto ha intentado dar respuesta a las necesidades de la administración pública en la entrega de asignaciones. Sin embargo, a fin de no extender descripciones en el análisis de estos diseños, se analizará una de las formas más utilizadas a nivel latinoamericano y en general en el ámbito de las finanzas públicas en la gestión del presupuesto, este es el diseño del *presupuesto por programas*.

La doctrina indica que se trata de una forma de redacción del presupuesto que pone en evidencia para qué se utiliza el dinero, en este sentido, se prepara un listado de diferentes partidas, secciones y anexos y se distinguen los gastos del personal (funcionarios públicos) y otros gastos, siendo estos las asignaciones para la adquisición de bienes y servicios. Además, el presupuesto diseñado en forma de programas, no debe reemplazar al presupuesto tradicional, pues se trata únicamente de fundamentar los motivos que explican la dinámica funcional del presupuesto por programas.¹⁴

Cesare Cosciani por su parte, considera que la programación presupuestaria ha significado:

[E]l paso de la clasificación administrativa de los conceptos del presupuesto público a la funcional y económica, ha permitido indicar las dimensiones de los objetivos del Estado, [...], incluyendo en dicha categoría gastos con el mismo destino, aunque subdivididos entre las competencias de diversas unidades administrativas responsables y ha permitido también incluir conceptos homogéneos de gastos desde el punto de vista de su interferencia con la contabilidad económica nacional y ello ha constituido ciertamente un

ser aprobado, si no se aprueba también el correspondiente recurso”. Véase: Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 90.

¹⁰ Sobre el presupuesto desdoblado se ha escrito que el mismo “no tiene fundamentación valedera y sólo encubre una tendencia a justificar mayores gastos con la más fácil financiación por endeudamiento, sin que se den las circunstancias coyunturales que dan sustento a ese recurso”. Véase: Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 96.

¹¹ Esta visión de presupuesto es desarrollada en el presente apartado.

¹² “El presupuesto económico nacional es un resumen de [...] contabilidades y una orientación para el planeamiento de las finanzas nacionales”. Véase: Harold Groves, *Finanzas públicas*, Primera edición (México: Editorial F. Trillas S.A., 1965), 740. “La idea general que las finanzas públicas constituyen el sistema económico propio del Estado [...] y que este se integra en mutua dependencia con el sistema económico del mercado en el cual también participa y la concepción de la doctrina moderna según la cual la actividad financiera no sólo abarca la producción de bienes y servicios públicos, sino que se proyecta sobre la economía de mercado [...], sirven de base a la integración del Presupuesto financiero del Estado con el Plan económico nacional”. Véase: Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 98.

¹³ El preventivo “es el presupuesto propiamente dicho, en que los representantes del pueblo determinan los ingresos y autorizan los gastos. El consultivo “es el que entre nosotros se llama ‘cuenta general del presupuesto y del tesoro’, en la que se expresa la manera como se han cumplido las disposiciones del poder legislativo en relación con el presupuesto.” Véase: Esteban Jaramillo, *Tratado de la ciencia de la hacienda pública*, séptima edición (Bogotá: Editorial Temis, 1974), 464.

¹⁴ Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 96.

gran progreso en el conocimiento de las elecciones realizadas por el Estado respecto de la satisfacción de las necesidades públicas [...].¹⁵

Por lo tanto, la clasificación presupuestaria por programas da cuenta de los gastos enmarcados en objetivos y metas, las cuales pueden ser medibles y generar un mejor panorama de análisis de cómo están influyendo las asignaciones presupuestarias en las distintas áreas de gestión pública.

Sin embargo, de forma bastante crítica, el pensamiento traído de la teoría de las finanzas públicas y la teoría de las decisiones colectivas, bajo el desarrollo del pensamiento latinoamericano ha mencionado que:

El proceso de distribución de recursos entre programas es tal vez el menos tecnificado del proceso presupuestario. Salvo para los proyectos de inversión, en el resto del gasto pocas veces hay un ejercicio basado en principios técnicos o en una búsqueda detallada de las preferencias de la gente. La asignación resulta de una serie de fuerzas que convergen en distintos puntos del proceso de decisión, con un árbitro que lauda conforme a una percepción imperfecta de la realidad política presente y futura.¹⁶

La cultura de gestión del presupuesto público nos muestra nuevamente variaciones respecto de las formas y/o concepciones adoptadas en el tratamiento del erario público. De forma general, podría pensarse que esta es una práctica dada en las finanzas públicas de manera muy similar, sin embargo, los cambios, ajustes o reformas que adoptan los países sobre el presupuesto, constituyen prácticas que internamente producen cambios de gran magnitud e impacto social. Es de importancia por lo tanto indicar que a nivel europeo, norte americano y de oceanía,¹⁷ se asume al presupuesto por programas como una herramienta técnica de diseño que acompaña las decisiones de asignaciones

¹⁵ Cesare Cosciani, *Ciencia de la hacienda*, (Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1980), 270.

¹⁶ Humberto Petrei, *Presupuesto y control: pautas de reforma para América Latina* (Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997), 394.

¹⁷ Estudio de: Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Suecia, España, Canadá, Reino Unido. "Todos los países estudiados incluyen en sus presupuestos proyecciones para períodos que van de tres a cinco años. En algunos casos esas proyecciones obedecen a un requerimiento legal y en otros forman parte de la práctica. Normalmente las proyecciones son de carácter indicativo, pero a veces tienen un carácter más formal, en cuanto integran de manera detallada los documentos de presupuesto. En todos los países estudiados hay un ejercicio de aprobación anual del presupuesto, aunque en Estados Unidos se está debatiendo el posible paso a un presupuesto bianual. Los países industrializados analizados dan gran importancia a las proyecciones macroeconómicas y aunque han logrado un grado satisfactorio de precisión, continúan haciendo esfuerzos por mejorarlas. La mayoría utiliza estimaciones propias. Canadá, en cambio, descansa en un promedio de proyecciones hechas por distintas instituciones o grupos de estudio del sector privado dentro del sector privado. En el Reino Unido, las proyecciones y el pronóstico de la economía son sometidos al examen de un panel de expertos que actúan como evaluadores independientes. En Australia se incluye en el presupuesto un ejercicio de conciliación entre proyecciones del ejercicio anterior y datos observados, con una explicación sobre el origen de las diferencias". Véase: Humberto Petrei, *Presupuesto y control: pautas de reforma para América Latina* (Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997), 211.

presupuestarias, con mayores grados de precisión y proyecciones que rebasan inclusive el periodo electoral de los actuales decisores.

Por otro lado, lo que sucede en América Latina,¹⁸ es que la experiencia muestra que si bien se han realizado esfuerzos por distribuir de forma inteligenciada el presupuesto público, la realidad es que la asignación que corresponde a cada programa de actuación estatal aún carece de rigurosidad en cuanto a principios técnicos y proyecciones; pero sobre todo, falta mucho por trabajar respecto del análisis desde el punto de vista social que requiere una participación activa de la ciudadanía.

Con todo ello, no se podría afirmar tampoco que la experiencia de países industrializados ha sido siempre o en términos generales, exitosa. Los intentos de reformas fracasaron sobre todo en lo relativo a las expectativas creadas y a la manera de entender la racionalidad con la que opera el presupuesto, pues luego de más de 20 años (1960 – 1980) de realizar grandes reformas presupuestarias, la mayoría de los países europeos se convencieron de que existe una necesidad de manejar al presupuesto a través de una perspectiva más pragmática y menos ambiciosa.¹⁹ Esta situación, deja una gran lección y es que en materia de finanzas, no existen cálculos ni fórmulas exactas que permitan ajustar la vida de las personas al presupuesto del Estado, al contrario, es el presupuesto y su dinámica organizativa, la que debe estar presta al cumplimiento de las demandas sociales.

La evidencia por lo tanto, deberá invitar a reflexionar más allá de las estadísticas históricas de asignaciones, gastos, recortes o ajustes del presupuesto, sino a través de un acercamiento real a las necesidades emanadas de la propia población. De esta manera, se da realce y veracidad a la idea planteada por Petrei en su estudio sobre *Presupuesto y control. Pautas de reforma para América Latina*, el cual consiste en que en el presupuesto por programas deben existir planes estratégicos, indicadores de gestión y estándares para

¹⁸ Estudio de: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Venezuela. “Los países de la región se han caracterizado por una alta inestabilidad, lo cual les hace difícil poder desarrollar métodos y mecanismos que produzcan proyecciones de las principales variables y de los componentes del presupuesto para varios años. Los países del grupo no publican proyecciones, ni éstas forman parte de la discusión presupuestaria. Sólo Argentina ha comenzado a hacerlo para el presupuesto de 1997. Aquellos que tienen programas con el FMI preparan para los fines de sus negociaciones esquemas de discusión con escenarios a tres o cuatro años, pero tal información tiene una difusión muy limitada”. Véase: Humberto Petrei, *Presupuesto y control: pautas de reforma para América Latina* (Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997), 365.

¹⁹ Zapico Goñi, *¿De Burócratas a Gerentes? Las Ciencias de la Gestión Aplicadas a la Administración del Estado.*, 163.

la prestación de servicios, es decir el planteamiento de objetivos claros sobre la asignación del presupuesto.²⁰

Se ha esbozado brevemente cuales son las principales rutas o diseños comúnmente adoptados, en la gestión del presupuesto público como meta de desarrollo de un Estado, sin por supuesto pensar que el dinero es la fórmula mágica hacia mejores niveles de vida en una sociedad. El presupuesto es tan solo uno de los elementos de los que se sirve el gobierno para la gestión pública,²¹ sin embargo, sin este elemento, los efectos de la globalización, el capitalismo y la modernidad, no permitirían un verdadero avance hacia la creación de políticas de inserción social. El capital es sin duda, factor de importante significado en la transformación de la realidad actual.

3. Importancia que posee el presupuesto público en el Estado

En el presente apartado, la importancia del presupuesto será construida desde una visión financiera y jurídica. En este sentido, se abordará dicha discusión por un lado desde la base de las funciones que deberá cumplir el presupuesto en el Estado y la explicación de su relevancia jurídica.

Así como todo elemento de finanzas públicas, el presupuesto público está llamado a realizar determinada tarea. Sus principales funciones tienen que ver con el cumplimiento de varias facetas que desde el área financiera Gonzales-Blanch Roca las ha identificado como: estabilizadora, administrativa y política económica. El cumplimiento de las mismas dotan al presupuesto de una importancia trascendental en la gestión presupuestaria del Estado, sin embargo, cada una de ellas tiene sus propios matices.

El presupuesto en su fase estabilizadora intenta contrarrestar las oscilaciones o cambios bruscos de la economía. Por su parte, la función administrativa, tiene importancia debido a que previene, planifica y controla. La función política económica, requiere que el presupuesto se accione alrededor de los conflictos de los burócratas y ciudadanos.²² Todo ello, significa que el presupuesto cumple una función integral que va desde el análisis macro del entorno en el cual operará, hasta la necesidades del núcleo

²⁰ Petrei, *Presupuesto y control*, 398.

²¹ Entre los elementos de importancia que se utilizan dentro de la gestión de finanzas públicas está también la herramienta de planificación, en el Ecuador esta tarea la realiza una institución especializada llamada Secretaría de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). Así mismo, el Ministerio de Finanzas, órgano encargado de la administración presupuestaria, a través de la herramienta informática e-SIGEF controla el manejo del presupuesto público.

²² González-Blanch Roca, *La gestión del presupuesto del Estado*, 3.

más pequeño de la sociedad, que puede ser el empresario, obrero, marginado, enfermo, desempleado u otros de esta índole. Por lo tanto, el presupuesto cumple también una función social.

En el ámbito jurídico, el presupuesto público tiene una importancia histórica, pues es incorporada principalmente por la necesidad que tenía el monarca o el dictador en la etapa medieval para llevar a cabo acciones de índole colectiva, sean estas compartidas o no por la sociedad. Lo fundamental en este punto, es destacar que el presupuesto ha sufrido varias transformaciones y que dicho instrumento en la actualidad cuenta con normas constitucionales de tratamiento y reserva de ley, a fin de evitar los abusos del poder gubernamental de turno.

Martínez y García, sobre este tema, han indicado que el presupuesto es el plan de gobierno traducido en cifras.²³ En este sentido:

Aquella caracterización como plan de la actividad financiera pone de relieve que el Presupuesto no es únicamente una relación contable de las cantidades que el Estado u otro ente público prevén que se realizarán en concepto de ingresos y de gastos de un período de tiempo dado, sino que, sobre todo, es la expresión jurídica de las obligaciones y de los derechos, de las potestades y de los deberes que competen a la Administración en materia financiera.²⁴

Dichos autores validan la importancia que posee la información contable como elemento de organización financiera, pero además va mucho más allá de ello y reviste de contenido jurídico a dicha institución, dotándola de legalidad en cuanto al cumplimiento de deberes y derechos que surgen tanto para sus administradores como para los beneficiarios del mismo.

Pese a la comprensión de la importancia que posee la gestión responsable del presupuesto público tanto desde la visión financiera como jurídica, la forma en la cual históricamente se ha basado su administración ha estado directamente relacionada con cuestiones de índole político partidista, el cual ha jugado un rol extremadamente desleal. Según lo explica González:

En la fase de elaboración del proceso presupuestario, los ministros de gasto (MG) tienen interés natural en expandir sus presupuestos, ya que la financiación del gasto se distribuye entre la ciudadanía y el éxito político se mide en términos del beneficio neto de sus clientelas respectivas. Si los ministros MG pudieran negociar sin restricciones, el universalismo (el presupuesto debe contener algo para todos) y la reciprocidad

²³ Martínez Lago y García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, 183.

²⁴ *Ibid.*

(intercambio de apoyos para programas no excluyentes) consolidarían la ilusión fiscal y, por lo tanto, un déficit excesivo.²⁵

Lo que sucede entonces es que la política, especialmente en el caso latinoamericano, ha viciado la administración de presupuestos debidamente planificados, ordenados, responsables y equitativos, a fin de cumplir con expectativas clientelares. Se deslindan los recursos hacia otras actividades que no son prioridad respecto de las necesidades de la población. Lo que buscan las prácticas políticas desleales respecto del presupuesto público, es perpetuarse en el poder, manteniendo en armonía las necesidades de quienes conforman su círculo político. La gravedad de dicha exposición debe reinventar las formas de control del presupuesto público y además, ser analizada desde la óptica del ciudadano y su realidad.

La importancia que posee el presupuesto público está relacionada con los mayores o menores índices de desarrollo social, en el ámbito de la educación, salud, vivienda, empleo, alimentación, entre otros elementos que incluyen la acción del Estado desde sus diferentes enfoques o áreas de gestión. Cada uno de los sectores de la sociedad se ve directamente afectado por la distribución del presupuesto estatal. Es de anotar que probablemente, lo que está sucediendo, es que en realidad no faltan recursos en las arcas del Estado, sino unos decisores políticos que comprendan que están llamados para servir y una sociedad civil exigente de sus derechos.

4. La configuración jurídica del presupuesto público

Para iniciar con el estudio del presupuesto en su ámbito jurídico, se abordarán las cuestiones desarrolladas en el campo de la “hacienda pública”. La trascendencia del análisis de esta rama de la ciencia posee dos núcleos fundamentales, por una parte el desarrollo de los objetivos que busca el sector público con los ingresos y gastos presupuestales y por otro lado, la importancia de estudiar la hacienda pública como un modelo interdisciplinario, integrando a la economía, la política, la administración, el derecho; que con el avance del mundo moderno, ha tomado mayor relevancia.²⁶

En el nivel jurídico, es importante mencionar que los estudios de hacienda pública, al referirse al tema presupuestal, inevitablemente nos dirigen a repensar el rol del derecho

²⁵ González-Blanch Roca, *La gestión del presupuesto del Estado*, 4.

²⁶ Juan Camilo Restrepo, *Hacienda pública*, 9a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 1, <http://www.digitaliapublishing.com/a/40082/hacienda-publica--9a-ed.->.

y la necesaria presencia del Estado como regulador y controlador de los actos de las finanzas públicas. El reto a nivel jurídico requiere mirar a la economía como parte integrante del desarrollo del país y al derecho como su herramienta afianzadora. En ese sentido, contribuir al hecho de “dejar a un lado el modelo de gasto mínimo para darle entrada al concepto económico de máximo beneficio (intervencionismo)”.²⁷

La idea es que el presupuesto a través del Estado y su sistema jurídico, deje de ser un instrumento meramente económico sino que sea normado en la medida de que dicha inclusión al mundo de las leyes, permita identificar las áreas, programas y planes de inversión, formas de organización y administración, niveles máximos de endeudamiento, entre otras situaciones que surgen a la hora de decidir qué hacer con el dinero y cómo plasmarlo en las leyes.

4.1. Principios que guían el presupuesto público

La práctica de la administración de los recursos públicos en el mundo, ha llevado al desarrollo de ciertos principios que guían el manejo del presupuesto del Estado. La experiencia de cada uno de los países cuyos burócratas tienen a cargo la responsabilidad de invertir adecuadamente el presupuesto ha llevado a convenir algunas pautas que deben ser observadas y analizadas. La experiencia europea al respecto ha indicado:

La doctrina y la práctica presupuestaria han elaborado algunos principios generales no solo aplicables en un sistema de finanzas liberales, sino hasta cierto punto con vigencia en sistemas de economía dirigida y aún de economía socialista: publicidad, claridad, exactitud, integralidad o universalidad, unidad, anticipación, especificación, anualidad, equilibrio.²⁸

Es importante comprender entonces que los principios son normas orientadoras de las cuales no puede prescindir ni siquiera un sistema considerado liberal o socialista, lo contrario sería dejar al libre arbitrio la distribución presupuestaria, lo cual sin duda, crearía un verdadero caos en la orientación del dinero y su eficaz repartición. Cabe resaltar en este punto, que no existe tal auto regulación por las libres fuerzas del mercado, pues sus administradores se verían influenciados por factores externos como las presiones

²⁷ Florentino Rico Calvano, Andrés Villanueva Imitola y Florentino Rico Fontalvo, *Hacienda Pública. Instrumento para el Desarrollo Económico y Social*. (Barraquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2009), 16.

²⁸ Jarach, *Finanzas públicas y derecho tributario*, 83.

políticas, los reclamos sociales y especialmente, la corrupción, para fácilmente desvirtuar los objetivos dados al presupuesto en un Estado de derechos.

Esta situación también ha sido abordada por la doctrina latinoamericana, los principios que se desarrollan y aceptan con mayor frecuencia son el principio de equilibrio, universalidad, unidad y anualidad.²⁹ En este sentido, se dará una breve descripción respecto de lo que significa cada uno de ellos y como operan:

1. Principio de equilibrio.- para Eddy de la Guerra el principio de equilibrio “consiste en que los gastos guarden equilibrio con los ingresos para evitar el déficit, así también los superávits para mantener el equilibrio deberán asignarse al siguiente ejercicio fiscal para gastar, ahorrar o invertir de tal forma que sea productivo en términos económicos”.³⁰ En similar línea opina José María Martín, quien menciona que este principio “consiste en que la cantidad total de gastos autorizados en un presupuesto sea igual a la suma total de los recursos estimados para ese mismo año financiero. Si la cantidad total de aquéllos supera a la suma total de éstos, el resultado negativo se denomina *déficit*, mientras que si se produce la situación inversa, [...] se dice que hay *superávit*”.³¹

Cabe resaltar sin embargo, que tener un déficit no es sinónimo de desfaldo o crisis económica, los déficits presupuestarios pueden deberse a factor externos urgentes o medidas necesarias, el riesgo sería tener un déficit tan grande que la capacidad presente y futura del Estado no permita superar esta situación. Por otro lado, los superávits tampoco son lo más deseable, pues esta situación puede ser el reflejo de una deficiente planificación y ejecución presupuestaria. Sin embargo, es necesario tener presente que los excesos de dinero no pueden ser gastados en atención al mantenimiento del *equilibrio presupuestario*, sino que dichos rubros deben tener fines con objetivos claramente definidos y no únicamente realizar gastos por visibilizar ejecución completa del presupuesto y una gestión forzosamente exitosa.

2. Principio de universalidad.- según lo expone Héctor Villegas, exige “que los gastos no sean compensados con los recursos, es decir, que tanto unos como otros figuren consignados por su importe bruto, sin extraer saldos netos. Así por ejemplo, los gastos de funcionamiento de la Aduana deben ser consignados por la cantidad total de recursos

²⁹ De la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*, 20.

³⁰ *Ibid.*

³¹ José María Martín, *Ciencia de las finanzas públicas* (Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna, 1976), 262.

recaudados por dicha entidad estatal”.³² En esta misma línea, Roberto Mordeglia ha escrito:

[E]l principio exige que para que el presupuesto sea representativo, aun en el caso de que haya organismos que tengan sus propios fondos o recursos, o les sean afectados determinados ingresos, no se compensen directamente con sus propios gastos y computen o lleven al presupuesto general sólo el saldo neto; sino que deben figurar la totalidad de los recursos y la totalidad de los gastos.³³

En este sentido, dicho principio permite conocer la práctica real de cada una de las instituciones que conforman el presupuesto general del Estado respecto de lo que recaudan, evitando que se confunda los recursos asignados con los gastos que la institucionalidad requiere.

3. Principio de unidad.- este principio requiere que todos los gastos e ingresos de un Estado se encuentren reflejados en un solo documento.³⁴ O dicho de otra forma:

[S]ignifica que todos los gastos e ingresos públicos deben ser agrupados en un mismo documento y ser presentados conjuntamente para su correspondiente aprobación legislativa. En consecuencia, [...], el principio de unidad disponía la existencia de un solo presupuesto anual y en el cual se hallasen reunidos, de un lado, todos los gastos públicos y, del otro, todos los ingresos del [E]stado.³⁵

En la actualidad, este principio que viene de una visión clásica del presupuesto, no ha dejado de tener la vigencia que merece o al menos no debería dejar de tenerla, sin embargo, debe estar apegado y contextualizado a la realidad de cada país.

Al respecto, el artículo 292 de la Constitución de la República del Ecuador indica que: “El Presupuesto General del Estado [...] incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la *seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados*”.³⁶

Esta excepcionalidad que incorpora la Constitución no significa que en estos cuatro sectores no exista inversión de dinero público o transferencias desde la administración central. Si bien la gestión de estos entes estatales no es del todo dependiente del Estado, requiere del contingente económico estatal para su desempeño.

³² Héctor B. Villegas, *Manual de finanzas públicas: la economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 2000), 390.

³³ Roberto Mordeglia, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: AZ Editora S.A., 1977), 439.

³⁴ De la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*, 20.

³⁵ Martín, *Ciencia de las finanzas públicas*, 268.

³⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 2008, art. 292. Énfasis añadido.

Esta situación viene dotada de una clara disminución de rol que el principio de unidad presupuestaria buscaba, la actual situación jurídica no permite tener claridad sobre la gestión del presupuesto en su totalidad. Con ello, no se intenta menospreciar por ejemplo, la importancia que tienen los gobiernos autónomos descentralizados de que su presupuesto no dependa únicamente de una administración central a su servicio. Este cambio supone una participación activa y capacidad de gestión presupuestaria.

En este sentido, la unidad del presupuesto sería de utilidad siempre que se logre aglutinar de manera responsable gastos e ingresos y que dicha información permita realizar una evaluación macro de todo el presupuesto del Estado, sin separar rubros que de una u otra manera también comprometen dinero público.

4. Principio de anualidad.- este principio básicamente “designa el término de aplicación de un presupuesto, el cual, conforme al criterio tradicional, debe ser anual”.³⁷ O como lo menciona Mordeglia, este principio “designa el término o plazo de aplicación de un presupuesto, el cual, [...], no debía ser votado más que una sola vez para todo el año financiero y autorizar los gastos públicos y estimar los recursos públicos por un año solamente”.³⁸

Sin embargo, se considera que el principio de anualidad, no puede presentarse como un límite a la herramienta de planificación o proyecciones, pues existen sectores de la economía estatal que requieren visiones más extensas, lo cual no obstruye la necesidad de que año a año existan reglas claras respecto de la utilización del presupuesto. Debe indicarse además que no podría pensarse en la planificación y organización de un presupuesto anual, sin la evaluación de las erogaciones totales realizadas anteriormente, además, sin haber analizado previamente los efectos positivos o negativos del presupuesto asignado a cubrir determinados planes u objetivos.

Como se ha expuesto, estos principios son únicamente normas macro que tal como lo considera el derecho, no son regla en lo absoluto, sino que sirven de guía referencial para la actuación financiera estatal. La importancia radica en la implementación de cada principio acorde al momento y la realidad que se evidencia en la sociedad, tratando de adaptar su funcionamiento para un manejo y control eficaz del erario público.

³⁷ Villegas, *Manual de finanzas públicas*, 398.

³⁸ Mordeglia, *Manual de Finanzas Públicas*, 265.

4.2. El presupuesto como ley en sentido formal y material

Desde el punto de vista de la formación jurídica tanto formal como material que han sufrido las leyes en general, el presupuesto público no escapa a dicha discusión doctrinaria. El escenario de la historia económica, política y jurídica del Estado, es en donde se han desarrollado diversas formas jurídicas aplicadas al tratamiento de los recursos del Estado cuyas prácticas otorgan legalidad al presupuesto.

Miguel Ángel Martínez y Leonardo García, doctrinarios europeos, sobre la distinción de ley formal y material en cuanto al presupuesto, indican que:

Históricamente se sostuvo que la Ley de Presupuestos era una ley meramente formal (es decir, tiene sólo la forma de una Ley), un simple vehículo para aprobar un Presupuesto concebido como un acto administrativo propio del poder ejecutivo; confrontándose así al planteamiento de que dicha ley lo es también materialmente, gozando entonces de naturaleza normativa y poder de innovación del ordenamiento precedente.³⁹

Sin embargo, esta distinción que se hace a la Ley de Presupuestos, buscaba la separación de significados de la ley, que en esencia no es atribuible a la norma jurídica. Darle diferente valor a una ley por la distinción de formal y material en el derecho presupuestario significaría un caos en su gestión y fines.

En este sentido, a nivel jurídico y en la lógica de la administración del presupuesto, se ha expuesto que: “la Ley de Presupuestos es una *ley en sentido pleno*. Materialmente contiene normas jurídicas vinculantes, tanto para las Administraciones Públicas, como para los particulares. Y, formalmente, se requiere que las Cámaras participen en el examen y enmienda de los Presupuestos formulados por el Gobierno, aprobándolos cada año como una ley más”.⁴⁰

En similar línea piensa Sainz de Bujanda, quien ha mencionado que: “La ley presupuestaria es una ley en la plenitud de su sentido: material, porque contiene normas jurídicas que vinculan a la Administración y a los particulares, y formal porque ha de ser aprobada por el órgano al que constitucionalmente corresponde la función legislativa”.⁴¹

En este sentido, a fin de conocer la situación jurídica del tratamiento del presupuesto público desde el punto de vista formal y material en el Ecuador, es pertinente realizar un análisis de la norma constitucional en la historia, para el efecto se analiza a

³⁹ Martínez Lago y García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, 190.

⁴⁰ *Ibid.*, 191.

⁴¹ Fernando Sainz de Bujanda en Miguel Ángel Martínez Lago, *Ley de presupuestos y constitución: sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria* (Madrid: Editorial Trotta, 1998), 57.

partir de la constitución del año 1978, la cual sufrió una serie de enmiendas por veinte años para después adoptar la constitución del año 1998 y finalmente la constitución del año 2008. Estas constituciones presentan distintas formas de abordar el ámbito presupuestario que se explican a continuación:

Tabla 1

Desarrollo histórico constitucional del tratamiento del presupuesto público en el Ecuador (1978 – 2018)⁴²

Constitución	Norma constitucional	Análisis
<p>Constitución Política de la República del Ecuador, 1978⁴³</p>	<p>Art. 70.- La formación de la proforma del presupuesto corresponde a la Función Ejecutiva.</p> <p>La respectiva Comisión Legislativa, con el asesoramiento del organismo técnico del Ejecutivo, conoce y discute la proforma presentada por éste y, en caso de discrepancias, informa a la Cámara, la que en un solo debate, las resuelve.</p> <p>Si no hubieren discrepancias o si éstas hubiesen sido resueltas por la Cámara, el presupuesto del Estado queda aprobado definitivamente y no puede ser objetado por el Ejecutivo.</p> <p>Art. 71.- El presupuesto se dicta anualmente y contiene todos los ingresos y egresos del Estado, destinados a la atención de los servicios públicos y a la ejecución de programas de desarrollo económico y social.</p> <p><i>En el se destina menos del treinta por ciento de los ingresos para la educación y para la erradicación del analfabetismo.</i></p> <p>Art. 72.- <i>La Cámara no expide leyes que deroguen o modifiquen las que establezcan ingresos comprendidos en el presupuesto, sin que, al mismo tiempo, establezca nuevas rentas sustitutivas o aumente las existentes.</i> La creación de nuevos gravámenes para el financiamiento del presupuesto se sujetará a lo dispuesto en esta <i>Constitución y en la ley.</i></p>	<p>Exactamente, hace cuarenta años atrás, en el Ecuador el tratamiento constitucional al presupuesto público normaba un proceso formal para su aprobación.</p> <p>Además, enfocaba su principal ámbito de acción en la educación y la erradicación del analfabetismo. Pese a que en el texto constitucional original existió un error de tipeo, respecto de la frase “destinar menos del treinta por ciento”, en la codificación del año 1984 ya aparece la corrección con la frase “no menos del treinta por ciento”, que deberá invertirse en el área educativa ecuatoriana.</p> <p>Por su parte, es importante considerar que la Constitución puso un candado que limita la posibilidad de modificar los ingresos del presupuesto del Estado a través de leyes, dando la facultad de hacer cambios únicamente si existieran nuevas formas de financiamiento.</p>

⁴² El énfasis de la norma constitucional me pertenece.

⁴³ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 800, 1979. Derogada.

<p>Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.⁴⁴</p>	<p>Art. 258.- <i>La formulación de la proforma del Presupuesto General del Estado corresponderá a la Función Ejecutiva</i>, que la elaborará de acuerdo con su plan de desarrollo y presentará al Congreso Nacional hasta el 1 de septiembre de cada año. El Banco Central presentará un informe al Congreso Nacional sobre dicha proforma.</p> <p><i>El Congreso en pleno conocerá la proforma y la aprobará o reformará</i> hasta el 30 de noviembre, en un solo debate, por sectores de ingresos y gastos. Si hasta esa fecha no se aprobare, entrará en vigencia la proforma elaborada por el Ejecutivo.</p> <p>En el año en que se poseione el Presidente de la República, la proforma deberá ser presentada hasta el 31 de enero y aprobada hasta el 28 de febrero. Entre tanto, regirá el presupuesto del año anterior.</p> <p><i>El Congreso no podrá incrementar el monto estimado de ingresos y egresos previstos en la proforma. Durante la ejecución presupuestaria, el Ejecutivo deberá contar con la aprobación previa del Congreso para incrementar gastos más allá del porcentaje determinado por la ley.</i></p> <p>Art. 259.- <i>El presupuesto general del Estado contendrá todos los ingresos y egresos del sector público no financiero, excepto los de los organismos del régimen seccional autónomo y de las empresas públicas.</i></p> <p>El Congreso Nacional conocerá también los presupuestos de las empresas públicas estatales.</p> <p>No se podrá financiar gastos corrientes mediante endeudamiento público.</p> <p>Ningún organismo público será privado del presupuesto necesario para cumplir con los fines y objetivos para los que fue creado.</p>	<p>A los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978, se expide una nueva norma constitucional que incorpora algunos cambios en materia presupuestaria.</p> <p>En cuanto a la aprobación del presupuesto, este sigue siendo un procedimiento formal a cargo del ejecutivo y del legislativo.</p> <p>El cambio implementado resulta grave en la administración del presupuesto público en cuanto se elimina la premisa que previamente indicaba que cualquier cambio o modificación se podrá realizar únicamente si existen formas restitutivas del financiamiento. Es decir, no aborda la posibilidad que existía previamente de que el Congreso no pueda emitir leyes modificatorias al presupuesto.</p> <p>Además, defensa nacional pasa a ocupar un lugar trascendental a nivel constitucional pues se permite inclusive la utilización de fondos reservados, pudiendo de esta forma ocultar montos presupuestarios so pretexto de brindar seguridad al país, destruyendo el principio de universalidad y unidad presupuestaria.</p>
--	--	--

⁴⁴ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 01, 1998. Derogada.

	El ejecutivo informará semestralmente al Congreso Nacional sobre la ejecución del presupuesto y su liquidación anual. Sólo para fines de la defensa nacional se destinarán fondos de uso reservado.	
Constitución de la República del Ecuador, 2008. ⁴⁵	Art. 292.- <i>El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado</i> , e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados.	La última constitución adoptada por el Ecuador, con ya diez años de vigencia, instituyó un tratamiento al presupuesto como un “instrumento” que sirve a las finanzas públicas para ordenar los ingresos y gastos. Se elimina por completo de la norma constitucional la idea de que el presupuesto no podía ser modificado por ley alguna, situación que contemplaba la constitución del año 1978.

Fuente: Constitución Política de la República del Ecuador, 1978; Constitución Política de la República del Ecuador, 1998 y Constitución de la República del Ecuador, 2008.
Elaboración propia

⁴⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*.

De la información presentada, en resumen se puede colegir que en la Constitución de 1978, los derechos y el financiamiento que estos requerían, se encontraban protegidos a través de la Constitución como norma suprema que garantizaba la inversión sin interrupciones de ningún tipo. Es decir, el presupuesto tenía fuerza normativa superior a nivel de todo el ordenamiento jurídico, pues una ley emitida por el Congreso no podía modificar el presupuesto aprobado. Cabe indicar que estas ideas se limitan a la interpretación de la norma más no a la realidad del momento. Con la Constitución del año 1998, el congreso no podía modificar los ingresos y gastos de la proforma presupuestaria, sin embargo, una consulta del ejecutivo al legislativo si lo podía hacer, pues ya no estaba vigente el candado normativo que en la constitución del año 1978 existía.

Cabe resaltar que en la transición de la Constitución de 1978 y sus diferentes codificaciones, y la Constitución de 1998, se aprobó en el año 1992 la primera *Ley de Presupuestos del Sector Público del Ecuador*, publicada en el Registro Oficial n.º 76 de 30 de noviembre de 1992.⁴⁶ Durante los aproximadamente 18 años de vigencia de esta ley, se realizaron cinco modificaciones.⁴⁷ La disposición derogatoria de la Ley de Presupuestos consta en el Registro Oficial n.º 306 de 22 de octubre de 2010.⁴⁸

En el 2008, no sólo que se retrocedió en cuanto a normativa constitucional sobre presupuesto, sino que se dejó una gran puerta abierta para que el destino de las inversiones del Estado tomen rumbo incierto y de paso descuiden elementos esenciales de control presupuestario. Si bien, la Constitución hace énfasis en áreas prioritarias hacia donde se destinará el presupuesto, la realidad es que la propia Constitución sentó las bases del actual sistema de corrupción y desfalcos económicos injustificados, al realizar una normativa constitucional ambigua y permisiva pues califica al presupuesto como un mero instrumento sin carácter de ley. A pesar de que para ese año seguía vigente la Ley de Presupuestos del Sector Público, a nivel constitucional ya no tenía el valor normativo que merecía, pues su tratamiento como *ley* había mutado a *instrumento*.

⁴⁶ Ecuador, *Ley de Presupuestos del Sector Público del Ecuador*, Registro Oficial Suplemento 76, 1992. Derogada.

⁴⁷ Ecuador, *Ley que reforma la Ley de Régimen Tributario Interno y la Ley de Presupuestos del Sector Público, Ley 18*, Registro Oficial 396, 1994; Ecuador, *Reforma Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público*, Registro Oficial Suplemento, 1996; Ecuador, *Reforma Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público*, Registro Oficial Suplemento 78, 1998; Ecuador, *Reforma Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público y Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana*, Registro Oficial Suplemento 144, 2000; Ecuador, *Reforma Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público*, Registro Oficial Suplemento 308, 2008. Derogadas.

⁴⁸ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Deroga Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público., Registro Oficial Suplemento 306, 2010.

Es preciso mencionar que la organización del presupuesto desde el punto de vista jurídico, en la Constitución del año 2008 presenta un gran desarrollo. Además de la definición previamente analizada, que hace el artículo 292 sobre presupuesto,⁴⁹ el artículo 120, numeral 12, indica que una de las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional como órgano legislativo, será: “Aprobar el Presupuesto General del Estado, en el que constará el límite del endeudamiento público, y vigilar su ejecución”.⁵⁰ Es decir, el presupuesto debe ser analizado y supervisado por el órgano legislativo.

Por su parte, el artículo 147, numeral 8, sobre atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, consta: “Enviar la proforma del Presupuesto General del Estado a la Asamblea”.⁵¹ Así también, el artículo 294 menciona: “La Función Ejecutiva elaborará cada año la proforma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrienal. La Asamblea Nacional controlará que la proforma anual y la programación cuatrienal se adecuen a la Constitución, a la ley y al Plan Nacional de Desarrollo y, en consecuencia, las aprobará u observará”.⁵²

Como se observa, la Constitución ecuatoriana sobre el Presupuesto General del Estado, no hace más que hablar de meras formalidades por las cuales ha de aprobarse un presupuesto año a año. La característica de ley presupuestaria en sentido pleno, es inexistente en el ámbito jurídico ecuatoriano, pues no existe forma constitucional de que el presupuesto sea ley en sentido material, es decir que posee un contenido mínimo de derechos y garantías para que los ciudadanos puedan reclamar su cumplimiento a través de la vía legal.

La importancia de que el presupuesto cumpla con garantías, tiene que ver con el propio mandato constitucional, y es que para dar cumplimiento al ejercicio de un derecho, es necesario que exista una ley en sentido pleno que no permita excesos en el nivel gubernamental. Pineda Garfias, al respecto ha indicado que:

La justificación de ello se encuentra en el hecho de que la Administración se enfrenta a la exigencia de atender necesidades públicas crecientes y complejas. Para el logro de este objetivo, el legislador puede establecer múltiples vías, entregando a los organismos

⁴⁹ El artículo 77 de la Ley Orgánica de Planificación y Finanzas Públicas del Ecuador, toma como base la definición de la Constitución, e indica lo siguiente: "El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos de todas las entidades que constituyen las diferentes funciones del Estado. No se consideran parte del Presupuesto General del Estado, los ingresos y egresos pertenecientes a la Seguridad Social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados". Véase: Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, 2010, art. 77.

⁵⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 120.

⁵¹ *Ibíd.*, art. 147.

⁵² *Ibíd.*, art. 294.

técnicos la facultad de apreciar no solo cuál vía adoptar, sino, además, cuándo hacerlo e incluso, bajo ciertos requisitos, la forma de hacerlos. Esta última circunstancia abre el campo para el ejercicio de las potestades discrecionales, mas no la de los actos arbitrarios.⁵³

Lo que sucede por lo tanto es que si se dota de legalidad formal y material a la administración presupuestaria, el principio de legalidad emerge para garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales a través del instrumento financiero conocido como presupuesto público. Además, dicha ley permitiría que el gobierno pueda actuar en beneficio de la población, para lo cual, no podrá desbordar el sentido por el cual se otorgó las facultades de la administración del presupuesto.

Sobre la situación que enfrenta la ley de presupuestos, se manifiesta Martínez Lago indicando:

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la Ley a la obtención de determinados resultados: por ello no puede la Administración Pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador, aun cuando aquellos respondan a la más estricta licitud y moralidad, pues lo que se busca es el logro de un determinado fin (digamos aquí la satisfacción de necesidades públicas de conformidad a la Constitución y las leyes) que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible este.⁵⁴

Por lo tanto, la discusión que a la que se intenta llegar en este punto, es que: “No se trata [...] de debatir acerca de si la Ley de Presupuestos es una ley formal o una ley material [...] como, por el contrario, de fijar cuál es el lugar de esta *Ley dentro de la Constitución y sus sistema de fuentes*, de delimitar su función, su contenido normativo y qué es lo que, constitucionalmente, tal Ley puede o no puede hacer”.⁵⁵

Sin embargo, esta discusión de conocer el lugar que ocupa el presupuesto en la Constitución es ya una discusión doctrinaria de avanzada a nivel de la doctrina española. Pues lo claro es que si en España han superado la etapa de la discusión de la ley presupuestaria en sentido formal y material, en Ecuador, el Presupuesto no es ni ley ni mucho menos ha superado la etapa de la discusión doctrinaria de su ámbito meramente formal de aprobación.

Se plantea entonces para el caso jurídico ecuatoriano, la necesidad que existe respecto de tomar al presupuesto en forma complementaria desde lo formal y lo material, pues una visión jurídica no puede ser excluyente de la otra. El presupuesto público posee

⁵³ Garfías, “Las Potestades Constitucionales del Gobierno y el Congreso Nacional en Materia de Gasto Público”, 275.

⁵⁴ *Ibíd.*, 377.

⁵⁵ Martínez Lago, *Ley de presupuestos y constitución*, 58.

sin duda una función no sólo distributiva asumida por el nivel gubernamental sino también social, que permita la garantía de derechos dirigida hacia todos los ciudadanos. En tal sentido, la naturaleza tanto formal como material del presupuesto público, debe ser transversalizada a través del derecho como un todo.

Finalmente, la visión jurídica debe ahondar en la búsqueda de prácticas administrativas presupuestales que direccionen recursos hacia las áreas más sensibles de la sociedad, entendiendo que no es correcto únicamente aquello que las prácticas políticas han desarrollado a través de las leyes como suficiente y que en el caso ecuatoriano han limitado el poder avanzar en la discusión de la ley presupuestaria en sentido pleno. Ahondar en el tratamiento de este tema permitiría verdaderamente cambiar realidades, permitiendo que el presupuesto cumpla con el objetivo que se planteó desde el inicio y no sea manejado en virtud de la coyuntura política del momento o de factores externos desvirtuados de la función social.

4.3. La herramienta de planificación en el presupuesto público

Es importante tomar en cuenta que el presupuesto público requiere de un instrumento a través del cual se pueda organizar los recursos en el Estado, para cuyos fines se hace referencia a la planificación. Sin embargo, dicha herramienta no es un documento de planes que deben seguirse rígidamente, pues si bien es una forma de coadyuvar a la gestión presupuestal, debe estar debidamente desarrollado en torno a posibles cambios, ajustes y/o fenómenos que puedan ocurrir en la realidad. En esta línea de pensamiento, Germán Puentes, ha indicado:

La planeación es ante todo un Estado de ánimo organizacional significativamente propositivo en vez de reactivo; es adelantarse a ciertas circunstancias tanto internas como externas a la organización y desatar los cursos de acción pertinentes, una vez se ha fijado el norte adecuado, para evitar o minimizar efectos perversos producto de la improvisación; es mirar lejos, al horizonte, y estar preparados para enfrentar la ola que se avecina, evitando posibles contratiempos por estar ocupados en dar el paso siguiente.⁵⁶

Por lo tanto, la planificación sucede en un amplio espectro de movimiento, es decir, no se puede limitar las acciones inmediatas y/o urgentes de un Estado, so pena de una planificación estricta. En este sentido, el presupuesto, como forma de llevar a cabo

⁵⁶ Germán Puentes González, *El presupuesto en el marco de la planeación financiera*, 8, consultado el 8 de mayo de 2018, <http://www.digitaliapublishing.com/a/46561/el-presupuesto-en-el-marco-de-la-planeacion-financiera>.

planes y programas, se inscribe en el marco de un procesos administrativo, cuyo primera etapa es la planeación, pues nos hemos persuadido que los recursos son cada vez más escasos y las necesidades cada vez mayores, por lo que esta actividad, está presente de manera consciente o inconsciente en el accionar de los gobiernos.⁵⁷

Sin el ánimo de desdeñar la importancia que posee la planificación de los recursos del Estado, es importante tener consciencia de que un proceso de planificación hoy en día requiere más que el anuncio de actividades o formas de organizar el erario público, lo que se requiere es un trabajo mayor que implique que las unidades encargadas de esta actividad en el gobierno, se dirijan a potenciar y desarrollar la capacidad de gestión estratégica, más que a planificar y presupuestar por programas.⁵⁸

Por lo tanto, la intervención del Estado no es simplemente poner en las manos de un aparato burocrático las decisiones presupuestarias, entendiendo que el Estado procurará el beneficio de todos. Detrás de este proceso, no sólo está la planificación como punto de partida sino también de llegada y de un análisis exhaustivo, pues según lo manifiesta Petrei: “Debemos preguntarnos qué incentivos existen en el gobierno para hacer tal o cual cosa, quién gana y quién pierde y si las buenas intenciones realmente se materializan en buenos resultados”.⁵⁹ El llamado es a observar la planificación presupuestaria no sólo desde la administración puramente económica, como lo plantea la teoría de las finanzas públicas, sino también mirando lo planteado por la teoría de las decisiones colectivas, es decir, fijándose en las fallas de los procesos políticos y ajustándolos.

Es preciso indicar que “los principales ajustes realizados en Europa durante los años ochenta y principios de la década de los noventa se han centrado en reforzar la posición de la autoridad financiera”.⁶⁰ Esta situación a su vez produjo que la asignación de recursos se realizara dentro del marco de referencia de las normas.⁶¹ Es decir, se dio importancia únicamente a la mera formalidad que cumple la ley del presupuesto público, olvidando su materialidad, que se evidencia por ejemplo a raíz de una planificación ordenada respecto de la participación social.

⁵⁷ *Ibíd.*, 1.

⁵⁸ Zapico Goñi, *¿De Burócratas a Gerentes? Las Ciencias de la Gestión Aplicadas a la Administración del Estado.*, 177.

⁵⁹ Petrei, *Presupuesto y control*, 8.

⁶⁰ Zapico Goñi, *¿De Burócratas a Gerentes? Las Ciencias de la Gestión Aplicadas a la Administración del Estado.*, 165.

⁶¹ *Ibíd.*

La enseñanza puede ser muy bien aplicada a la forma de gestión pública del presupuesto a nivel latinoamericano, pues las instituciones, burócratas y tecnócratas han descuidado la fuente de la administración presupuestal. La planificación hoy exige que sus metas inclinen la balanza hacia la organización presupuestaria y la equidad social. No se debe permitir la injerencia de deseos políticos o análisis meramente numéricos, sino que dicha planificación debe ser el instrumento que permita conocer nuevas y mejores formas de flexibilizar la economía de un Estado, a fin de no comprometer la garantía de derechos.

5. Introducción a los derechos sociales y la responsabilidad del Estado

La plena y efectiva vigencia de los derechos sociales se ha convertido en un reto para las diferentes formas constitucionales de estados implementados en el mundo y que acogen la práctica y garantía de acceso a dichos derechos. Los estados han tratado de regular su protección a través de leyes, planes y programas nacionales, políticas públicas, o la propia judicialización de estos derechos.

El estudio de los derechos sociales requiere la comprensión de la historia del surgimiento de los mismos. En este sentido, ante las grandes violaciones de los derechos humanos que se dieron en las dos guerras mundiales, la comunidad internacional comenzó a comprender que para lograr la verdadera efectividad de los derechos civiles y políticos que se habían reconocido hasta aquel entonces, era necesario avanzar y garantizar a los ciudadanos una verdadera *vida digna*, lo cual se conseguiría mediante el reconocimiento y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.⁶²

Es importante indicar que esta incorporación de derechos no sólo implica el reconocimiento de nuevas categorías o conceptos jurídicos sino que para el efectivo goce de los mismos, esta vez se requiere de la acción directa del Estado, que debe intervenir tomando un papel protagónico en esta nueva forma de asumir los derechos.

En la primera fase histórica de los textos constitucionales, la inclusión de los derechos sociales no llevó consigo el establecimiento de mecanismos jurídicos efectivos para su realización material y dicha protección estaba dada directamente a través de las

⁶² Erika Castro-Buitrago, Olga Cecilia Restrepo-Yepes, y Laura Victoria García-Matamoros, "Historia, concepto y estructura de los derechos económicos sociales y culturales", *Estudios Socio-Jurídicos* 9, núm. Especial (2007): 78.

actuaciones de los legisladores⁶³ o decisiones de quienes ostentaban el poder político, nos referimos en este caso a las constituciones de Weimar y Querétaro, cuya inclusión de los derechos sociales no implicó necesariamente incluir garantías para su efectivo goce. Además, dichos derechos estuvieron supeditados a las grandes crisis económicas de la primera mitad del siglo XX, obligando a los diferentes sectores sociales a reclamar políticas públicas que permitieran una redistribución del ingreso.

La lucha por la protección de estos derechos ha sido un proceso que año tras año ha ido configurándose y moldeándose en el Estado y en la sociedad y que en los albores del siglo XXI ha tomado mayor énfasis. En el Ecuador, la discusión de derechos sociales ha sido resemantizada por el paradigma del buen vivir que vino a replantear el orden lógico de la aplicabilidad de derechos. No existe un debate propiamente dicho de los derechos sociales como categoría especial frente a otros, sino más bien un debate que gira en torno al tratamiento de los derechos en general, este nace en el mandato del artículo 11, numeral 6 de la Constitución, el cual indica: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, *indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”.⁶⁴

Por lo tanto, la Constitución ha sentado las bases de un sistema igualitario en cuanto a aplicación de derechos, la reflexión que nace de esta norma inaugura una serie de situaciones que comprometen al Estado y a la sociedad a observar los derechos en conjunto y no en forma diferenciada. Lo principal en este punto es comprender que no existirá garantía de derecho alguno si no se comprende la interrelación que guarda uno con otro y la importancia del mismo nivel que poseen a la hora de ponerlos en práctica.

Para la aplicación de los derechos en forma integral y sistemática, Albert Noguera ha manifestado que:

“[L]a única manera posible de avanzar paulatinamente hacia el modelo de igualdad integral es un constitucionalismo que establezca los elementos que permitan la construcción de una ‘igualdad en acción’ permanente, esto es, un constitucionalismo no estático sino dinámico donde la igualdad se construya progresivamente a partir de una corresponsabilidad antagónica o conflictiva Sociedad-Estado y Sociedad-Sociedad”.⁶⁵

A este respecto, el autor nos plantea salir al espacio de las disputas de los derechos con la participación de la sociedad, a partir todos los frentes posibles que impulsen acciones desde el Estado hacia la sociedad y viceversa. El punto de partida de esta práctica

⁶³ *Ibíd.*, 79.

⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, núm. 6. Énfasis añadido.

⁶⁵ Albert Noguera Fernández, *La igualdad ante el fin del Estado Social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*, Libros del ciudadano (Madrid: Ediciones Sequitur, 2014), 175.

es la propia Constitución y su estructura jurídica dinámica que integra principios y valores propios de un constitucionalismo de avanzada, con criterios de inclusión y reinención de lo social.

La Constitución ecuatoriana si bien posee un conjunto de normas de compleja aplicación, esta contiene una serie de mandatos que dinamizan su sentido y aplicabilidad, específicamente cuando se refiere a los principios que guían la práctica de los derechos ha sido bastante clara. Según Noguera, “sólo en modelos de indivisibilidad de los derechos y de igual jerarquía y reconocimiento constitucional universal de todas las dimensiones de la igualdad puede darse un campo de lucha neutral e imparcial en el que las organizaciones populares de defensa de los derechos y el territorio pueden operar con posibilidades de éxito”.⁶⁶

Esta aseveración cabe perfectamente en el paradigma normativo constitucional ecuatoriano, sin embargo, es necesario anotar que esta apreciación es dada únicamente desde el punto de vista normativo para la aplicabilidad de derechos, pues se debe considerar que si bien la norma abre un espacio de lucha social para la conquista de derechos, también complejiza otros ámbitos normativos como el del presupuesto para la garantía de los mismos.

Los derechos en general en el Ecuador no han logrado ser prioridad de la inversión, planificación, gestión y/o administración estatal pese al gran desarrollo normativo que contienen a nivel constitucional. El presupuesto destinado a la cobertura de los derechos se ha visto gravemente afectado por decisiones políticas o de otra índole, las cuales han influenciado de forma negativa en los niveles de protección de derechos, situación que a lo largo del presente estudio será analizada.

5.1. Los derechos sociales como obligación positiva del Estado

Es preciso indicar que mucho se ha escrito en la doctrina respecto del alcance de los derechos sociales, y se trata de una discusión en la cual existen varias posiciones respecto de lo que debe hacer el Estado frente a la protección de estos derechos. La principal preocupación sin embargo, versa sobre el sector de la población que se encuentra en situación de pobreza o exclusión, a quienes resulta de mayor impacto en sus

⁶⁶ *Ibíd.*, 177.

condiciones de vida las acciones que bajo el paraguas del Estado puedan gestarse a favor o en contra.

La práctica de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales) por parte de los estados, ha tomado un papel secundario, pues la propia división de los derechos en categorías ha hecho que se dé más interés a los DCP (derechos civiles y políticos), pensando a los mismos como los derechos más importantes que deben ser tutelados. Sin embargo, lo que sucede es que:

A los DESC se les ha considerado, de manera generalizada, más como aspiraciones que como derechos propiamente dichos por una posición política, más no porque existan diferencias verdaderamente determinantes en cuanto al tipo de actuación que se requiere del Estado. Además, al acercarse a la realidad, no cabe duda sobre la imposibilidad de garantizar los DCP, sin un mínimo de cumplimiento de los DESC.⁶⁷

Queda claro por lo tanto, que la división categórica de derechos podría servir como una función meramente académica y o de identificación. Sin embargo, a la hora de efectivizarlos, todos poseen un mismo nivel de importancia, tan importante es dicha comprensión, que la no protección de uno de ellos, puede terminar en la vulneración de una serie de derechos en cadena.

En esta línea de pensamiento, Holmes y Sunstein, han escrito: “Los individuos gozan de derechos no en el sentido moral, sino legal, solo si su propio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren. Este punto tiene un efecto importante, dado que revela lo inadecuado de la distinción entre derechos negativos y positivos”.⁶⁸ La relación que se plantea permite visibilizar que la verdadera protección de derechos encierra una problemática que empieza entendiendo que existe una responsabilidad estatal que no puede tener límites de ningún tipo. Dicha situación es explicada en virtud de que no puede haber derechos legalmente exigibles, donde no hay deberes legalmente exigibles. Es decir, no se puede obtener la libertad personal, limitando la interferencia del gobierno en la libertad de acción y de asociación.⁶⁹

En similar línea de análisis, el desarrollo doctrinario latinoamericano nos deja varios aportes al respecto. Claudia Storini sostiene que: “La debilidad de la distinción entre derechos civiles y políticos como derechos negativos y derechos sociales como derechos positivos puede fácilmente demostrarse desde la consideración que todos los

⁶⁷ Julián Daniel López Murcia et al., *La garantía de los derechos sociales*, Colección Profesores. Pontificia Universidad Javeriana, No. 46 (Bogotá: Ibañez, 2009), 51.

⁶⁸ Stephen Holmes y Cass R Sunstein, *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2012), 63.

⁶⁹ *Ibíd.*, 64.

derechos tienen un coste y, al mismo tiempo perciben tanto obligaciones positivas como negativas”.⁷⁰

Por su parte, José Vicente Troya, explica: “Las cuestiones inherentes a la equidad del gasto y a la correspondiente asignación de recursos, respecto de los singulares habitantes de un país, tiene mayor relación con los DESC que con los derechos civiles y políticos”.⁷¹ Además, “no se puede desconocer que los DESC no han alcanzado el desarrollo de los derechos políticos y civiles y que ello se explica en buena manera por asuntos relativos al gasto público y a la falta de políticas que los prioricen”.⁷²

Estas posiciones destruyen la concepción tradicional de que los DESC no tenían la importancia que en su momento se quiso dar únicamente a los DCP. En este sentido, se considera que es un análisis jurídico que ha venido a replantear la aplicación de derechos en igualdad de condiciones. En el Ecuador, tal como se ha explicado previamente, esta discusión ha sido ampliamente superada y la lógica de los derechos sociales hoy se complementa con el paradigma del buen vivir y la norma constitucional que otorga igual jerarquía a la aplicabilidad de derechos.

Por otro lado, al hablar de la obligación positiva que tiene el Estado, se requiere abordar el tema de la justiciabilidad de los derechos. En este contexto, es importante destacar lo mencionado por Francisco Olivar, quién ha mencionado que:

La justiciabilidad no debe interpretarse como la panacea capaz de poner fin a todos los problemas que atentan contra la debida eficacia de los derechos sociales. En realidad, son los poderes públicos los que tienen la obligación de cumplir con los principios, dando cuerpo y configurando mediante una actuación incesante y siempre progresiva a los diferentes derechos.⁷³

Cada ciudadano es titular de derechos y por lo tanto puede reclamar la tutela de los mismos. Sin embargo, la justiciabilidad de los mismos ha hecho que quienes tienen la oportunidad o la forma de llegar a la justicia con sus reclamos, puedan hacer efectivo sus

⁷⁰ Claudia Storini, "Obligaciones del estado y efectividad de los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Derecho Económico Contemporáneo*, ed. María Elena Jara Vásquez, Primera Edición, Serie Estudios Jurídicos 39 (Quito: Corporación Editora Nacional - Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 39.

⁷¹ José Vicente Troya, "Los derechos económicos, sociales y culturales frente al gasto público en los órdenes nacional e internacional", en *Derecho Económico Contemporáneo*, ed. María Elena Jara Vásquez, Primera Edición, Serie Estudios Jurídicos 39 (Quito: Corporación Editora Nacional - Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 59.

⁷² *Ibíd.*, 63.

⁷³ Francisco Oliva Blázquez, "La justiciabilidad del derecho a la salud: desarrollos, retrocesos y tareas pendientes", en *Derecho Económico Contemporáneo*, ed. María Elena Jara Vásquez, Primera Edición, Serie Estudios Jurídicos 39 (Quito: Corporación Editora Nacional - Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 107.

derechos, relegando a una gran parte de ciudadanos que por no tener posibilidad para acceder al sistema de justicia, han quedado relegados de la posibilidad de acceder a un derecho.

En general, referirse a los derechos sociales, conduce a la discusión de la dimensión prestacional que estos poseen. Los derechos a prestación, en sentido estricto, según lo ha escrito Alexy, requieren una acción positiva del Estado, es decir, un derecho cuyo titular, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y tenga oferta suficiente en el mercado, podría obtenerlo también de personas privadas.⁷⁴ Esta aseveración busca mirar al Estado por un lado, como el núcleo a través del cual se ha de gestionar la protección de derechos, sin embargo, Alexy también considera que los ciudadanos pueden acceder a los derechos sociales a través de medios privados, lo cual únicamente requiere actuaciones del Estado en cuanto a permitir el acceso a bienes o servicios.

Sin embargo, la discusión en este punto origina la necesidad de identificar aquellos bienes o servicios que el Estado debe brindar y qué sucede, en una sociedad como la ecuatoriana, en donde las personas en su gran mayoría, poseen medios económicos limitados para el acceso a los servicios de salud. En este sentido, se considera que no se puede agotar la definición del carácter prestacional de dichos derechos en sentido estrictamente subjetivo y laxo, sino que se debe ahondar en la objetividad y practicidad del problema, especialmente, cuando de la salud se trata.

En el Ecuador, no se puede pensar únicamente en el carácter prestacional del derecho como permitir por ejemplo la entrega de un servicios de salud a cambio de un costo, pues se estaría limitando la capacidad de que todos los ciudadanos y ciudadanas accedan a la salud, esto exige por lo tanto una situación de complejidad en manos del Estado, que deberá apuntar al diálogo con la comunidad en el desarrollo de la normas, acciones institucionales organizadas y responsables por ejemplo con el presupuesto público y la propia exigibilidad del derecho a través del sistema judicial.

Según Gargarella, hablar sobre el tema de la protección de los derechos sociales es muy difícil, simplemente, porque a pesar de la obvia importancia que poseen estos derechos, a pesar de estar consagrados en los principales instrumentos internacionales, a pesar de estar explícitamente incluidos (en mayor o menor medida) en casi todas las constituciones modernas, y a pesar de estar arraigados en lo mejor de las tradiciones

⁷⁴ Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Primera edición (Madrid, España; México, D.F.: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Distribuciones Fontamara, S.A., 2010), 50.

políticas e intelectuales de occidente, los derechos sociales en la actualidad, siguen encontrando graves obstáculos para su implementación y protección, tanto a nivel político como judicial. La mayoría de democracias modernas se enorgullecen del modo en que defienden los derechos civiles y políticos como el derecho de libertad de expresión, la libertad de cultos u otros, pero empalidecen cuando se les pregunta por el modo en que protegen la salud de sus habitantes.⁷⁵

El autor se refiere a la gran crisis que los derechos están teniendo, los estados son cada vez más sofisticados y altamente burocráticos, los sistemas de salud por ejemplo, han avanzado en la implementación de nuevas tecnologías y formas de afrontar las enfermedades con el desarrollo de la industria farmacéutica. Sin embargo, la población sigue muriendo a causa de que los estados aún no han podido implementar formas efectivas de prevenir, tratar, aliviar y controlar los efectos de las enfermedades. Es decir, se no han concientizado de la responsabilidad de acción *positiva* que posee el Estado y sus burócratas, frente a los derechos en general, y quienes lo han hecho, no poseen el poder necesario para propiciar los cambios urgentes.

5.1.1. El rol del presupuesto público para la protección de los derechos sociales, aproximaciones al derecho a la salud

Dentro de las responsabilidades que son dadas al aparato estatal para el aseguramiento de la calidad de vida de las personas, se encuentran una serie de herramientas entre las cuales aparece el presupuesto público. La materialización de derechos sin duda requiere inversión, cuyas asignaciones se encontrarán justificadas en la búsqueda del desarrollo de la sociedad.

La financiación de derechos a través de los ingresos generados por los impuestos, implica que los derechos son bienes públicos, es decir servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual de los ciudadanos.⁷⁶ No se puede hablar por lo tanto de formas de protección de derechos, si no contamos con un mínimo de presupuesto que contribuya a la realización de los mismos, lo contrario simplemente, sería pensar por ejemplo que para proteger el derecho a la salud no es necesario invertir en equipamientos hospitalarios, comprar

⁷⁵ Roberto Gargarella, “Recuperar los derechos sociales”, ed. Cass Sunstein, *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, núm. 99 (2005): 17.

⁷⁶ Holmes y Sunstein, *El costo de los derechos*, 69.

medicamentos, educar profesionales de salud, generar programas de educación nutricional ciudadana, financiar campañas de prevención o construir hospitales.

La doctrina latinoamericana, ha realizado algunos aportes sobre este tema. La situación que se pretende visibilizar refleja la realidad que vive nuestra región, por lo que se ha mencionado lo siguiente:

La implementación de los derechos constitucionales fundamentales, en todos los casos, depende de una mayor o menor erogación presupuestaria. De manera que, despojar a los derechos prestacionales como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable, entre nosotros de su carácter "fundamental" por implicar erogaciones, resultaría no sólo confuso sino contradictorio.⁷⁷

Los derechos fundamentales representan la forma constitucional a través de la cual Colombia ha identificado los derechos que deben ser de primordial asistencia por parte del Estado, pese a que jurisprudencialmente en este país ya se ha dicho que todos los derechos son fundamentales. El caso ecuatoriano, no ha identificado un grupo específico de derechos como fundamentales, sino que su Constitución indica que todos los derechos poseen igual jerarquía. La práctica sin embargo, conduce a un solo camino, y es a pensar en la imperante necesidad que todo el tiempo tienen los derechos de contar con un presupuesto público presto a atender las crecientes necesidades sociales.

López Murcia y otros, han indicado que para la garantía de los derechos sociales, la modelación matemática hace parte del instrumental utilizado en la economía, sin que eso signifique que deba sustituirse el debate político, en ese sentido no hay tal exclusividad de los economistas para la definición de las políticas públicas relacionadas con derechos sociales, ni de ningún otro índole.⁷⁸ Es decir, no debe dejarse únicamente los expertos económicos a decidir sobre las formas de inversión del presupuesto, pues de por medio, debe existir un debate social. Además, el análisis económico debe entenderse como parte fundamental del equipo de herramientas con las que cuenta el Estado para conseguir la garantía de los derechos sociales, sin que se trate de la más determinante o de la única forma que posee el Estado para la garantía de los mismos.⁷⁹

En concordancia con dicha aseveración, se debe entender entonces que el Estado no sólo actuará respecto de sus alcances económicos o presupuestarios y sus formas de distribución, sino que deberá plantearse la toma de un rol protagónico, que le permita integrarse en la sociedad en la generación de planes, programas, políticas públicas y/o

⁷⁷ López Murcia et al., *La garantía de los derechos sociales*, 119.

⁷⁸ *Ibíd.*, 55.

⁷⁹ *Ibíd.*, 53.

reglamentaciones, que transversalicen las demandas sociales, promoviendo de esta manera acciones de cambio estructural al interior de la población.

Cuando el autor menciona el hecho de que la economía no es la única forma de asegurar la protección de derechos, implícitamente invita a pensar en que el capital no es condición única para poder garantizar el acceso a derechos, lo cual posiciona al aparato estatal en una esfera de actuación mucho más amplia. Si bien, el presupuesto es fundamental para alcanzar las metas de desarrollo, este constituye uno de los elementos que deberá conjugarse con un adecuada planeación, un análisis social de factores que determinan las condiciones de vida de una y otra población, una adecuada organización profesional de quienes dirigen las finanzas públicas, una gerencia comprometida y en general, cuentas claras de los egresos e ingresos del presupuesto estatal.

En este sentido, se describe a continuación algunos aportes realizados al respecto. Virginia Leary, sobre el derecho a la salud, ha indicado que contrariamente a lo que se piensa, no existe ninguna relación directa entre (falta de) recursos y (mala) salud. Aún con pocos recursos, los países pueden hacer mucho para fomentar la salud y evitar enfermedades pues más allá de la cantidad de recursos, debe evaluarse la capacidad y disposición del Estado en la utilización más eficaz de recursos escasos que no limitan de ninguna manera el hecho de que sean países desarrollados o en vías de desarrollo.⁸⁰

Por su parte, Brian Abel-Smith, a través de una investigación, ha indicado lo siguiente:

Un estudio de seis países (Ceilán, Checoslovaquia, Chile, Estados Unidos de América, Israel y Suecia) muestra poca relación entre los desembolsos per cápita en la esfera de la salud y el nivel sanitario medido por las tasas brutas de mortalidad. Ceilán, que tiene el nivel más bajo de gastos (5.60 dólares per cápita anualmente, en comparación con 133.70 dólares para Estados Unidos) tenía tasas de mortalidad inferiores a los de cualquiera de los otros seis países, con excepción de Israel. En Israel, con las tasas brutas de mortalidad más bajas, tenía los segundos niveles más bajos de desembolsos.⁸¹

En este sentido, los señalamientos antes mencionados, no pretenden deslegitimar la necesidad presupuestaria en la protección de derechos. Simplemente, lo que se trata de comprender es la necesidad latente de que el Estado tome parte activa en la planificación del desarrollo a través de la protección de los derechos, que si bien vienen sujetos a erogaciones económicas, los mismos pueden y deben complementarse en el nivel

⁸⁰ Virginia Leary en Víctor de Currea Lugo, Natalia Paredes Hernández, y Mario Hernández Álvarez, *La salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, 1a ed (Santafé de Bogotá: Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo : ILSA : PROVEA, 2000), 75.

⁸¹ Brian Abel-Smith en Benjamín Higgins, "Planificación de las Asignaciones para el Desarrollo Social", *Investigación Económica* 31, núm. 123 (1971): 606.

administrativo, profesional, investigativo y social, para una mayor eficiencia en su ámbito de aplicación.

Con relación a lo expuesto previamente, el Comité de Derechos Humanos, consciente de las prácticas de los estados frente a la protección del derecho a la salud, ha hecho su pronunciamiento indicando:

No hay que permitir que se atribuya a factores económicos externos la imposibilidad de lograr lo previsto en el sector de la salud. Este puede hacer mucho por optimizar el empleo de los recursos disponibles y, mediante una acertada planificación financiera y estrictos procedimientos administrativos reducir el derroche e incrementar la eficiencia.⁸²

La intención como se ha mencionado anteriormente, es lograr revertir los discursos que muchos países han posicionado atribuyendo a que la falta de recursos es condición permanente para la perpetuación de las realidades degradantes que poseen en la actualidad los derechos sociales.

Por ejemplo, la atención en salud en muchos países, especialmente latinoamericanos, ha observado al *hombre enfermo* como medio de lucro, intentando mercantilizar la salud a través de medicinas extremadamente costosas, sistemas de salud público poco eficientes e inclusive falta de profesionales en determinadas áreas médicas. Dicha situación a su vez, ha provocado que muchas personas opten por el uso de servicios de salud privados, el problema radica en que quienes no poseen los recursos suficientes, simplemente les queda la espera del deterioro de su cuerpo y la muerte.

Por su parte, Carbonell ha explicado que para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles, no obsta el hecho de que un país se encuentre en un periodo de ajuste estructural o pasando por una crisis económica, pues aparte de los derechos fundamentales que están vigentes en todo tiempo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor importancia toman las obligaciones estatales para lograr satisfacer la efectividad de los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.⁸³

En este sentido, existe una clara responsabilidad por parte del Estado de precautelar la protección de derechos inclusive en tiempos de crisis, lo que correspondería es analizar si en caso de que esto suceda, efectivamente las políticas del Estado se

⁸² Comité de Derechos Humanos (ONU) en Currea Lugo, Paredes Hernández, y Hernández Álvarez, *La salud está grave*, 76.

⁸³ Miguel Carbonell, *La protección judicial de los derechos sociales*, Primera Edición, Serie Justicia y Derechos Humanos (Quito, 2009), 84.

permitirán o no descuidar la inversión social, siendo conscientes de los graves efectos que podrían causar en la sociedad el desatender un sector de gran importancia como la salud, educación, vivienda, elementos indispensables para la vida humana.

Por otro lado, existen posiciones como la desarrollada por Uprimny y García, quienes aseveran que dado que solo existen recursos limitados, el deber del Estado no consiste en proveer inmediatamente todos los servicios de salud que requieren las personas, sino que se debe limitar a unos componentes básicos de requerimiento de medicamentos. A partir de estos “mínimos” el Estado tiene la obligación de desarrollar progresivamente la satisfacción de ese derecho. La extensión de dichos planes según los mencionados autores, dependerá de la disponibilidad de recursos y del propio debate democrático.⁸⁴

Respecto a dicha posición, los autores aceptan el desarrollo progresivo del derecho a la salud, lo cual implica que la única manera de avanzar en la protección de este derecho, es en virtud de los ingresos económicos de los estados, es decir se justifica al capital como condicionante de la realidad social y de las acciones que el Estado pueda impulsar. Frente a posiciones como esta, la doctrina ha desarrollado algunas aseveraciones indicando que se ha pretendido entender a la progresividad como una característica que no impone obligaciones inmediatas al Estado, es decir en la práctica se acepta una demora indefinida en el cumplimiento de las obligaciones propias del Estado.

Por lo tanto, la progresividad no puede significar la postergación de obligaciones en la satisfacción del derecho a la salud, sino que los estados están en la obligación de tomar inmediatamente las medidas que sean necesarias, tomando en cuenta que la obligación del alcance progresivo existe independientemente del incremento de los recursos y más bien lo que se debe comprender es la necesidad de hacer un uso efectivo y responsable de los recursos que se poseen.⁸⁵

La idea de progresividad, doctrinariamente ha sido mal utilizada y desarrollada, pues no se debe pensar en condiciones económicas mayores para avanzar hacia una mejor calidad de servicios de salud, sino que si habla de *progresividad*, este término debería implicar la no regresividad o la irreversibilidad de los logros alcanzados que de ninguna manera, dicho concepto debería estancar a los estados en su labor diario de avanzar en una mejor práctica y desarrollo de políticas de salud para sus ciudadanos.

⁸⁴ Rodrigo Uprimny y Villegas García, *La Reforma a la Tutela. ¿Ajuste o Desmonte?*, Universidad de los Andes, Revista de Derecho Público (Bogotá, Colombia, 2002), 33.

⁸⁵ Currea Lugo, Paredes Hernández, y Hernández Alvarez, *La salud está grave*, 77.

Someter a los DESC a una supuesta cláusula de progresividad no es más que regresar a la caduca idea que separaba a los derechos en categorías, en donde los DCP merecían todo tipo de erogaciones presupuestarias a fin de alcanzar su tutela máxima. Esta concepción ha sido ampliamente rebatida, pues como se ha indicado, todos los derechos sin distinción alguna, poseen un mismo nivel de importancia, especialmente el tema de la salud, sin cuyo cuidado, no es posible la perpetuación de una vida en condiciones de dignidad humana.

Reforzando lo antes mencionado, Ronconi indica que los estados no pueden darse por satisfechos con el reconocimiento de un mínimo del derecho, porque el cumplimiento de los derechos prestacionales es progresivo, lo que significa que este cumplimiento debe ir en aumento y no puede quedarse estático con respecto a determinadas prestaciones. Así, los principios de realización progresiva y de no regresividad son conceptos destinados a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad, porque exigen que sea el Estado quien deba justificar que ha hecho todo lo posible para satisfacer el derecho.⁸⁶

Con todo lo expuesto, queda claro que existe un nivel de acción que aún no ha sido asumido por la gran mayoría de los estados, principalmente latinoamericanos, pues pese a que las contribuciones y experiencias desarrolladas a nivel nacional e internacional han sido claras en que no se debe descuidar y mucho menos desvirtuar la aplicación de los derechos sociales por motivos económicos, se siguen suscitando grandes problemas.

Esta situación coloca una vez más en un alto grado de vulnerabilidad a aquellos cuyos ingresos económicos no permite costear gastos de salud. En este sentido, el Estado se convierte en el garante de derechos, cuyas acciones deberán propender a que la población posea plenas facultades para el ejercicio de sus derechos. No se trata simplemente por ejemplo, intentar universalizar la salud, se trata de que en efecto, la salud sea universal, para que no siga siendo privilegio de quienes pueden pagar por dichos servicios o de quienes tienen la oportunidad de acceder al sistema de justicia.

6. El control constitucional del presupuesto público

Introducir el tema del presupuesto público al ámbito del control constitucional, resulta ser una forma de vigilancia que posee el mismo Estado sobre las cuentas públicas.

⁸⁶ Liliana M. Ronconi, "Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos", *Salud Colectiva* 8 (agosto de 2012): 133.

Aunque parecería contradictorio pensar en órganos estatales invirtiendo y controlando la eficiencia de la administración presupuestaria, no lo es, y en este sentido, la separación de funciones en el Estado, juega una tarea fundamental. El mandato constituyente del pueblo plasmado en su constitución, entrega a un órgano jurisdiccional independiente, parte del poder judicial, la capacidad de proteger los enunciados constitucionales, libre de las presiones que podrían ejercer otras funciones del Estado o intereses políticos de por medio.

Las constituciones contemporáneas prevén la exigencia de poner un límite al poder político, lo cual sin duda, representa el factor determinante de la adopción de sistemas de justicia constitucional que hoy en día encontramos de manera generalizada en diferentes ordenamientos estatales”.⁸⁷ Este límite al poder político es la parte esencial a tomar en cuenta en la creación de instituciones capaces de defender la Constitución y el mandato del pueblo reflejado en ella.

En este sentido, la doctrina europea sobre la justicia constitucional ha indicado que consiste en incluir tanto los supuestos de ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces ordinarios,⁸⁸ como aquellos casos en los que dicha función se ha confiado a jueces instituidos ad hoc, por regla general denominados tribunales constitucionales.⁸⁹ Sin embargo, sobre el tema de justicia constitucional, se debe tener presente que:

La realización de la justicia constitucional se ha producido en los diversos países con distintas modalidades, incluso dependiendo de las diferentes exigencias prácticas que se han realizado en los mismos, de manera que han resultado profundamente diferenciales

⁸⁷ Alessandro Pizzorusso, *Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Junta General del Principado de Asturias. Universidad de Oviedo, Fundamentos Nro. 4 (España, 2006), 240.

⁸⁸ El Tribunal Constitucional de España ha desarrollado una serie de sentencias respecto de la inconstitucionalidad de la ley de presupuestos. Los casos a continuación descritos, son ejemplo de ello: 1. Caso1: “Sentencia 99/2018, de 19 de septiembre de 2018 (BOE núm. 247, de 12 de octubre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad 1572-2017. Interpuesto por la Defensora del Pueblo respecto de la disposición adicional decimotercera de la Ley 18/2016, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2017”. Sentencia: “Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional decimotercera de la Ley 18/2016, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2017”. 2. Caso: “Sentencia 97/2018, de 19 de septiembre de 2018 (BOE núm. 247, de 12 de octubre de 2018). Recurso de inconstitucionalidad 1643-2016. Interpuesto por la Presidenta del Gobierno en funciones respecto de diversos preceptos de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco”. Sentencia: “Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional decimotercera de la Ley 18/2016, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2017”. Véase: España Tribunal Constitucional de España, accedido 23 de octubre de 2018.

⁸⁹ Pizzorusso, *Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 239.

las experiencias a las que debemos mirar para hoy reconstruir, desde un punto de vista esencialmente teórico, sus principales variantes.⁹⁰

Como se ha expuesto, las diferentes formas de ordenar el control constitucional varían en uno y otro país, sin embargo, la meta deseable es clara, y es que se requiere un poder judicial independiente del poder político que salvaguarde los principios constitucionales, permitiendo de este modo, que las resoluciones emanadas por el órgano de control constitucional, genere reglas de aplicación erga omnes, para casos análogos. Esta práctica jurídica permitiría además, la celeridad en los procesos y que los ciudadanos no deban esperar llegar hasta los órganos de control constitucional para que le sean tutelados sus derechos.

El control constitucional deberá encontrar su límite en el mandato constitucional, por lo cual, se podría argumentar que el fin último es precautelar la verdadera garantía o tutela de derechos que han sido consagrados para las y los ciudadanos.⁹¹ En este sentido, como ya se ha explicado, hablar de derechos sociales implica erogaciones presupuestarias, sin embargo, cabe mencionar que no por tratarse esta investigación de un estudio de dichos derechos, considera a los mismos como la inversión única o más importante a la que se debe el Estado, pues es claro que existen una serie de demandas sociales que deben ser atendidas.

Frente a ello, es necesario comprender la dimensión que un presupuesto público responsable cumple en el desarrollo de la sociedad. Para ello, el derecho como rama jurídica reguladora cumple un rol trascendental, pues podrá garantizar la efectividad de los derechos, si consigue formas eficientes de organizar y controlar al presupuesto.

Sobre este tema, es preciso mencionar los aportes que ha desarrollado críticamente la doctrina latinoamericana, mencionando lo siguiente:

⁹⁰ *Ibíd.*, 240.

⁹¹ La Corte Constitucional (CC) en sentencia de 22 de marzo de 2016, No. 019-16-SIN-CC, Caso No. 0090-15-IN, ha indicado: “Las garantías normativas implican que los órganos encargados de la producción normativa infraconstitucional deben observar y guardar coherencia prima facie con el contenido de la Constitución de la República al momento de producir disposiciones normativas. Aquello denota que el legislador dentro de su contexto democrático, debe garantizar derechos a través de leyes; sin embargo, para complementar aquella tutela y lograr una eficacia de la norma jurídica se requiere también un desarrollo normativo a través de regulaciones acordes a la normativa constitucional”. Además, en la sentencia de 06 de febrero de 2013, No. 001-13-SCN-CC, caso No. 0535-12-CN, la CC indica: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. De manera general, las juezas y jueces aplicarán las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas. Sin embargo, en caso de que el juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, debe suspender la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional”. Véase: Sitio web Corte Constitucional del Ecuador, www.corteconstitucional.gob.ec

La economía ha solido desconocer la importancia que tiene la dimensión normativa y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado del desarrollo, mientras que el olvido de los condicionamientos económicos puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales.⁹²

Dicha aseveración establece la relación intrínseca que posea la economía y el derecho, tomando en consideración que no se puede tomar decisiones de carácter económicas que no tengan en cuenta la normativa constitucional, es decir no se puede desviar recursos hacia un sector en detrimento de otro. Así mismo, los órganos de justicia no podrían estar desvinculados del ámbito económico del Estado, para hacer justicia se requeriría conocer la situación económica del país. Esto, de ninguna manera implica pedir amplios conocimientos a abogados ni a economistas como decisores públicos, sino más bien requiere que cada uno de ellos, en sus áreas del conocimiento observen la *dinámica objetiva* de las prácticas sociales y elaboren sus decisiones.

Por lo tanto, “preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática de un país [...], con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza”.⁹³ Situación que se vive especialmente en países como el Ecuador, en donde aquel discurso de acabar con la pobreza, debe orientar no sólo a fomentar políticas de empleo o inclusión económica, sino que debe empezar por brindar a los ciudadanos la garantía de sus derechos sociales a través de un presupuesto justo, lo cual sin duda mejorará la calidad de vida de las personas y el desarrollo colectivo.

En este contexto, la idea de someter a control constitucional al presupuesto público no requiere perseguir a quienes ejecutan el presupuesto y mucho menos invalidar la necesaria importancia de la separación de poderes. Sin embargo, la responsabilidad de *hacer* que tiene el Estado, se reflejan en la lógica de trabajo en conjunto que llevará tanto el ejecutivo, legislativo y judicial a encaminar el destino de la inversión pública. El control constitucional viene a reforzar la garantía de derechos en el Estado, permitiendo que no existan desfalcos, crisis, desvíos innecesarios de dinero, gastos injustificados, que no estén atados a compromisos o formas de garantizar los derechos de los ciudadanos.

⁹² Rodrigo Uprimny, *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ed. Germán Burgos Silva, Textos de aquí y ahora (Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA., 2003), 319.

⁹³ *Ibíd.*, 351.

Es pues válido exigir de los jueces que tomen en cuenta los conocimientos especializados de las materias sobre las cuales van a tomar una decisión. Pero una cosa es exigir esa consulta a expertos, y otra muy diferente es sostener que los jueces solo pueden decidir en las materias en que sean ellos mismos especialistas, por lo cual la Corte Constitucional [...] no puede conocer de asuntos económicos y debería existir una sala económica para esas materias. Si esa crítica fuera válida, entonces debería también ponerse en funcionamiento una “sala médica” para estudiar los derechos de los pacientes, una “sala antropológica” para decidir los casos de comunidades indígenas [...]. Esa fragmentación de la justicia constitucional aumentaría considerablemente la inseguridad jurídica, pues no existiría un órgano de cierre, con la facultad de unificar la interpretación de la Constitución.⁹⁴

En este sentido, no se requiere de juezas o jueces expertos en materia de finanzas públicas, ni mucho menos de técnicos o especialistas que puedan resolver conflictos de índole económica. La idea es que el órgano constitucional conjuntamente con sus jueces, escuchen a los especialistas sobre el tema, soliciten ayuda de informes técnicos y/o periciales que permitan comprender la situación económica que posee el Estado y a así, poder ejercer control constitucional.

Debe entenderse que no se trata de que los jueces determinen las formas en cómo se va a direccionar el presupuesto en los distintos sectores de la economía, pero sí de que realice un control que permita observar la gestión de los derechos a través de dicho presupuesto. Es decir, se requiere de una justicia dialógica, que observe tanto al aparato estatal con su presupuesto, la Constitución como norma suprema y las necesidades de la sociedad.

Los planteamientos aquí desarrollados si bien han sido el objeto sustancial de la creación de órganos como los tribunales constitucionales, la experiencia nos muestra prácticas viciadas por el poder político. Controlar el presupuesto es aún un reto mayor que no ha sido implementado en nuestros órganos estatales, supuestamente independientes. La teoría requiere grandes exigencias para una verdadera distribución de las riquezas, sin embargo, la práctica requiere mayor consciencia social y una activa intervención del órgano judicial especializado, que garantice la efectividad de los derechos de las y los ciudadanos que han sido consagrados en la Constitución.

⁹⁴ *Ibíd.*, 328.

7. El Estado constitucional de derechos, a la luz de la protección de los derechos sociales

Los diferentes desarrollos teóricos y doctrinarios desarrollados previamente, son aportes que direccionan la construcción del Estado constitucional de derechos. En este sentido, debe entenderse que sobre la base de dicha concepción de Estado, se organizará la práctica de los derechos sociales, cuya función ha sido garantizada a través de la Constitución.

La comprensión del significado de este tipo de Estado, conlleva una aplicación diferente de los derechos como principios rectores del ordenamiento de la sociedad, cuyo valor es superior y permite observar al ser humano, sus derechos y garantías como principal punto de partida de dicha reflexión. En este sentido, “afirmar que el Estado constitucional es un modelo evolucionado del Estado de derecho, [...] marca un punto clave en la evolución de las relaciones entre el poder y el derecho, pues con él queda asentado, con un grado de rigor elevado, el sometimiento del poder al derecho”.⁹⁵

Dicha aseveración cambia profundamente la relación clásica que se existía del ejercicio del poder, pues el derecho era instrumento de legitimación de excesos y abusos, hoy lo que se pretende es desmontar dicha falacia y comprender que existe un instrumento normativo con valor supremo que no permite que el poder escape a sus mandatos sino que actúe en concordancia con ellos.

Sobre el paso de un Estado de derecho legislativo a un Estado constitucional, Zagrebelsky⁹⁶ ha indicado: “la importancia de [esta] transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración”.⁹⁷ Por lo tanto, no se trata de una ilusión jurídica, sino que las normas constitucionales llegan a ordenar la praxis jurídica, imponiendo una verdadera certeza de hacia dónde deben dirigirse las acciones del Estado. En este sentido, debe considerarse que: “Las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos fenómenos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”.⁹⁸

⁹⁵ Antonio M. Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Colección Estructuras y procesos (Madrid: Trotta, 1997), 41.

⁹⁶ Sobre Estado Constitucional de Derechos también han hecho sus aportes doctrinarios, autores como: Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell, Antonio Pérez Luño.

⁹⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Clásicos de la cultura 4 (Madrid: Editorial Trotta : Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, 1995), 33.

⁹⁸ *Ibíd.*, 39.

Lo importante en este punto es comprender que la constitución cumple con una función unificadora y orientadora de la creación de normas infra constitucionales que regulan la aplicación de la decisión soberana planteada en el texto de la constitución. Esto implica un reto importante para todas las funciones del Estado, pues todas ellas deberán sustentar sus actividades sobre el marco normativo de la constitución.

Sobre este tema, Peña Freire indica: “El constitucionalismo [...] no es sino un intento de superar esta debilidad estructural de lo jurídico. La afirmación del carácter jurídico e inmediatamente vinculante de la constitución, su *rigidez* y la cualificación de determinados referentes jurídicos, como son los derechos fundamentales, vinculantes a todo poder, son ejemplos de este proceso”.⁹⁹ Se reafirma entonces la premisa de que el Estado en su conjunto se debe a la práctica de una constitución que se entiende garantista de derechos, pues en el Estado constitucional, “la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”.¹⁰⁰

Los conceptos previamente señalados nos llevan a analizar la Constitución ecuatoriana como punto indispensable en la discusión jurídica presente. Sobre este tema y las particularidades que la Constitución presenta, Marco Navas plantea que:

Desde una visión compleja habrá que ver a la Constitución en varias dimensiones. En principio, como un proyecto político, pero uno que refleja en un solo cuerpo una amalgama de voluntades e intereses; y en segundo lugar, como un dispositivo jurídico, esto es vinculante, pero cuya trayectoria depende de cómo es interpretada a lo largo del tiempo.¹⁰¹

Por lo tanto, la Constitución tiene un paradigma de construcción en cuanto a su dimensión jurídica, de gran relevancia y desarrollo en favor de los derechos, sin embargo, la dimensión política sigue siendo un campo de batalla muy arduo, es justamente a través de la voluntad política que la sociedad podrá articularse en armonía con la constitución. En este sentido, “el Estado Constitucional es un modelo en el que las normas constitucionales son plenamente vinculantes”.¹⁰² Con todo ello, es posible decir que si bien la Constitución prevé una serie de paradigmas progresistas de plena aplicación

⁹⁹ Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, 59.

¹⁰⁰ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 34.

¹⁰¹ Marco Navas Alvear, “El concepto de Estado en la Constitución Ecuatoriana”, en *Hitos de la Constitución ecuatoriana*, en coord. Vicente Manuel Solano Pauca y Marcelo Sebastián Aguilera Crespo, Primera Edición (Editorial Universitaria Católica EDÚNICA, 2018), 6.

¹⁰² *Ibíd.*, 9.

jurídica, a la vez, existen paradigmas que ahogan dicho progresismo y no permiten que los derechos se desarrollen en forma amplia, ejemplo de ello, el derecho a la salud.

En el campo específico de los derechos sociales, la constitución ecuatoriana ha normado principios y reglas sobre lo que se espera del Estado a través de sus gobernantes y sus diferentes instituciones, a fin de conseguir acciones democráticas, deliberativas y transparentes, respecto de la correcta administración del presupuesto público y por ende, la garantía de derechos. Sobre este tema, Ramiro Ávila realiza un análisis del Estado constitucional y el vínculo que se genera entre derechos e institucionalidad, para lo cual plantea:

El estado, para garantizar los derechos sociales y la democracia constitucional, tiene que ser fuerte, tan fuerte para poder ser, al interno, un agente distribuidor de riqueza y generador de capacidades para que todas las personas y los pueblos puedan ejercer los derechos; al externo, tiene que ser tan fuerte para que pueda tener voz y pueda ser un interlocutor válido. El estado sin duda tiene una fuerte estructura liberal y ni siquiera compite con una propuesta de institucionalidad social que ni siquiera existe.¹⁰³

La propuesta que hace dicho autor tiene que ver con la capacidad que debe tener el Estado para asumir los retos escritos en su propia Constitución, no se puede hablar de protección de derechos a nivel constitucional sin que exista un mínimo de garantías para su realización. Esta lucha no se agota en el nivel normativo sino que debe ser parte de un modelo sinérgico en donde la sociedad cree las leyes y a su vez, estas den vida a las instituciones.

En la actualidad, “si comparamos los presupuestos de los ministerios, y con ello apreciamos la voluntad política de un estado, entre las carteras o ministerios que se dedican a lo financiero y las que se dedican a lo social, encontraremos que las primeras tienen más recursos humanos, mejor sueldo, y mayores montos para el cumplimiento de objetivos que los segundos”¹⁰⁴ Por lo tanto, el Estado constitucional no puede permitirse una práctica jurídica formalista atada a los intereses macroeconómicos, la idea es poder crear verdaderos espacios para la integración de los derechos sociales, en donde el paradigma del Estado liberal, sea reconstruido y reinventado a través de lo que Ramiro Ávila identifica como *plurinacionalidad*, es decir, un paradigma en construcción que observa tres elementos: los saberes de la sociedad, el derecho y la institucionalidad alternativa como una forma de avanzar hacia la conquista de los derechos.

¹⁰³ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos* (Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 274.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 268.

Como se ha planteado, la importancia de la adopción teórica del modelo de Estado incorporado en la Constitución del año 2008, cuyo artículo primero indica que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, representa el intento por reformular la práctica jurídica a nivel general. Esto es, dejar sentado en la constitución los mandatos trascendentales e inviolables para que sean ejecutados por parte de quienes la aplican, considerando que dicho documento jurídico es expresión del soberano y mandato supremo del mismo.

La Constitución ecuatoriana ha marcado un camino claro sobre el rumbo de los derechos sociales y la responsabilidad directa que tiene el Estado. Sin embargo, es preciso indicar que “no basta con un modelo de Estado en el que se proclamen derechos y garantías, o mayor participación, sino que resultaba indispensable el diseñar un Estado fuerte y autónomo como base para implementar el proyecto político expresado en la CRE”.¹⁰⁵ El ejemplo del derecho a la salud emerge nuevamente como una situación clara de lo que ocurre en la relación Estado de derechos y sociedad. La salud a nivel constitucional tiene especial énfasis de atención en cuanto a principios rectores de este derecho, políticas públicas a ser implementadas, presupuesto que proviene de ingresos permanentes del Estado, planificación en distintos niveles y áreas de atención, todo ello, encargado a los órganos institucionales especializados, cuyas acciones tal como se ha dicho, deberán articularse en el nivel político para permitir que la salud en el Ecuador, cumpla el mandato constitucional de ser un derecho de acceso gratuito y universal, materializado en el diario vivir de los ciudadanos.

¹⁰⁵ Navas Alvear, *Hitos de la Constitución ecuatoriana*, 12.

Capítulo segundo

La protección integral del derecho a la salud. ¿Qué nos debe el sistema jurídico ecuatoriano y cómo enfrentarlo?

La segunda fase de investigación que se presenta en esta sección pretende aportar con el desarrollo teórico respecto del tratamiento que debe darse a la salud. Este derecho social requiere una serie de gestiones que en conjunto darán cuenta de una acción integral antes, durante y después del fenómeno de deterioro de la salud. Estos aportes se conjugarán con el rol determinante que posee la administración de recursos públicos en el cumplimiento del derecho a la salud, como una de las áreas prioritarias del Estado constitucional ecuatoriano.

1. El derecho a la salud.- generalidades

La incorporación del área de la salud como el elemento central de estudio de esta investigación nace debido a las constantes y cada vez más alarmantes demandas sociales que requieren de la integralidad de acciones por parte del Estado. La salud, ha sido un permanente eje generador de visiones críticas que apuntan a que su tratamiento debe ser liderado por el Estado, a través de una organización administrativa, jurídica y política de gran envergadura, en donde según Breilh, se debe avanzar hacia el terreno de la epidemiología, donde converjan una lucha de ideas y disputas sobre cómo enunciar la salud respecto de los intereses sociales.¹⁰⁶

A fin de iniciar con este análisis, nos remitimos a la incorporación de la salud en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde se establece que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar [...]”.¹⁰⁷ Este acuerdo internacional de los estados, permite que a nivel mundial, al menos en papel, se vea a la salud ya no sólo como una mera expectativa, sino que al estar escrito en dicho instrumento como un derecho humano,

¹⁰⁶ Jaime Breilh, *Tras las huellas de la determinación. Memorias del Seminario InterUniversitario de Determinación Social de la Salud*, ed. Carolina Morales y Juan Carlos Eslava, Primera Edición (Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia; Universidad de Antioquia, 2014), 20.

¹⁰⁷ Asamblea General de la ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (New York, 1948).

requiere de una acción colectiva, no solo de quienes conforman la sociedad y el Estado, sino de la comunidad internacional.

A este trascendental hito histórico para la humanidad, se suma la creación de una organización de Naciones Unidas denominada Organización Mundial de la Salud (OMS), cuya entrada en vigencia data del mismo año de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir 1948.

El acta de constitución de la Organización Mundial de la Salud, inicia haciendo dos aclaraciones respecto de lo que significa el derecho a la salud, mencionando que:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

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 o social.¹⁰⁸

Enunciados como estos han recorrido el mundo y no han dejado de tener la importancia y la vigencia que desde el día de su pronunciamiento tuvieron. La cuestión es que 70 años después, las condiciones de salud por las que se luchaba hace años, han mutado y el concepto de salud desarrollado por la OMS, no incluye la verdadera dimensión que exige un modelo sanitario integral, pues se limita a crear un ideal sin comprender que el límite real al problema de salud es la acumulación o sistema capitalista que ha ocasionados una serie de problemas sociales directamente evidenciados en la salud. Es decir, si bien en el Ecuador por ejemplo se logró detener la proliferación de enfermedades como la polio, la rubeola, el sarampión y la oncocercosis, inclusive otras están en proceso de ser declaradas nulas en el país,¹⁰⁹ la realidad nos muestra el avance y desarrollo de nuevas enfermedades como son los casos elevados de personas que padecen de cáncer, enfermedades de transmisión sexual (VIH/Sida, herpes, clamidia, sífilis, gonorrea), diabetes, desnutrición, entre otras que día a día cobran la vida de miles de personas, especialmente de los más pobres.

En este punto, es importante reflexionar sobre la verdadera dimensión de la salud y es que erradicar unas cuantas enfermedades en decenas de años y encontrarnos enfrentando una lucha sanitaria con nuevas enfermedades, no es una coincidencia. Existen una serie de condiciones que se ocultan tras el discurso social y que en realidad,

¹⁰⁸ Conferencia Sanitaria Internacional, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud* (New York, 1946).

¹⁰⁹ Thalíe Ponce, "Ecuador se libró de la amenaza de 4 enfermedades", *Diario El Comercio*, 24 de octubre de 2014, <https://www.elcomercio.com/tendencias/ecuador-enfermedades-ops-oms-amenaza.html>.

esconden pretensiones del viejo paradigma liberal, un sistema que en efecto, excluye a la clase más pobre y la expone a daños severos en su hábitat, modos de vida, cultura, alimentación, trabajo, y que revitaliza el poder de las empresas transnacionales, especialmente de aquellas que requieren de un sector salud en crisis para entrar en la lógica del mercado. Lo que sucede es que dicha lógica ha expuesto a la salud a una *epidemiología bajo contrato*, en donde los intereses de las empresas buscan: “fabricar la duda de lo público y de la justicia sobre los impactos humanos y ambientales de producción peligrosas, mediante manipulación estadística y otras formas de dilución de evidencias; maniobras para implantar la idea de ‘otros factores causales’ y operaciones técnicas para crear incertidumbre por supuestas fallas en diseño de datos”.¹¹⁰

Es este sentido, es necesario reconocer que el Ecuador no es un ente asilado del paradigma de salud mundial implementado por la lógica del capital, pues año a año reproduce un sistema de salud pública en estado de crisis, existiendo graves distancias entre lo que dictan las normas nacionales e internacionales y la realidad social. Existen retos u objetivos que requieren un trabajo que apunte a una atención integral desde los diferentes espacios de la sociedad, como son los pueblos indígenas, mujeres, niños, población fronteriza, grupos discapacitados, trabajadores, privados de la libertad, grupos LGBTIQ, cuyas demandas y necesidades en temas de salud, son muy variables. Esta situación sin duda, complejiza el panorama de erradicación o mitigación de enfermedades, pero es desde el entorno y formas de vida de la población la manera en la cual se puede erradicar de a poco los impactos causados por las enfermedades, dando paso a la ciencia epidemiológica crítica, que revolucione el campo de la salud.

¹¹⁰ Breilh, *Tras las huellas de la determinación. Memorias del Seminario InterUniversitario de Determinación Social de la Salud*, 21.

1.1. Dimensiones del derecho a la salud que el Estado debe tutelar

La construcción que se ha desarrollado sobre la idea de “derecho a la salud”, lleva implícita la fundamentación de que dicho derecho emerge frente al inminente deterioro del estado de salud de las personas. Como se ha indicado, la OMS ha mencionado que la salud “es un estado de completo bienestar físico, mental y social”, sin embargo, este bienestar en todas las facetas que menciona, requiere más que pensar en la dualidad salud – enfermedad y/o dolor – sanación, para requerir una redefinición de sus dimensiones.

Sobre la tradicional dicotomía salud – enfermedad, Alba Vélez menciona que: “Esta concepción como una escala lineal de valores *limita las posibilidades de avanzar* que se pueden desarrollar al darle un tratamiento diferente a la comprensión y explicación de la enfermedad y el enfermo, y por consiguiente del concepto salud; es claramente una concepción de la salud como un opuesto a la enfermedad”.¹¹¹

La reflexión por lo tanto, exige desechar la dicotómica idea preconcebida de que salud es el simple opuesto a un estado de dolencias o deterioros del cuerpo humano, en donde lo biológico es lo trascendental a la hora de tratar a las enfermedades. Lo importante por lo tanto, es desbordar el campo del cuerpo humano y dar un paso a la reestructuración del estudio del campo de la salud como un área de varias esferas de atención, sin las cuales no es posible la erradicación o mitigación de las enfermedades. En este sentido, Vélez plantea:

El concepto de salud se sitúa mucho más allá del territorio biológico y natural, tiene implícito una conceptualización sanitaria, una nueva dinámica, *una responsabilidad social, una apropiación de recursos físicos, económicos y humanos*, es decir, un *acuerdo social acerca de cuáles son los recursos que el Estado y la sociedad deben destinar al propósito de garantizar a los ciudadanos unas condiciones de salud, y como resultado unas condiciones de vida digna*.¹¹²

En similar línea de pensamiento, reforzando la idea construida respecto de la importancia de mirar a la salud como una meta social que requiere una serie de acciones y responsabilidades, Luis Valenzuela, menciona:

La búsqueda del equilibrio en la vida de los seres humanos y su responsabilidad individual respecto de la salud, (adoptando e incorporando hábitos y comportamientos que modifiquen conductas); *requiere de la incorporación de una visión más global y acciones*

¹¹¹ Alba Lucia Vélez Arango, *Nuevas Dimensiones del Concepto de Salud: El Derecho a la Salud en el Estado Social de Derechos.*, Universidad de Caldas, Hacia la Promoción de la Salud (Colombia, 2007), 65, <http://www.scielo.org.co/pdf/hpsal/v12n1/v12n1a05.pdf>. Énfasis añadido.

¹¹² *Ibíd.*, 66. Énfasis añadido.

*específicas con sentido, que permitan modificar los patrones de acción o los hábitos que atentan contra la existencia de las personas.*¹¹³

Lo que se plantea entonces, es un redimensionamiento del campo de acción del sistema sanitario, que debe entender que la cuestión no radica únicamente en sanar enfermedades, sino en actuar frente a todas las aristas que el problema de salud nos presenta, pues “la vida saludable como derecho humano está cruzada por factores que están más allá de lo estrictamente biológico y, además, de lo estrictamente jurídico o político”.¹¹⁴

Las nuevas dimensiones de protección del derecho a la salud implica el análisis de factores económicos, culturales, biológicos, psicológicos, educacionales, familiares, sociales, ambientales, jurídicos y por supuesto, políticos; cuya interrelación permitirá el desarrollo de políticas integrales de lucha a favor de la vida de las personas.

En el Ecuador, dichas aristas o enfoques multidimensionales de acción han sido incluidos en la Constitución del año 2008, en cuyo artículo 32, sobre derecho a la salud, se menciona:

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

El Estado garantizará este derecho mediante *políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales*; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.¹¹⁵

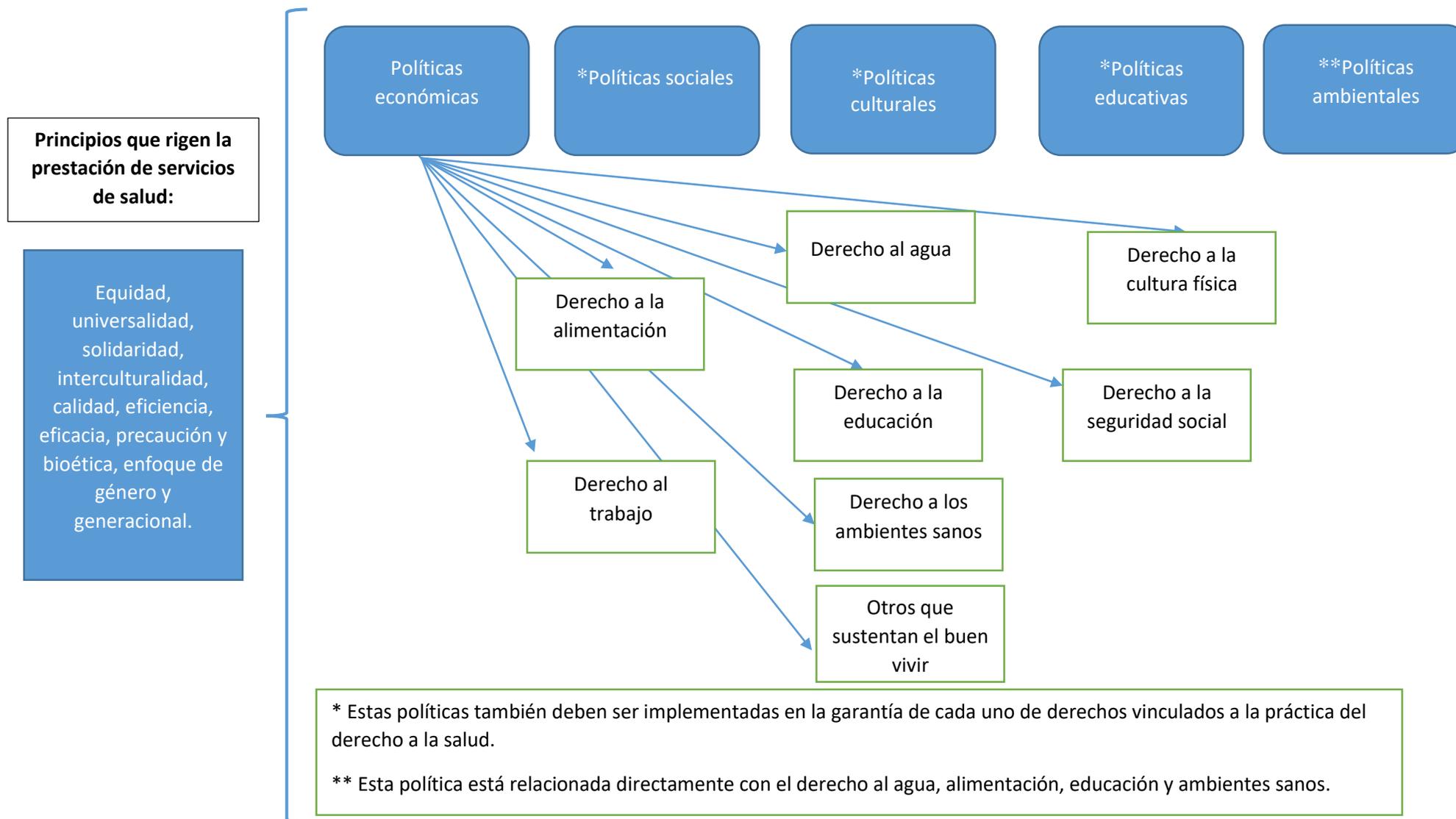
Los señalamientos dados por la Constitución para la garantía del derecho a la salud, son de un variado enfoque, el mismo que de forma un tanto general, requiere de acciones concretas en la realidad. Al respecto, se situará un cuadro de análisis multidimensional exigido por mandato constitucional en el Ecuador.

¹¹³ Luis Marcel Valenzuela Contreras, *La salud desde una perspectiva integral.*, Revista Universitaria de la Educación Física y el Deporte., Nro. 9 (Montevideo, Uruguay, 2016), 54, file:///C:/Users/JULIO/Downloads/Dialnet-LaSaludDesdeUnaPerspectivaIntegral-6070681.pdf. Énfasis añadido.

¹¹⁴ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INRED, *¿Un derecho enfermo? La salud en el Ecuador.*, ed. Patricio Benalcázar Alarcón, Serie Investigación Nro. 6 (Quito, Ecuador, 2002), 24.

¹¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 32. Énfasis añadido.

Tabla 2
Factores que intervienen en la protección del derecho a la salud en el Ecuador



Fuente: Artículo 32, Constitución del Ecuador, año 2008
Elaboración propia

El gráfico relacional nos muestra una situación de permanente interdependencia de derechos, principios y políticas que a través del marco constitucional se exige al aparato institucional del Estado como forma de intervención en la protección de la salud.

A raíz de este análisis, se puede afirmar que a nivel jurídico, en el Ecuador existe un desarrollo normativo que exige que los decisores políticos deban desarrollar los diferentes planes y programas en diferentes direcciones, a fin de emprender una verdadera lucha contra las enfermedades. Como se ha observado, una de las principales políticas que se promulga, son las económicas, que respecto de la presente investigación, juega un papel fundamental, pues sin el direccionamiento de presupuesto hacia la realización de cada uno de los derechos que exige el mandato constitucional, no existe garantía del derecho a la salud.

Además, el presupuesto requiere enfocarse en una integralidad de acciones que en conjunto requieren el planteamiento de políticas públicas. En primer lugar, políticas que permitan *prevenir* todo tipo de posibles enfermedades a fin de evitar la propagación de las mismas. Posteriormente, es necesario *sanar o mitigar*, es decir, el sistema de salud debe tener conocimiento claro de las enfermedades que afectan a la población y cómo las mismas deben ser tratadas, para que sean sanadas o al menos no causen fuertes dolores en caso de enfermedades terminales. Finalmente, se debe entender que la labor no se agota ahí, sino que debe existir un plan de acción que permita realizar un análisis post, es decir, que después de haber prevenido, sanado o mitigado los efectos de las enfermedades, se deberá proceder a *analizar las causas y efectos* que a nivel social, familiar, político, jurídico, económico, han tenido las enfermedades, a fin de seguir trabajando sobre sus afecciones y la erradicación de las mismas.¹¹⁶

En resumen, se requiere políticas de control de salubridad antes, durante y después del deterioro del estado de salud de las personas, que no solo analicen la biología del ser humano o su naturaleza, sino todos aquellos factores que rodean la vida de las personas dentro del entorno en el cual se desenvuelven.

¹¹⁶ En una publicación titulada: “Hacia un nuevo paradigma de los derechos humanos y la salud”, realizada por Jaime Breilh, aporta con un concepto ampliado de la salud: “El problema de la salud no se reduce a los fenómenos terminales de la enfermedad, ni a la dimensión meramente individual. La salud es un proceso complejo, multidimensional que exige enfocar los procesos sociales que generan o determinan las condiciones de salud. Este giro no es sólo importante para revolucionar el sistema de salud y romper el cerco de un asistencialismo pasivo, sino que es un requisito *sine qua non* para ampliar y profundizar la cobertura del derecho”. Véase: Jaime Breilh, “*El nuevo pensamiento crítico latinoamericano y el desarrollo de la justicia y los derechos en salud*”, 2013, 3.

2.2. La salud, un análisis del problema social que enfrenta

La reflexión que nos conduce a abordar la realidad que enfrenta la situación social de la salud en el Ecuador, tiene como fundamento la necesidad que tiene el ser humano de llevar adelante un plan de vida en condiciones que dignifiquen su esencia humana, para que a través de su propio ser físico y mental pueda desarrollarse y desenvolverse de manera libre. El deterioro de la salud, limita la posibilidad de ejercer otro tipo de derechos que tiene el ser humano y que por lo tanto, dicha realidad debe ser evidenciada para el planteamiento de soluciones.

Como ha sido previamente analizado, la protección del derecho a la salud requiere acciones multidimensionales. Por lo tanto, la creación, eliminación, reforma y aplicación de normas que intentan proteger un derecho como este, requiere mucho más que dejar a los legisladores *hacer su trabajo*, pues es la clase media y baja de la sociedad, quienes realmente resultan siendo los consumidores de este servicio y a quienes van dirigidas las políticas estatales que intentan proteger la salud. Se debe comprender entonces que “el peor y máximo atentado contra el derecho a la salud de la población es el entorno de creciente y paulatino empobrecimiento que afecta a las familias, mujeres y niñez del Ecuador”.¹¹⁷ Situación que si bien en los últimos años ha tratado de ser contrarrestada, aún existe una larga deuda por cumplir con los sectores más excluidos de la sociedad.

Los indicadores sociales en el Ecuador reflejan una serie de realidades de distintos tipos sobre la situación actual de la sociedad a la cual la Constitución, las leyes, las normas, los planes, programas y políticas públicas se deben, pues es sobre base del análisis social de la vida de la población, la forma en la cual puede darse sentido o materializarse las normas jurídicas.

En este contexto, de acuerdo a lo que manda la Constitución ecuatoriana respecto de aquellos derechos que tienen directa relación con la vigencia del derecho a la salud, se expone un cuadro analítico con la situación actual de algunos de ellos. Esta información evidenciará la situación que atraviesa la sociedad respecto de algunos indicadores estadísticos.

¹¹⁷ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INRED, *¿Un derecho enfermo? La salud en el Ecuador.*, 176.

Tabla 3
Breve análisis de indicadores sociales sobre derechos conexos al derecho a la salud

<p>Alimentación.- La canasta básica familiar a junio 2018 es del 707.54. Es decir, para cubrir principalmente la alimentación familiar 1.6 miembros de la familia deben laborar. La tasa de desnutrición en la década de los 80 era del 41 %, mientras que el 2011 bajo al 23 %.</p>	<p>Trabajo.- A junio de 2018, el subempleo es del 19.4 % y el desempleo es de 4.1 %. En junio 2018, la tasa de empleo bruto se ubicó en 63.6 % a nivel nacional.</p>	<p>Agua.- el 70.1 % de los ecuatorianos tiene acceso a agua segura para beber y el 21.8 % tiene acceso básico. Por áreas, el 79.1 % de la población en la zona urbana toma agua segura mientras que en el área rural el porcentaje alcanza el 51.4 %. En el caso del indicador de saneamiento, el 85.9 % tiene saneamiento básico, es decir, tienen servicio higiénico adecuado (alcantarillado, excusado pozo séptico/pozo ciego, letrina con losa) y de uso exclusivo para los miembros del hogar. En el área rural el 80.4 % tiene saneamiento básico, mientras que en la urbana llega a 88.5 %.</p>
<p>Educación.- La tasa de analfabetismo en la población de entre 15 y 39 años era de 6.8 % en el 2010 y bajó casi a la mitad (324 000 mil personas) en el 2013. La tasa de asistencia a la educación general básica de la población de 5 a 14 años era de 96.3 % en el año 2015.</p>	<p>Seguridad Social.- A julio de 2018, existe un total de 3'671.818 personas afiliadas entre el Seguro General y el Seguro Social Campesino. Es decir, el 21 % de la población ecuatoriana se encuentra asegurada en el IESS.</p>	<p>Otros que sustentan el buen vivir.- A junio de 2018, la pobreza por ingreso es del 24,5% de la población. La tasa de pobreza multidimensional a diciembre de 2017 fue de 34,6%.</p>

Fuente: La información estadística de alimentación, trabajo y otros que sustentan el buen vivir es tomada del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador, la información de educación y agua, es tomada de la página web de la Organización Panamericana de la Salud y la información de seguridad social es tomada del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Elaboración propia

De la información presentada, se puede colegir que en cuanto a la situación de alimentación, los ingresos que genera un persona cabeza de hogar con la obtención de un sueldo básico, no son suficientes para sustentar la alimentación y demás variables incluidas en la canasta básica. Esta situación de por sí, obliga a que al menos dos miembros del hogar posean trabajo con remuneración básica mensual, relegando de esta forma a situaciones de pobreza a familias en las cuales se percibe un solo sueldo. Así mismo, respecto de la tasa de desnutrición, si bien se está trabajando a nivel del Ministerio de Salud Pública para su erradicación, el nivel de desnutrición que aún presentan especialmente los niños, es pertinente considerar que esta problemática repercute de manera directa en situaciones de rendimiento escolar y desarrollo físico y mental.

La situación alimenticia antes mencionada, está directamente relacionada con el derecho al trabajo. El INEC ha indicado que la tasa de empleo bruto en junio 2018 se ubicó en el 63.6 % a nivel nacional,¹¹⁸ este indicador muestra un dato alarmante que evidencia familias enteras sin recursos para la adquisición de los elementos más esenciales para la vida (alimentación, salud, educación). Sin duda, la situación de desempleo de la población es el generador de graves problemas económicos y sociales que deterioran la vida del ser humano.

En esta línea de análisis, si observamos los datos de seguridad social, el empleo formal que cumple la garantía de lo que implica los derechos de los trabajadores, registrados por la institución encargada de la seguridad social estaría por debajo del 20 % del total de la población (existen personas afiliadas bajo la modalidad de afiliación voluntaria que no necesariamente poseen un empleo).¹¹⁹ En este sentido, el derecho a la seguridad social sigue representando una gran crisis en cuanto a la defensa de los derechos del trabajador.

Al referirnos a acceso al agua, es indiscutible observar las grandes brechas de desigualdad entre el sector rural y urbano. Las ciudades, que representan el centro de la captación del capital y del interés político, han acomodado sus formas vida con el acceso al agua potable. Sin embargo, la gente del campo, cuya gran mayoría se encuentra en situación de escasas económica, aún debe acudir a sistema de agua entubada o inclusive la toma de agua de pozos, acequias o quebradas. El agua es un elemento indispensable

¹¹⁸ Ecuador Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, "*Instituto Nacional de Estadísticas y Censos*", accedido 22 de septiembre de 2018, <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/estadisticas/>.

¹¹⁹ Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, "*Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*", accedido 22 de septiembre de 2018, <https://www.iess.gob.ec/>.

para la salud humano y su gestión y alcance no puede seguir siendo privilegio de ciertos segmentos de la población.

Sobre la base de la información recabada en cuanto a niveles de educación, es merecedor mencionar que los niveles de acceso a educación en el Ecuador muestran aumentos poblacionales considerables. La disminución de la tasa de analfabetismo y acceso a la educación básica son pilares fundamentales en la lucha por la desigualdad social. Sin embargo, queda aún una tarea por cumplir, pues el acceso a educación de tercer y cuarto nivel sigue siendo limitado.

La pobreza por su parte, sigue siendo una gran barrera de lucha por la garantía de derechos en todo sentido. A junio de 2018, el INEC ha indicado que la pobreza por ingresos es del 24.5 % del total de la población,¹²⁰ es decir estas personas carecen de todo tipo de acceso a servicios públicos que por lo tanto, deben estar plenamente garantizadas por el Estado, sin perjuicio de que los derechos son atribuibles y exigibles por todos los ciudadanos.

En base al análisis de los factores que determinan la realidad del sector salud en el Ecuador, descritas en la Constitución, se comprueba la tesis que se sostuvo previamente, es decir que ha existido y sigue existiendo una profunda crisis en el sistema de salud ecuatoriana. Los resultados estadísticos otorgados por los entes institucionales estatales, nos muestran que hay una brecha social que marca una gran desigualdad en cuanto a acceso a servicios. Esta situación sin duda, requiere reconfigurar las acciones emanadas desde la función ejecutiva, legislativa y judicial, teniendo claro que si no se enfrenta el problema de salud desde la raíz, nunca se logrará verdaderos cambios sociales y mucho menos la garantía de derechos tal como lo manda la Constitución.

2. La salud en el Estado constitucional de derechos ecuatoriano

El estudio del derecho a la salud en el Ecuador, debe enfocarse desde el ámbito constitucional, pues es en dicha carta normativa en donde se puede encontrar la expresión más exacta de las demandas sociales construidas en Montecristi durante el proceso constituyente. La garantía del derecho a la salud es incorporada en una serie de mandatos constitucionales que merecen ser analizados.

¹²⁰ Ecuador, *Instituto Nacional de Estadísticas y Censos*.

La inauguración ecuatoriana de un Estado constitucional de derechos a partir del año 2008, no sólo dejó cimentado un nuevo modelo jurídico – político de Estado, sino que incorpora como parte primordial del desarrollo de la sociedad, la igualdad de trato de los derechos al decidir que todos tiene la misma jerarquía constitucional y que en el caso de la salud, debe ser un derecho atendido en forma prioritaria. En este sentido, la constitución ecuatoriana, al definir los deberes primordiales del Estado, en su artículo 3, numeral 1, menciona que se debe “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, *la salud*, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.¹²¹

Sin embargo, dicha prioridad que otorga la constitución a la salud no es cuestión de simple escritura o palabra muerta, sino que parte de aquellas constantes cifras históricas de desigualdad social que han sumido a los más pobres en situación de vulnerabilidad por el no acceso a los servicios de salud y cuya situación se agudece por la lógica del mercado, que discrimina al pobre e incluye satisfactoriamente al que posee dinero.

Sobre ello, Jaime Breilh y otros, han indicado que las naciones que funcionan bajo el modelo de la economía de mercado, privatización de la vida social y desarrollo limitado de las organizaciones populares, el quehacer en salud se configura históricamente en dos vías: una práctica poblacional inorgánica y dispersa; y una práctica institucionalizada bajo la lógica de las empresas médicas y servicios de salud expresados en dirección del Estado.¹²²

Esta situación, describe sin duda la realidad del Ecuador, un país en donde por un lado sobrevive la práctica de medicina basada en el conocimiento ancestral, cuyas acciones han sido eje trascendental en la erradicación de enfermedades; así también, convive, aquella práctica de salud que es “formal”, es decir aquella que está atada a la lógica de compra y venta de fármacos, seguros de salud, implementos médicos, clínicas privadas, así como la esfera de la salud pública, que también entra en dicho mercado.

Por otro lado, también es importante hacer mención a la salud colectiva, una práctica cuyo origen data de una importante agrupación de sectores sociales críticos

¹²¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 3. Énfasis añadido.

¹²² Jaime Breilh et al., *Deterioro de la vida: un instrumento para análisis de prioridades regionales en lo social y la salud*, 1. ed, vol. 28, Biblioteca de Ciencias Sociales (Quito: Corporación Editora Nacional, 1990), 142.

quienes propugnan “el desarrollo de nuevos instrumentos de análisis y la presencia de un proyecto expreso de transformación del paradigma obsoleto de la vieja salud pública empírico-funcionalista de los años 70”.¹²³ Todas estas vertientes, propias de un sistema de salud que va en desarrollo y que se espera cumpla con las aspiraciones sociales, debe acentuar la mirada en un centro de potencial impacto denominado “Derecho”, si no se reconoce a través de las leyes la necesidad de interrelacionar saberes, prácticas, costumbres, avances científicos, investigaciones, administración presupuestaria, planificación, participación y modelos alternativos de vida, no podrá pensarse en un mínimo de protección de la salud.

Es justamente la acción de lo público – estatal a través del derecho en este caso, la que ha de intentar contrarrestar la lógica mercantilista y depredadora del mercado. Un Estado que sobre los pilares de los derechos de los ciudadanos, intentará funcionar en concordancia con su organización política, jurídica, económica y social, propendiendo a la práctica y efectividad de lo que en Ecuador se conoce como *sumak kawsay* o buen vivir.¹²⁴

Sin embargo, no basta con incluir un término novedoso o nuevo como el buen vivir a las prácticas de los servicios de salud, pues existe todavía un claro desconocimiento por parte de la ciudadanía de las implicaciones de tal enunciado constitucional. Según lo manifiesta Breilh:

[N]os preocupa una asimilación liviana o acrítica de categorías de potencial uso epidemiológico como las del *buen vivir*, *calidad de vida*, *modo de vida saludable*, etc., que han proliferado en los vademécum técnicos, o que incluso, han sido promovidos a la categoría de principios constitucionales. Si no comprendemos la necesidad de articularlos

¹²³ Breilh, *Tras las huellas de la determinación. Memorias del Seminario InterUniversitario de Determinación Social de la Salud*, 25.

¹²⁴ El término *sumak kawsay* o buen vivir posee una serie de definiciones, todas ellas atadas a la cosmovisión de los pueblos ancestrales ecuatorianos. “Uno de los autores que ha observado las dinámicas alrededor del Buen Vivir es François Houtart, quien revisando cómo ciertos actores claves en Ecuador perciben este concepto, afirma que puede haber un alto grado de interpretación detrás de cada definición. Para los autores de nacionalidades indígenas, por ejemplo, el Buen Vivir enfatiza una idea de naturaleza y un sentido de comunidad. Para Macas, el Buen Vivir es el espacio donde las sociedades pueden alcanzar la armonía con la comunidad y con la naturaleza. Para los autores no indígenas por otra parte, la idea tiende a estar asociada con la transición hacia un sistema social alejado del neoliberalismo y de la explotación de la naturaleza. Para René Ramírez, el Buen Vivir está relacionado con la satisfacción de las necesidades básicas, el derecho a amar y a ser amado, y el derecho a mantener una relación armoniosa con la naturaleza. Buen Vivir, por lo tanto, es un concepto plural que incorpora una multiplicidad de reivindicaciones sociales en América Latina”. Véase: Gerardo Torres Contreras, *Buen Vivir: dimensiones y retos desde la métrica*, Universidad de Oxford, Departamento de Desarrollo Internacional (Oxford, s/f), 219, http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estudios%20e%20Investigaciones/Medias_buen_vivir/10.%20Buen_vivir-Dimensiones_retos.pdf.

a la determinación social de acumulación de capital, terminarán convertidas dichas categorías en meros términos del neofuncionalismo.¹²⁵

Por lo tanto, el buen vivir, debe ser un horizonte real, un camino que en este caso permita diseñar políticas públicas que revolucionen el campo de la salud, pasando del mero asistencialismo individualista a la comunidad y la puesta en prácticas de la salud colectiva, desbordando el campo de lo formal, lo hegemónico y las imposiciones del capitalismo.

En este mismo nivel de análisis constitucional, y compartiendo la idea de equilibrio, solidaridad e igualdad social, hacia donde debe apuntar el Estado constitucional de derechos, para la protección del derecho a la salud, en este punto se integra la política fiscal y organización presupuestaria. En esta oportunidad, a través del Derecho, el Ecuador concibe a la salud como un área de *atención prioritaria*, incorporando en su artículo 286 el siguiente mandato:

Las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente y procurarán la estabilidad económica. *Los egresos permanentes se financiarán con ingresos permanentes.*

Los egresos permanentes para *salud*, educación y justicia *serán prioritarios* y, de manera excepcional, podrán ser financiados con ingresos no permanentes.¹²⁶

La situación que se describe en la norma precedente, es inmediatamente vinculante a la gestión del presupuesto del Estado. La salud pasa a un plano de importancia histórica, pues aquellos rubros que el Estado tiene considerados como ingresos fijos, serán los valores que deberán cubrir todos aquellos gastos que respectan a la gestión pública de salud de la población, además, estos rubros no podrán ser desviados a otros fines ni mucho menos dejar sin asignación presupuestaria a este sector. Cabe resaltar que esta situación permite de una u otra forma, estabilizar la inversión que en cuanto a salud deberá hacer el Estado, lo cual a su vez permite concluir que en ningún momento, por más fuerte que sea una crisis económica, se podrán tomar recursos destinados a la protección de la salud.

Esta situación es indispensable a fin de cumplir lo mencionado por la propia Constitución ecuatoriana en su artículo 362, párrafo 2, que indica: “Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y

¹²⁵ Breilh, *Tras las huellas de la determinación. Memorias del Seminario InterUniversitario de Determinación Social de la Salud*, 56.

¹²⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 286. Énfasis añadido.

rehabilitación necesarios”.¹²⁷ Por lo tanto, se entiende que el derecho a la salud que el Estado ecuatoriano protege, requiere una alta esfera de responsabilidad política a nivel de presupuesto, pues no se podrá alegar falta de presupuesto en las acciones que el Estado debe implementar a través de sus órganos institucionales para la gratuidad y calidad del servicio de salud.

Todas las normas jurídicas constitucionales aquí abordadas constituyen referentes de importancia en la construcción de una verdadera garantía del derecho a la salud que refuerza la idea del Estado constitucional de derechos. Sin embargo, es preciso tomar en consideración que todos estos mandatos emanados por la norma supranacional, son normas que están ayudando a trazar el camino del tratamiento de la salud, pues su práctica en la realidad aún posee muchas tareas pendientes. Es necesario considerar además que la inclusión de nuevas y mejores maneras de abordar el tema de la salud en la Constitución del año 2008, tal como lo ha indicado Breilh y Tilleria:

[N]o es [...] el patrimonio de ningún gobierno ni sector político. En su concepción, debate y perfeccionamiento han concurrido las voces y miradas de distintos ámbitos y sujetos colectivos e individuales que han plasmado en millares de documentos y propuestas jurídico políticas sus ideas sobre las nuevas bases económicas, políticas y culturales de un buen vivir. [...] *más que un punto de llegada es un punto de partida en la lucha por el derecho a la salud.*¹²⁸

Por lo tanto, la Constitución si bien inauguró un momento histórico en el tratamiento del derecho a la salud, este camino es aún largo de transitar. La importancia de este derecho descansa en la Constitución, y su práctica ha de considerarse un derecho que no mira clases sociales, que actúa sin discriminación de ningún tipo, que busca universalidad, que rompe con el pensamiento clásico que ha fundado su veracidad sobre la base de la ciencia y ha excluido a la medicina ancestral así como un derecho que hoy tiene un presupuesto propio, el mismo que no acepta inseguridad presupuestaria que debilite o desestabilice su garantía, al contrario, requiere la progresiva e inevitable tarea de reinventar su tratamiento.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 362.

¹²⁸ Jaime Breilh y Ylonka Tillería Muñoz, *Aceleración global y despojo en Ecuador: el retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal*, Primera edición (Quito: Abya Yala, 2009), 184. Énfasis añadido.

2.1. El Estado ecuatoriano en la gestión del acceso a la salud

Cómo fue señalado en la sección precedente, la Constitución ecuatoriana ha sentado las bases para la construcción de una forma planificada, integral, gratuita, universal, intercultural, ancestral, científica, prioritaria, del derecho a la salud. Sin embargo, para que dichos mandatos constitucionales sean efectivos, existen diferentes formas de organización estatal que cumplen varias funciones y que deberán integrarse en la protección del derecho a la salud.

En el Ecuador, la Constitución del 2008 sentó las bases del sistema de salud en tres pilares fundamentales: “el Estado garante del derecho a la salud, el sistema basado en la atención primaria de salud y la creación de una red pública integrada de servicios gratuitos de salud”.¹²⁹ En este sentido, se dará una breve mirada a la situación de cada uno de estos pilares, que constituyen la base de la gestión pública de salud en dicho país.

2.1.1. El Estado garante del derecho a la salud

Sobre el Estado garante de derechos, anteriormente ha quedado ya sentada la idea de que el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos, asume un rol protagónico en la protección del derecho a la salud, sin el cual no sería posible llegar con este servicio a los distintos estratos de la sociedad.

Su importancia radica en la necesaria intervención del Estado ecuatoriano en la gestión del presupuesto, dotación del servicio de salud a través de centros médicos y entrega de medicinas, además, el Estado cumple el rol de regulador y creador de normas y políticas públicas en materia de salud, impulsador de procesos de investigación médica, integrador y mediador de las demandas de la sociedad y su salubridad.

En la gestión de salud ecuatoriana, como ente rector del Sistema Nacional de Salud se encuentra el Ministerio de Salud Pública (MSP). En esta área se encuentran 3 niveles de atención hospitalaria distribuidos así: Nivel I.- dispensarios, centros de salud y centros de atención familiar. Nivel II.- Hospitales Generales y Hospitales Básicos. Nivel III.- Hospitales de Referencia Nacional. Además, el MSP tiene a su cargo la ejecución de programas como el Programa de Control de los Desórdenes por Deficiencia de Yodo, Programa Ampliado de Inmunizaciones, Estrategia Nacional de Salud Pública para

¹²⁹ Organización Panamericana de la Salud, *Résumé du pays: Ecuador*, 2017, https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?page_t_es=informes-de-pais/ecuador.

VIH/Sida-ITS, entre otros. Así mismo, proyectos sobre el Fortalecimiento de la Red de Servicios de Salud y Mejoramiento de la Calidad, para el reposicionamiento del sector salud, o el Proyecto de Tamizaje Metabólico Neonatal para la prevención de la discapacidad intelectual o muerte del neonato.¹³⁰

En la planificación, el Estado cuenta con un órgano especializado, denominado Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), desde cuya planificación estatal ha de diseñarse las políticas públicas. En este sentido, el actual Plan Nacional de Desarrollo¹³¹ 2017 – 2021, en el objetivo 1 (Garantizar una vida digna con iguales oportunidades para todas las personas), política 1.6., sobre el derecho a la salud, indica: “Garantizar el derecho a la salud, la educación y al cuidado integral durante el ciclo de vida, bajo criterios de accesibilidad, calidad y pertinencia territorial y cultural”.¹³² Por lo tanto, en sujeción a dicho enunciado, durante el periodo 2017 – 2021, las entidades del Estado elaborarán sus políticas, programas y proyectos en atención a la política macro del Estado, que se espera en lo posterior su evaluación con resultados positivos. Cabe sin embargo mencionar, la tarea simplista y reduccionista que se planteó SENPLADES, como política de acción para la garantía del derecho a la salud, si bajo la lógica de planificación nacional estatal se exige a las instituciones la puesta en práctica de una política tan ambigua, en la mismas lógica, vendrán los resultados, es decir llenos de desaciertos y desvirtuados de la verdadera visión constitucional.

Es importante mencionar además, que el presupuesto del Estado también debe estar encaminado respecto de los objetivos y políticas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo, en este caso, en el tema sanitario. Para dicha tarea en el Ecuador se ha encomendado al Ministerio de Finanzas, como órgano rector de las finanzas públicas. A través de esta cartera de Estado, se ordena, ejecuta y controla el gasto público respecto de lo que dictan las normas y regulaciones que en el caso de la salud, posee un tratamiento

¹³⁰ Ecuador Ministerio de Salud Pública, "Programas y Servicios", "*Ministerio de Salud Pública*", accedido 27 de septiembre de 2018, <https://www.salud.gob.ec/programas-y-servicios/>.

¹³¹ La Constitución del Ecuador sobre el Plan Nacional de Desarrollo: Art. 280.- El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. Art. 293.- La formulación y la ejecución del Presupuesto General del Estado se sujetarán al Plan Nacional de Desarrollo. Los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y los de otras entidades públicas se ajustarán a los planes regionales, provinciales, cantonales y parroquiales, respectivamente, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, sin menoscabo de sus competencias y su autonomía.

¹³² Secretaria Nacional de Desarrollo, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021.Toda una Vida*, aprobado mediante Resolución n.º CNP-003-2017 (Quito, 2017), 58.

especial, pues el presupuesto de este sector viene de ingresos permanentes del Estado a través de pre asignaciones presupuestarias, a fin de evitar la falta de dinero dirigido a proteger un derecho catalogado como primordial. En este punto, también se evidencia falencias administrativas, legales; pero principalmente, políticas. Si bien, este es un tema que se aborda con énfasis en un acápite posterior, es evidente que las normas constitucionales han sido meras aspiraciones, y su valor y potencial en el ámbito de la salud ha sido desvirtuado.

La intervención del Estado queda claramente evidenciada, no sólo como ente controlador sino como un Estado investido de obligaciones positivas, lo cual implica una serie de acciones y responsabilidades en todas a nivel de todas las funciones. La garantía del derecho a la salud, al menos en el nivel jurídico, está ampliamente desarrollado como obligación inherente al Estado, sin embargo, es aún desesperanzador analizar las formas y prácticas dadas a la salud y la poca importancia social que le ha sido atribuida.

2.1.2. Sistema basado en la “Atención Primaria de Salud”

Respecto del sistema basado en la atención primaria de salud (APS), que constituye el eje articulador del sistema de salud ecuatoriano, se empezará abordando su origen y significado. El concepto nace de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, realizada en Alma-Ata (URSS) en 1978, el cual en su artículo VI, menciona:

La atención primaria de salud es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. La atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria.¹³³

¹³³ Asamblea General de la OMS, *Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud*. (Alma-Ata, 1978). Sobre este tema ha escrito Ivan Ase y Jacinta Burijovich, quienes han indicado: “Existen múltiples restricciones para la formulación e implementación de políticas de APS con enfoque de derechos. Entre otras se pueden señalar: la heterogeneidad de las sociedades latinoamericanas que dificulta el establecimiento de un modelo universal de protección; la capacidad de presión diferenciada de los distintos actores frente al Estado que condiciona la orientación de las políticas; las culturas organizacionales predominantes; la persistencia de derechos sociales diferenciados con segmentación en el acceso y en la utilización de los servicios; las barreras culturales y la falta de comprensión de los individuos sobre el

La importancia que tiene este concepto en la salud, es que observa al ser humano como un individuo que vive en sociedad y que por lo tanto, se ve afectado en su diario desempeño por varios factores que son principalmente fruto del nuevo orden económico internacional que ha producido graves disfuncionalidades o dispersiones entre la situación de salud de los ciudadanos de los países desarrollados y en vías de desarrollo. El objetivo por lo tanto requiere ver a la salud no sólo como un proceso que requiere la erradicación de enfermedades, sino como un estado de vida que requiere políticas de educación, integración de la comunidad, justicia social, voluntad política, cooperación, participación social y estatal, lo cual conducirá a disminuir las brechas sociales impuestas por el capital y una progresiva reafirmación de la adopción que hoy en día se le ha dado a la salud como derecho primordial de la vida humana.

Sin embargo, es necesario indicar que la APS ha sufrido una serie de variaciones y contradicciones a lo largo de los años de su vigencia, tal es el caso de Ecuador, lugar en el cual:

En la década del 90, el embate del pensamiento y la práctica neoliberal incidieron en que la Estrategia de APS se reduzca a intervenciones puntuales, focalizadas, locales y de bajo costo, coartando su potencial transformador, se institucionalizó las intervenciones focalizadas y de bajo costo para los pobres y se estimuló el crecimiento y consolidación de la salud como una mercancía impulsando las acciones de salud centradas en el enfoque curativo.¹³⁴

Esta situación que claramente no produjo resultado positivo alguno, ha sido analizada y reinventada por los precursores de la salud en el Ecuador, quienes buscan un acceso equitativo y de calidad al sistema de salud. En este contexto, la Constitución del Ecuador, en su artículo 360, párrafo primero, menciona: “El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, *con base en la atención primaria de salud*; articulará los

cuidado de su propia salud, lo que tiende a quitar la responsabilidad del Estado de todo aquello que le compete. Aun así, es posible alentar el encuentro entre una concepción integral de la APS y la perspectiva de derechos por las siguientes razones: El conjunto de pactos, tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos [...]. La estrategia de APS con enfoque de derechos operacionaliza un discurso alternativo en salud que, hasta el momento, solo había sido formulado como consigna. La articulación entre la APS y el enfoque de derechos permite tender puentes para la formulación de políticas de salud entre dos discursos (discurso sanitario y discurso de derechos humanos). [...]”. Véase: Ivan Ase y Jacinta Buriyovich, *La estrategia de Atención Primaria de la Salud: ¿progresividad o regresividad en el derecho a la salud?*, Salud Colectiva, pags. 27-47 (Buenos Aires, 2009), 38.

¹³⁴ Ecuador Ministerio de Salud Pública, Manual del Modelo de Atención Integral de Salud - MAIS, "Ministerio de Educación", accedido 24 de agosto 2012, 43, http://instituciones.msp.gov.ec/somosalud/images/documentos/guia/Manual_MAIS-MSP12.12.12.pdf.

diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas”.¹³⁵

La inserción de la APS, en la Constitución ecuatoriana no sólo que permite la inclusión y empoderamiento de las clases social e históricamente discriminadas sino que reafirma el compromiso del Estado para con las decisiones que se toman en el sector de la salud. Es importante además mencionar que el modelo de atención (APS), “no significa exclusivamente servicios en el I nivel de atención, sino que considera que el I nivel de atención es la puerta de entrada a los otros tres niveles más complejos de atención, con la finalidad de dar atención integral y específica a las demandas individuales”.¹³⁶

Por lo tanto, la APS al ser eje central del sistema de salud ecuatoriano, si bien ha sido promocionado al interior del Ministerio de Salud Pública, este debe posicionarse también en todos aquellos órganos del Estado que trabajan conjuntamente en los planes, políticas y programas de salud, es decir que todos los gestores de este derecho se puedan empoderar del término y de esta manera ejecutar todas las acciones necesarias. Se debe tener claro que la aplicabilidad de una APS permite la interrelación del derecho a la salud con las prácticas sanitarias del Estado y que en este sentido, debe articularse de manera que permita alcanzar un desarrollo integral de la sociedad, tomando en cuenta al sujeto en forma individual y colectiva hasta alcanzar objetivos cuyos resultados sean una sociedad con altos niveles de salubridad.

2.1.3. Red pública integrada de servicios gratuitos de salud

Uno de los ejes de importancia en la gestión de salud pública implementados en la norma jurídica supranacional es la red pública integrada de servicios gratuitos de salud (RPIS), cuya configuración se detalla a continuación.

Mediante mandato constitucional, el artículo 360, párrafo segundo, respecto del sector salud, indica: “La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad”.¹³⁷

¹³⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 360, parr. I. Énfasis añadido.

¹³⁶ Ecuador Ministerio de Salud Pública, *Manual del Modelo de Atención Integral de Salud - MAIS*, 44.

¹³⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 360, parr. II.

Por lo tanto, esta red requiere la articulación del trabajo de todos quienes incursionan en el ámbito de la salud, es decir de instituciones públicas y privadas así como de las personas, quienes deberán brindar su contingente para la generación del acceso universal a los servicios de salud. Según la orientación emanada de la propia constitución, es necesario además se tome en cuenta los preceptos jurídicos y operativos cuyo fin deberá ser uniforme en todo el entramado de la red pública de salud. El órgano rector de la salud del Ecuador (MSP), sobre la creación de estas redes, ha señalado:

La organización de redes de salud comprende la articulación de las unidades y servicios de salud de la Red Pública y Complementaria en Salud, se enmarca en la nueva tipología de unidades de salud establecida por la Autoridad Sanitaria Nacional y se orienta a acercar los servicios de salud a la población, garantizar el derecho de todas las personas a servicios oportunos, de excelencia, la continuidad de la atención y mejorar la planificación y gestión de los servicios en función del logro de indicadores de impacto social.¹³⁸

En el Ecuador, esta red pública se ha ido articulando en función de varios parámetros. En primer lugar se ha realizado un enfoque territorial, dividiendo los espacios de acciones en distritos y zonas.¹³⁹ Seguidamente, como es necesario, en cada RPIS debe existir una dinámica institucional funcional, por lo tanto, quienes integran esta red y deben cumplir oficios en el sector de la salud son: “Ministerio de Salud Pública (MSP), Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-IESS (Seguro General de Salud Individual y Familiar, Seguro Social Campesino, Seguro de Riesgos del Trabajo), Fuerzas Armadas-ISSFA y Policía Nacional-ISSPOL, [...], a esta red debe articularse las Unidades de Atención de la Dirección de Rehabilitación Social”.¹⁴⁰ Además de los órganos del Estado, también están llamados como sujetos complementarios del servicio de salud pública el sector privado que se desempeña en esta área.

Por lo tanto, el paso que dio el Ecuador desde el nivel jurídico constitucional permite una gestión de la salud inter relacional. En donde, tanto el sector público como privado deberá orientarse a la superación de la tan usual fragmentación que vivía el sector

¹³⁸ Ecuador Ministerio de Salud Pública, *Manual del Modelo de Atención Integral de Salud - MAIS*, 91.

¹³⁹ El enfoque de servicios públicos por territorios responde a una nueva cultura de gestión a través de la planificación, implementada en el Ecuador. Sobre el tema de la salud, el MSP ha mencionado: “La estructuración de las redes y micro redes territoriales de salud, responde a la nueva organización territorial desconcentrada y descentralizada que se está implementando en el país, para la planificación territorial y la gestión de los servicios públicos, que establece 9 zonas de planificación, 140 distritos y 1134 circuitos. La organización territorial de la red de servicios de salud permite responder de manera adecuada a la realidad y necesidades de la población y activar los espacios de coordinación intersectorial y participación comunitaria en función del mejoramiento de la calidad de vida de la población”. Véase: *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 93.

de la salud al no poder superar obstáculos que muchas veces eran construidos por la propia institucionalidad. Con el desarrollo y posterior perfeccionamiento de las RPIS se deberá propender a ampliar los servicios de salud y homogenizar de calidad en cada uno de los distritos y zonas, logrando que no existan límites de ningún tipo, respecto de la atención en salud.

3. La justiciabilidad del derecho a la salud.- análisis de la jurisprudencia ecuatoriana

Cómo se señaló en el capítulo anterior, la obligación del Estado sobre la tutela o garantía del derecho a la salud y su obligación de *hacer*, requiere no solamente un sistema de salud eficiente, con presupuesto, infraestructura, profesionales, equipos médicos, medicinas e inclusive políticas y leyes, cuya función recaiga sobre la protección del derecho a la salud. El sistema judicial, constituye hoy en día un elemento clave en la conquista de este derecho y su importancia emerge en cuanto el Estado constitucional de derechos no permite vulneración alguna de los derechos más fundamentales para el amparo de la vida, para lo cual faculta a los jueces la posibilidad de que este derecho, sea justiciable en caso de posibles violaciones.

Es importante considerar que son varias las posiciones que se han desarrollado con respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales y su impacto en la sociedad. En este contexto, “un estudio [...] sugiere que los litigios en defensa de los derechos sociales pueden mejorar sensiblemente la calidad de vida de los miembros vulnerables y marginados de la sociedad, y contribuir a la transformación social en ámbitos particularizados”.¹⁴¹ Por otro lado, Gauri y Brinks, en un estudio sobre la litigación de los derechos sociales, concluyen:

El balance de los efectos de la litigación de derechos sociales, arroja resultado positivo. Los bienes sociales, [...], se redistribuyen entre quienes lo necesitan; los pobres tienen al menos las mismas probabilidades de beneficiarse que los que gozan de mejor posición económica; los privilegiados no están monopolizando los casos ni captando los ingresos del Estado, y los tribunales no están debilitando la democracia ni la separación de poderes.¹⁴²

¹⁴¹ Pieterse en Siri Gloppen y Mindy Jane Roseman, *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, coord. Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen, 1a. ed, Derecho y política (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013), 22.

¹⁴² Gauri y Brikins en Siri Gloppen y Mindy Jane Roseman, *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, coord. Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen, 1a. ed, Derecho y política (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013), 24.

En cuanto a esta temática también ha hecho su aporte Roberto Gargarella, quien “recurre a una concepción de democracia deliberativa para defender la legitimidad de que los tribunales se ocupen de cuestiones vinculadas con los derechos sociales, siempre que lo hagan con un enfoque dialógico”.¹⁴³

Estas concepciones respecto de la justiciabilidad de derechos sociales, en este caso el derecho a la salud, pone en alerta a la sociedad sobre la cuestión del litigio como medio para el acceso a los derechos, pues como se ha mencionado, iniciar un proceso judicial de este tipo puede cambiar la realidad de muchas personas de manera individual pero también de manera colectiva. Es justamente esa decisión erga omnes tomada por el juez la que profundiza la importancia de la protección de derechos, pues no se trata de poseer una justicia al servicio del individuo en capacidad de acceder al sistema de justicia, sino de que las decisiones tomadas en dichas instancias, puedan tener efectos generales que impacten la realidad de todos quienes adolecen de similar situación.

El acceso a la justicia en países como el Ecuador aún sigue siendo privilegio de unos pocos y más aún cuando se trata de pedir auxilio para que el Estado asuma costos de enfermedades, protección del hábitat para el acceso al agua, alimentos, ambiente sano y protección de territorios ancestrales y/o comunitarios, tomando en consideración que quienes lo demandan, son personas de clase media y baja que si no poseen los medios para asumir gastos básicos de vida, mucho menos lo poseen para entrar en gastos de litigios judiciales. Sobre esta brecha social para el acceso a la justicia ha escrito Nuria Sastre y otros, indicando lo siguiente:

El justiciable. Así se llama al ciudadano que pide que se le haga justicia. Vive su encuentro con la trama judicial, como una fatalidad, con más temor que confianza. Apenas entiende el lenguaje empleado en los juicios, aunque intuye que se tratan allí sus problemas, o quizás se decide su vida, entre algunos latinajos. No comprende por qué el horario de las oficinas judiciales es inferior al suyo, [...].¹⁴⁴

En este sentido, si bien aún existen miedos o temores que no permiten que las personas accedan de forma libre al reclamo de sus derechos por vía judicial, existen ya algunos precedentes jurisprudenciales y sobre todo, activismo social, que muestran nuevos caminos impulsados por los propios ciudadanos en la lucha por la reivindicación de sus derechos.

¹⁴³ Roberto Gargarella en Siri Gloppen y Mindy Jane Roseman, *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, 27.

¹⁴⁴ Núria Sastre et al., “La justicia vista por jueces y abogados”, *El Ciervo* 55, núm. 668 (2006): 13.

La tendencia a la justiciabilidad del derecho a la salud en el Ecuador, tomó gran connotación y relevancia a raíz de la Constitución del 2008, en donde la salud pasa a ser un pilar primordial en la conquista del buen vivir (derecho conexo al derecho a la salud) el mismo que posee nuevas formas y enfoques en su tratamiento.

A fin de dar una mirada a las actuaciones jurídicas dadas por el sistema de justicia ecuatoriano, se presentan algunos casos con el detalle de la información que se ha logrado obtener al respecto. Para la protección del derecho a la salud, los ciudadanos de forma individual o colectiva, han optado principalmente por interponer acciones tales como: acción constitucional de solicitud de medidas cautelares, acción de protección e inclusive elevar sus peticiones a la Corte Constitucional a través de acción extraordinaria de protección. A continuación, se presentan los casos considerados como fallos relevantes por parte de la justicia ecuatoriana:

Tabla 4
Acciones jurisdiccionales que solicitan la garantía del derecho a la salud

Tipo de acción	N.º Proceso	Judicatura	Pretensión	Decisión	Fecha de ingreso	Fecha de resolución	Observaciones
Acción extraordinaria de protección	1470-14-EP	Corte Constitucional	El señor NN, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la resolución dictada el 22 de agosto de 2014, por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, que negó la petición de medidas cautelares solicitadas por el referido accionante en el cual solicitaba se le entregue el medicamento Efavirenz para el tratamiento de su enfermedad de VIH.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar la vulneración de derechos. 2. Aceptar de la Acción Extraordinaria de Protección. 3. Medidas de restitución del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita. 4. Medidas de reparación integral. 5. Emite reglas a ser observadas por parte de los órganos jurisdiccionales que conocen garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales. 	10 de septiembre de 2014	15 de noviembre de 2016	Sentencia N.º 364-16-SEP-CC
Acción extraordinaria de protección	2014-12-EP	Corte Constitucional	El señor NN, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, dentro de la acción de protección N.º 2012-0633. La acción de protección tenía como pretensiones las siguientes: que la institución policial garantice su atención de salud por ser positivo al virus de VIH, con dependencia alcohólica; que se le pague los valores adeudados por la institución equivalente a ocho meses y que se disponga la suspensión del tribunal de disciplina que se instaurará en su contra para juzgar presuntas faltas de tercera clase.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, salud, trabajo, dignidad humana e igualdad. 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada. 3. Medidas de reparación integral 		13 de enero de 2016	Sentencia N.º 016-16-SEP-CC

Medidas cautelares	09571-2017-02746	Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar del Cantón Guayaquil.	Se sirva disponer que el Hospital Teodoro Maldonado Carbo del IESS otorgue de forma inmediata la derivación a prestador externo para que inmediatamente se entregue el medicamento AFATINIB hasta que solicite y se obtenga directamente por parte del Ministerio de Salud Pública la autorización de adquisición del medicamento AFATINIB.	Concede las medidas cautelares y dispone la adquisición inmediata del medicamento AFATINIB.	18 de mayo de 2017	19 de mayo de 2017	Se cumplió con la medida.
Medidas cautelares	17240-2017-00007	Tribunal de garantías penales con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito.	Solicita se otorgue la autorización temporal de adquisición del medicamento AFATINIB al Hospital Carlos Andrade Marín de Quito, hasta que dicho medicamento sea incorporado al Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos.	Concede las medidas cautelares y dispone la adquisición del medicamento AFATINIB.	09 de agosto de 2017	10 de agosto de 2018	No se cumplió con las medidas cautelares. La defensa de la accionante informa que nunca se le suministró el medicamento AFATINIB e informa sobre el fallecimiento de la señora ocurrido el 31 de diciembre del 2017. Se deja a salvo el derecho de los deudos de la accionante para iniciar las acciones legales por el incumplimiento de la medida cautelar.
Medidas cautelares	17230-2017-12754	Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito.	Solicita se orden al Ministerio de Salud Pública otorgue, de forma inmediata, la autorización temporal de adquisición del medicamento ATALUREN al Hospital del IESS Carlos Andrade Marín de Quito.	Concede el pedido de medidas cautelares y dispone la adquisición del medicamento ATALUREN.	15 de septiembre de 2017	21 de septiembre de 2017	Esta acción fue interpuesta por la madre de un menor con enfermedad catastrófica. El medicamento se entregó el 06/03/2018, es decir seis meses después de dictada la sentencia.

Medidas cautelares	17576-2017-00872	Unidad Judicial Contra Violencia a la Mujer y Miembros del Núcleo Familia del Cantón Quito Quitumbe.	Solicita que el Ministerio de Salud Pública otorgue de forma inmediata, la autorización temporal de adquisición del medicamento PONATINIB al Hospital del IESS Carlos Andrade Marín de Quito, para al menos un año de tratamiento.	Dispone a los accionados MSP e IESS, la adquisición del medicamento PONATINIB, en la cantidad de 365 tabletas (tratamiento para un año), en la dosis y frecuencia que considere el médico tratante.	02 de octubre de 2017	13 de octubre de 2017	No se cumplió con las medidas cautelares debido a que el Hospital Carlos Andrade Marín nunca suministró el medicamento. El accionante falleció el 04/11/2017.
Acción de protección y medidas cautelares	17296-2017-00152	Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Calderón del Distrito Metropolitano de Quito	Adquisición urgente de 365 tabletas de medicamentos PONATINIB para todo un de tratamiento.	Se acoge y se acepta el pedido de medidas cautelares para que el plazo de 60 días el Hospital Carlos Andrade Marín realice el trámite de adquisición de este medicamento Ponatinib. Además, se dispone como reparación integral conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que de parte de los accionados exista la garantía que éste hecho no se repita en perjuicio del accionante.	07 de noviembre de 2017	15 de diciembre de 2017	En vista del incumplimiento, mediante providencia de 08/03/2018 se dispuso que se remitan copias certificadas de la sentencia y todo lo actuado a partir de dicho fallo a la Fiscalía, Unidad de Administración Pública, para que se procediera con la fase de investigación previa en contra de Mauricio Heredia, Gerente General Subrogante del HCAM y se ordenó que se remitiera el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva sobre el incumplimiento de la medida.

Medidas cautelares	17203-2018-04824	Unidad Judicial Especializada en Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia La Mariscal del Distrito Metropolitano de Quito	Solicita se provea de los medicamentos Pazopanib y Axitinib, en las dosis y frecuencia prescritas, mientras la medicina sea necesaria para el tratamiento contra el cáncer conforme determine la médica tratante	Acepta la medida cautelar y se dispone que el IESS, dote de la medicina necesaria. Se dispone además que se oficie al Ministerio de Salud Pública con el contenido de la resolución verbal dada en esta audiencia, para la dotación del medicamento PAZOPANIB y/o AXITINIB.	18 de mayo de 2018	19 de junio de 2018	A la espera de entrega de la medicación.
Acción de Protección		Juzgado de Sucumbíos	Acción de protección propuesta por la Defensoría del Pueblo y la Comunidad de Sinangoe contra la minería en territorio de la comunidad ancestral Ai Cofán / Sinangoe. El fallo del juez suspende cualquier trámite o autorización de concesión minera entregada o en marcha, inclusive, las que están pendientes de licencia ambiental o autorización de Senagua, hasta que se ejecute la consulta previa, libre e informada, a la población de ese territorio ancestral, esta decisión fue ratificada en segunda instancia.	Acepta la acción de protección indicando que existe el riesgo grave de afectación del río Aguarico, Chingual y Cofanes, que atentan contra la Naturaleza y derechos al agua, salud y sana alimentación de los habitantes de ese sector.	12 de julio de 2018		
Acción de Protección		Unidad Judicial de Trabajo del Complejo Judicial Norte de la ciudad de Quito	Acción de protección presentada por la Comunidad Amazónica Cordillera del Cóndor Mirador (Cascomi), la Red Eclesial PanAmazónica (REPAM) y la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (Inredh), que solicita la reparación integral de las 36 familias campesinas e indígenas desalojadas en Tundayme en el año 2014 y 2015, como resultado de la concesión minera otorgada a favor de la empresa Ecuacorriente S.A, en la provincia de Zamora Chinchipe.		31 de enero de 2018		Con fecha 09 de enero de 2019, se reanuda la audiencia de acción de protección a fin de escuchar la comparecencia del perito antropológico Roberto Narváez, quien realizó su peritaje técnico en territorio de 35 hojas. El juez decide suspender la audiencia para el 15 de enero de

						2019, para poder valorar toda la prueba.	
Acción de Protección y Medida Cautelar	03145-18	Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil del Azuay	Proceso que sigue las comunidades cercanas al proyecto minero Río Blanco (Molleturo) en contra del Estado ecuatoriano.	El 1 de junio de 2018, en la audiencia de primera instancia, el juez falló a favor de la comunidad y aceptó como principal argumento que la compañía minera china Ecuagoldmining South America S.A violó el derecho a la consulta previa, libre e informada, ordena a todas las autoridades accionadas, hagan suspender las actividades de explotación que se estén desarrollando del contrato de concesión Río Blanco.		Última decisión judicial: 03 de agosto de 2018	La decisión de primera instancia fue apelada por el Ministerio del Ambiente. En la audiencia de apelación de segunda instancia, la Corte Provincial de Azuay ratifica el fallo. El 30 de agosto de 2018, el Ministerio de Minas plantea la Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional por este caso.

Fuente: Sistema SATJE de la función judicial, sistema de gestión de acciones constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador y notas de prensa escrita ecuatoriana

Elaboración propia

Como se observa, son varias las situaciones en las cuales se está afectado en forma directa o indirecta, individual o colectiva la salud de las personas. Por un lado existen fallas en el sistema nacional de salud en la provisión de medicinas y la asignación presupuestaria pertinente y por otro lado también existen prácticas realizadas al amparo del propio Estado, que están vulnerando la salud de sus habitantes, so pretexto de nuevos ingresos estatales.

Por un lado, en los casos en los que se solicita el acceso a medicamentos, es decir, los procesos de medidas cautelares n.º 09571-2017-02746, 17240-2017-00007, 17230-2017-12754, 17576-2017-00872, 17296-2017-00152, 17203-2018-04824, en cuyas sentencias se aceptan los requerimientos de medicinas para la garantía del derecho a la salud, constituyen casos de gran importancia por su resultado, sin embargo, más allá de la acción del juez, debe considerarse que la adquisición de los fármacos por parte de la entidad competente, requiere la erogación de presupuesto que el Estado no está cubriendo y por lo tanto, está provocando este tipo de acciones judiciales que de una u otra manera, exigen responsabilidad en el gasto público.

Adicionalmente, si bien se conoce que las medidas cautelares deben ser atendidas en el menor tiempo posible a fin de evitar daños irreparables, se nota que existe una diferencia muy notable en cuanto al tiempo de atención de estas acciones respecto de uno y otro caso. Es necesario mencionar lo lento y peligroso que puede llegar a ser el sistema de justicia en la protección de derechos.

En el proceso n.º 17240-2017-00007, la resolución de aceptación de las medidas cautelares llega después de un año, es decir, medio año después de que la accionante falleciera. Queda por lo tanto un gran reto que aún el sistema judicial no ha podido superar y es que la demora en sus resoluciones, está provocando en el caso de la salud, la inminente vulneración de derechos, llegando a ocasionar la muerte de pacientes que nunca lograron recibir la medicina necesaria. Sin embargo, yendo al fondo del problema, no es la justicia a quién le correspondía inicialmente la labor de proteger el derecho a la salud de la ciudadana accionante, sino que en este caso, era la entidad de salud tratante, la que debía realizar las debidas acciones para que se destine el presupuesto necesario para la adquisición de los medicamentos.

Por su parte, al abordar la situación de las acciones extraordinarias de protección incoadas en el seno de la Corte Constitucional (CC), es merecedor mencionar una de las resoluciones hito dadas en por este órgano judicial, esto es la sentencia n.º 364-16-SEP-CC, del caso 1470-14-EP, del 15 de noviembre de 2016. En el presente caso, si bien el

tiempo de espera desde el ingreso de la acción fue de dos años, esta contiene jurisprudencia vinculante de gran impacto tanto en el Estado como en la sociedad. Entre los mandatos de relevancia desarrollados en la sentencia del CC, se señala:

[...] Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal, oficie a las casas de salud que integran el régimen de seguridad social en el sentido que no podrán, por cuestiones meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas portadoras de VIH la medicación que forma parte de su tratamiento médico, conforme a la valoración médica de cada uno de los pacientes. [...].

Disponer a las instituciones de la red pública de salud, que deberán aprovisionarse de la medicación necesaria y suficiente que se prescribe y suministra a los pacientes portadores de VIH, a fin que sus respectivas farmacias no se encuentren desabastecidas de dicha medicación. [...].¹⁴⁵

Aunque la sentencia no lo dice de forma explícita, indirectamente lo que está ordenando la Corte Constitucional es que a través de la red pública de salud del Ecuador, se prevea un presupuesto adecuado que permita la provisión de medicinas para el tratamiento del VIH, evitando de esta forma que en lo posterior sigan existiendo casos de personas que reclaman el acceso a dicho derecho. En este sentido, queda claro que la principal situación que el Estado debe enmendar en estos casos, es la cuestión presupuestaria, pues no existirá tal reparación de derechos si no se otorga la medicina que los pacientes demandan para la cura de sus enfermedades.

Sin embargo, es necesario acotar que el sistema de justicia no sólo que se ha encontrado con casos individuales de personas que buscan mejores días de vida a través de los medicamentos, sino también que existen casos de afectaciones colectivas, donde las comunidades han sido víctimas de daños severos involucrados de forma directa con el derecho a la salud. En este sentido, según lo expone Jaime Breilh: “es imposible construir una mirada emancipadora e integral del derecho a la salud focalizando la justiciabilidad en el plano único biomédico, abarcando solamente, y en el mejor de los casos, las obligaciones jurídicas que corresponden al orden individual, y descuidando las obligaciones que emanan de las órdenes particular y general”.¹⁴⁶

En tal sentido, la entrega de medicinas o servicios de salud a casos específicos no hacen más que mostrar la forma tan limitada y restrictiva del aparato estatal de “comprender” la dimensión de la protección del derecho a la salud. En el cuadro

¹⁴⁵ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia No. 364-16-SEP-CC". *Caso n.º 1470-14-SEP*, 15 de noviembre de 2016, 40.

¹⁴⁶ Breilh, “El nuevo pensamiento crítico latinoamericano y el desarrollo de la justicia y los derechos en salud” (ponencia, Honorable Senado de la Nación de Argentina, Palacio Legislativo, Mar del Plata, 12 de marzo de 2013).

previamente expuesto, se describen tres casos de comunidades que han acudido al sistema de justicia en busca del respeto de sus derechos.

En los casos de la Comunidad Cofán Sinangoe y Río Blanco - Molleturo, se exige principalmente la protección del derecho a la consulta previa, libre e informada. La vulneración de dicho derecho en tales comunidades trajo consigo una serie de daños en cadena entre los cuales por ejemplo se encuentra el derecho a salud, en conexión directa con los perjuicios causados a las vertientes de agua, suelos, vivienda, medio ambiente sano, alimentación, trabajo, en general a los derechos del buen vivir. Por otro lado, en el caso Mirador, en la cual se solicita la reparación integral de 36 familias campesinas e indígenas en Tundayme, desalojadas a causa de la concesión minera, es evidente que estas poblaciones fueron obligadas a ceder ante la presión impuesta por la empresa minera con el visto bueno del Estado, causando severos daños no solo en ámbito corporal de la persona sino en el campo del social, cuyas afectaciones llegan a ser incluso sujeto de muy difícil reparación.

Según lo expuesto, el resultado de todos estos casos, requiere mirar más allá de las acciones constitucionales y las respuestas de la función judicial, pues como se ha visto, el derecho en la actualidad, al menos en el Ecuador, está tendiendo a la prácticas de nuevos paradigmas de vida y protección de derechos, dando mayor apertura para que los ciudadanos como sujetos individuales o colectivos, eleven sus reclamos. Sin embargo, el Derecho como ciencia, sigue siendo un arma de doble filo. Existen garantías normativas que en efecto, han dado como resultado sentencias históricas nunca antes vistas, si tan sólo con ello se pudiera la realidad de la salud, seguro se andaría en muy buen camino.

El problema sin embargo, tiene que ver con que la forma en que el “paradigma científico ha facilitado la hegemonía de un modelo estrecho de 'toma de decisiones basadas en la ciencia' que utiliza la incertidumbre como recurso de expiación de culpa, como instrumento de maniobras ligadas a intereses estratégicos y como obstáculo para la aplicación del principio de precaución”.¹⁴⁷ Con ello, se trata de explicar la lógica del actual sistema de justicia, un modelo que vive actuando frente a violaciones inminentes de los derechos y que no ha visto más allá de ello, es decir, de prevenir los daños, implementando por ejemplo un modelo de justicia en donde se haga control constitucional

¹⁴⁷ Matthieu Craye en Ramiro Ávila et al., *El Sistema de Aspersiones Aéreas del Plan Colombia y sus Impactos Sobre el Ecosistema y la Salud en la Frontera Ecuatoriana* (Quito, Ecuador: Comisión Científica Ecuatoriana, 2007), 46.

del presupuesto, precaución para la no proliferación de daños al medio ambiente, de propagación de enfermedades u otros.

Actualmente, en el Ecuador la idea del derecho a la salud como derecho universal de todos y para todos, está lejos de ser una realidad. Se ha pretendido que la sociedad a través de los preceptos jurídicos constitucionales cree e interiorice el discurso político de “salud gratuita y eficiente”, cuando lo que está sucediendo en la realidad es que las personas están muriendo día a día por la falta de acceso a medicamentos, intromisión en sus comunidades, afectando el acceso al agua, la vivienda, la alimentación, el trabajo, entre otros, elementos indispensables para la recuperación del cuerpo y las dolencias que las enfermedades podrían causar.

En esta línea de pensamiento, sobre la situación específica de la justiciabilidad del derecho a la salud, ha escrito Gloppen y Roseman, indicando:

Si la litigación de los derechos de la salud no repara (o, en rigor, sostiene o exagera) los problemas estructurales de un sistema de salud viciado, los beneficios localizados no deben sobreestimarse. Al mismo tiempo, [...] los casos que involucran los derechos de la salud pueden, en algunas circunstancias, tener valor transformador y reducir la injusticia social. Los fallos históricos también pueden acicatear la litigación en relación con otras cuestiones y en otros ámbitos, y conducir, de este modo, a efectos que superan el caso individual.¹⁴⁸

Según dicha exposición, no puede de ninguna manera negarse la importancia que en la actualidad posee el acceso al sistema de justicia como medio para la realización de derechos, pues específicamente en el caso ecuatoriano, 10 años después de haber implementado un nuevo modelo de Estado a través de su Constitución, se posee fallos de importante incidencia política, económica y social en donde la CC ha pretendido crear reglas jurisprudenciales para el tratamiento del derecho a la salud.

Es además importante reflexionar que la función de los jueces no debe considerarse la medicina a la crisis del sistema de salud. Si bien la judicialización ha sido un instrumento de lucha social, la obligación del Estado va mucho más allá de poseer jueces innovadores o un sistema de justicia presto a tratar desde el punto de vista de los derechos humanos este tema, sino que requiere un sistema de salud integrador en donde no sea necesario acudir al sistema judicial, pues la organización presupuestaria alcanzaría de modo suficiente para cubrir gastos de enfermedades que requieren medicinas diferentes a las comunes o habituales, así como para no tener que recurrir a la explotación

¹⁴⁸ Gloppen y Roseman, *La lucha por los derechos de la salud*, 28.

y degradación del medio ambiente como forma de obtener capital para la inversión en las diferentes áreas de la sociedad.

4. La relación del presupuesto y el derecho a la salud

La cuestión del financiamiento en el área de la salud es la parte medular del problema que enfrenta el servicio de salud, las críticas nacen y apuntan hacia los ajustes que debe implementar el gobierno en esta área. Existe ya una clara idea de la obligación que se ha generado en el Estado para enfrentar esta crisis social, sin embargo, la verdadera pregunta surge en base a cómo el Estado a través de sus recursos, invierte dicho capital para la protección de la salud.

En la actualidad, la salud es un bien que se ha mercantilizado y es por ello que pensar en la discusión respecto de que el mercado debe auto regularse sin la intervención del Estado, no se sostiene. Si tal auto regulación fuera la lógica a seguir por ejemplo de los países sub desarrollados, los únicos que podrían acceder al bien *salud* serían los dueños del capital o quienes por diferentes motivos pudieran incurrir en los gastos ocasionados por su estado de salud. Sin embargo, la situación de la gente de clase media y baja sería deplorable, pues simplemente sus ingresos no podrían asumir ningún tipo de financiamiento para la cura de enfermedades, pues sus escasos ingresos sirven principalmente para vivienda y alimentación.

El reto que se plantea al tratar la relación del presupuesto con la salud, requiere erradicar la lógica simplista de un presupuesto que cubra un sistema de sanidad dedicada a curar enfermedades y que aborde cuestiones de índole social tanto de prevención y promoción de la salud, situaciones sin las cuales no sería posible una verdadera lucha contra las causas y efectos que están provocando la proliferación de enfermedades.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS), respecto de la importancia que posee el financiamiento en el sector salud ha indicado:

[L]a falta de universalidad y equidad en el acceso a servicios de calidad y de una cobertura apropiada, [...] tiene un considerable costo social y efectos empobrecedores en los grupos de la población que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad. Está comprobado que cuando existen barreras de acceso a los servicios (ya sean económicas, geográficas, culturales, demográficas, u otras) el deterioro de la salud no solo implica mayores gastos, sino también la pérdida de ingresos. [...]. La insuficiencia de financiamiento y la ineficiencia en la asignación y el uso de los recursos disponibles para la atención de la

salud representan retos importantes para el avance hacia la equidad y la protección financiera.¹⁴⁹

En este sentido, si bien el Estado asume su responsabilidad como principal garante del derecho a la salud de sus ciudadanos, este debe asumir tareas de múltiples dimensiones que no se agotan en permitir el acceso al sistema de salud, sino en eliminar las barreras históricas que han ubicado a los pobres como la clase más enferma, cuyos altos índices de mortalidad no ha sido únicamente el producto de la falta de acceso a un servicio de salud de calidad, sino de factores étnicos discriminatorios, falta de sistemas de agua potable, gestión de desechos, educación, u otros que han ubicado a estas personas en situación de compleja vulnerabilidad.

Para la realización de esta inversión, no se trata únicamente de mirar a la práctica jurídica desde el punto de vista de los derechos que recaen en la corporalidad del ser humano como lo es la salud, sino también reconocer que existen derechos que son conexos y que recaen sobre la responsabilidad de las instituciones jurídicas que permiten una verdadera práctica de derechos, en este caso, el presupuesto público. Sobre este tema, es importante mencionar que el gasto público es también un derecho constitucional.

Al respecto, José Vicente Troya, al referirse al gasto público dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia considera que:

[L]a Constitución ecuatoriana constituye el primer mecanismo de protección tanto de los beneficiarios del gasto público como de los contribuyentes que aportan para el soporte de dicho gasto. Sin embargo, este prometedor panorama no es claro en cuanto a los mecanismos y acciones aplicables para el reconocimiento de los derechos y garantías que se han de proteger, por lo que se necesita, en primer lugar, desentrañar la naturaleza del Estado garantista, el nuevo papel del juez constitucional ecuatoriano, para luego descender en el tema, es decir, la debida forma en que tales derechos han de verificarse.¹⁵⁰

Por lo tanto, la relación derecho a la salud y presupuesto contiene una relación de ida y vuelta, el derecho al gasto público se configura en virtud de que los ciudadanos son permanentes contribuyentes al erario público. Esta situación desemboca en la necesidad de que el gasto sea dirigido hacia la protección de derechos, que en principio viene dado por la propia Constitución, la cual vino a dar valor supremo a los derechos en general y que además, dotó a los ciudadanos de instrumentos jurídicos como las garantías constitucionales y el acceso a la justicia para la tutela de sus derechos.

¹⁴⁹ Organización Panamericana de la Salud, *Financiamiento de la salud en las Américas*, 2017, https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?post_t_es=financiamiento-de-la-salud-universal.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

Sobre este punto es importante considerar que: “el gasto público para satisfacer [...] derechos puede compartirse, y así la carga financiera no cae exclusivamente en el Estado. Lo que no se puede obviar es que el propio Estado sea el que suma la responsabilidad de que las prestaciones se den, ya sea a su cargo, ya al de otros agentes”.¹⁵¹ En este sentido, no existe forma alguna de disminuir o eliminar la carga que posee el Estado respecto del otorgamiento del derecho a la salud en su integralidad. Los derechos no son acciones que deben fomentarse en momentos circunstanciales o cuando el presupuesto sea amigable, al contrario el derecho al gasto público se refiere justamente a la capacidad del Estado de proteger en todo momento, la práctica sostenida y responsable de los derechos.

La lección para el Estado es que debe realizar el control, creación y ejecución de políticas públicas, que permitan observar al presupuesto público como una expresión de derechos que se configuran a través de un gasto público responsable. Específicamente, en el caso del derecho a la salud, observar que las personas sanas no sólo implican menos gastos para el Estado, sino que representa un factor de alta productividad para la sociedad. En consecuencia, el presupuesto está llamado a atender aquellas falencias sistemáticas del sector salud que den fin a la brecha social existente, acción sin la cual, no sería posible salir del subdesarrollo.

4.1. El financiamiento de la salud en el Ecuador

En la línea de exposición realizada anteriormente y considerando que este trabajo de investigación posee un enfoque desde la realidad del Estado constitucional ecuatoriano, es necesario estudiar las normas que la Constitución ha desarrollado para el tratamiento del Presupuesto General del Estado (PGE) en relación con el sector salud. Los mandatos constitucionales analizados serán llevados al estudio de las cifras económicas sobre ingresos y gastos en salud a fin de conocer como ha actuado la administración gubernamental en la protección de este derecho.

Como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, la salud en el Ecuador constituye un derecho de atención prioritaria. La Constitución ecuatoriana para el cumplimiento de este derecho posee algunos mandatos que reconocen la intrínseca y necesaria vinculación

¹⁵¹ *Ibíd.*, 54.

que posee un adecuado financiamiento para la garantía del derecho a la salud. En este sentido, el artículo 366 de dicha norma suprema, ordena:

El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y *deberá provenir de fuentes permanentes*¹⁵² del Presupuesto General del Estado. Los recursos públicos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud.

El Estado financiará a las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas y privadas siempre que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos. Estas instituciones estarán sujetas a control y regulación del Estado.¹⁵³

Por lo tanto, se puede entender que mediante dicho mandato constitucional, el Estado no podrá alegar falta de recursos para la inversión social en salud, pues el dinero destinado a este fin deberá venir de aquellas fuentes de ingresos que año a año posee el Ecuador. A su vez, esta situación no excluye de la capacidad que posee el Estado para financiar dicho sector con fuentes de ingresos no permanentes, pues se trata de un área muy sensible expuesta a cambios por crisis sociales, ambientales, culturales o de otra índole.

Además, es necesario considerar que la salud deberá financiarse en base a criterios tanto demográficos como epidemiológicos. En este sentido, el destino de los recursos deberá atenerse a parámetros sociales que identifiquen áreas sensibles en donde debe actuar el Estado con criterios altamente eficaces. Así mismo, se plantea la indispensable necesidad de que la salud sea gratuita y de calidad.

En esta misma línea, respecto de la forma cómo se deberá destinar los recursos del sector salud en el Ecuador, por primera vez la Constitución del año 2008 se da a la salud un tratamiento especial. En el artículo 298 de este cuerpo legal se indica lo siguiente:

Se establecen preasignaciones presupuestarias destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados, *al sector salud*, al sector educación, a la educación superior; y a la investigación, ciencia, tecnología e innovación en los términos previstos en la ley. Las transferencias correspondientes a preasignaciones serán predecibles y automáticas. Se prohíbe crear otras preasignaciones presupuestarias.¹⁵⁴

¹⁵² Las fuentes permanentes de financiamiento del Estado ecuatoriano son: impuestos, rentas de inversiones y multas, tasas y contribuciones, transferencias y donaciones corrientes, venta de bienes y servicios y otros ingresos. Véase: Asamblea Nacional, Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social, y UNICEF, *La Inversión Social en el Presupuesto General del Estado 2011* (Ecuador, 2011), 14, https://www.unicef.org/ecuador/Asignacion_PGE_2011_web.pdf.

¹⁵³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 366. Énfasis añadido.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 298. Énfasis añadido.

En base a esta normativa constitucional, se espera que respecto del tema de la salud, las preasignaciones presupuestarias obliguen a que se respeten los fondos destinados a los gastos en los cuales el sector salud debe incurrir, asegurando de esta manera que cierto porcentaje del PGE cubra dicho sector.

Por su parte, es necesario indicar que hace 10 años con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, se dejó establecida una disposición transitoria sobre el PGE y la salud. Esta corresponde a la vigesimosegunda disposición transitoria que ordena: “El Presupuesto General del Estado destinado al financiamiento del sistema nacional de salud, se incrementará cada año en un porcentaje no inferior al cero punto cinco por ciento del Producto Interior Bruto, hasta alcanzar al menos el cuatro por ciento”¹⁵⁵ (*sic*, seguramente “Interno”).

La disposición fue clara en su intención al requerir que el PIB del Estado tenga al menos un mínimo de relación con la inversión en salud. Cabe analizar sin embargo, cuáles fueron los efectos reales de dicha disposición y cómo se procedió con su aplicación. Se debe aclarar que alcanzar el 4 % de inversión en salud respecto del PIB, no debe ser entendida como la meta ideal, sino que después de su cumplimiento este nivel de inversión presupuestaria debe tender a la alza.

Sobre este tema en particular, la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos ha manifestado que: “El financiamiento del sector público de salud (en el Ecuador) es una expresión del respeto a las normas constitucionales y de la voluntad de construir una sociedad que defiende el derecho a la salud. El financiamiento del sector debe ser acorde con el crecimiento del Producto Interno Bruto, PIB, para enmarcarse en la Constitución”.¹⁵⁶ En este sentido, a fin de analizar la inversión que realiza el Ecuador en el sector salud y contrastar con el PIB del Estado, se presenta un análisis cualitativo de los ingresos y gastos del sector salud del presupuesto general del Estado, frente a los datos del PIB del Ecuador, analizados desde el año 2008 hasta el cierre del año 2017.

La información recolectada sobre la ejecución presupuestaria del PGE¹⁵⁷ dada por el Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador (MEF), se presenta en el Anexo 4 de esta investigación, cuyos datos se manifiestan de la siguiente manera:

¹⁵⁵ *Ibíd.*, disposición transitoria vigesimosegunda.

¹⁵⁶ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INRED, *¿Un derecho enfermo? La salud en el Ecuador.*, 173.

¹⁵⁷ Según la página web oficial del Ministerio de Economía y Finanzas del Ecuador: “Las estadísticas del PGE corresponden a una operación estadística basada en registros administrativos de las entidades y organismos públicos que conforman dicho ámbito y transaccionan en el Sistema de Administración Financiera”. Véase: Ministerio de Economía y Finanzas, *Información General de*

En primer lugar, es merecedor conocer que la conformación del sectorial salud corresponde al conjunto de instituciones que realizan actividades interrelacionadas con el área de la salud como son: Ministerio de Salud Pública (MSP), Agencia de Aseguramiento de la Calidad de Servicios de Salud y Medicina Prepagada (ACCESS), Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos Tejidos y Células (INDOT), Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), Instituto Nacional de Investigación en Salud Pública – INSPI- Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, Consejo Nacional de Salud (CONASA).¹⁵⁸ Por lo tanto, las actividades que realizan estas instituciones y que requieren de financiamiento, corresponden al sector salud en el Ecuador.

En general, en el país existe un monto presupuestario que año a año intenta financiar el sector salud, el mismo que se evidencia en el rubro “ingresos iniciales”,¹⁵⁹ este valor que corresponde a una porción de los ingresos permanentes del Estado, principalmente financiado por los impuestos, muestra cantidades de ingresos muy parecidas en el periodo 2010 al 2017, sin embargo los ingresos inicialmente presupuestados para los años 2008 y 2009 son extremadamente superiores al promedio del periodo antes mencionado.

La situación de ingresos iniciales ha sido contrastada con los ingresos que realmente percibió el Estado y que pudo destinar al sector salud, cuyo rubro se lo ha identificado como *ingresos percibidos*.¹⁶⁰ La información de este apartado desde el año 2009 al año 2017 muestra un ingreso recaudado muy similar, la diferencia únicamente se evidencia en el año 2008, en donde se invirtió un porcentaje superior al promedio anual de cada año. Sin embargo, es importante considerar que los rubros analizados en este periodo muestran un nivel de estabilidad en cuanto a las asignaciones que el Estado ha considerado dar al sector salud, en este sentido se puede evidenciar la importancia que tiene el financiar este sector con ingresos permanentes que no desestabilicen las actividades de salud, tal como lo manda la Constitución.

Estadísticas del PGE (Ecuador, 2013), <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/06/Ficha-Informativa-Operaci%C3%B3n-Estad%C3%ADsticas-Presupuestarias.pdf>.

¹⁵⁸ Ecuador Ministerio de Economía y Finanzas, accedido 12 de septiembre de 2018, <https://www.finanzas.gob.ec>.

¹⁵⁹ “Corresponde al monto inicial aprobado por la Asamblea Nacional”. Véase: Ministerio de Economía y Finanzas, *Información General de Estadísticas del PGE*.

¹⁶⁰ “Comprende el monto acumulado efectivamente recaudado a una fecha de corte de la información determinada”. Véase: *Ibíd.*

Sin embargo, es necesario considerar que de la proyección inicial de ingresos a los ingresos realmente percibidos, los años 2008 y 2009 muestran diferencias muy elevadas, pues por cada dólar que se proyectó invertir en salud se invirtió en promedio el 0.37 % de ese dólar. Cabe resaltar sin embargo que los años 2013, 2015 y 2016 superaron las expectativas de ingresos iniciales, pues se recaudó en promedio un 17 % más del dinero inicialmente planificado.¹⁶¹ Los años restantes del periodo en discusión muestran ingresos realmente percibidos por debajo de la proyección de ingresos inicial.

Respecto del análisis de los gastos iniciales, es merecedor iniciar informando que los ingresos iniciales que posee el Estado en el periodo analizado, han alcanzado a cubrir en promedio únicamente el 3.08 % del total de los insumos y servicios de salud o gastos inicialmente proyectados en el PGE. Esta situación indica que en el Ecuador, el sector salud está dependiendo directamente de los ingresos no permanentes del Estado tales como: ingresos por la venta del petróleo, créditos financieros, ventas de activos del Estado, entre otros. Por lo tanto, por más que a nivel constitucional se intente proteger cierta cantidad de dinero para destinarlo al sector salud, este dinero resulta casi insipiente respecto de los gastos en los cuales debe incurrir el Estado para la protección del derecho a la salud.

Al analizar los datos sobre los gastos efectivamente realizados o dinero desembolsado por concepto de salud, se puede determinar que dichos valores denominados como *gastos percibidos*, están muy por debajo de los valores iniciales de gastos. Esta situación se da debido a que si bien, inicialmente cada una de las instituciones parte del sector salud anuncian sus gastos y son reflejados en el PGE, es evidente que no se puede gastar lo que no se tiene. En promedio el Estado gasta alrededor de la mitad del presupuesto inicialmente programado, pues los recursos no han llegado a efectivizarse.

Relacionar estas variables presupuestarias con el PIB del Estado, muestran similares realidades a las antes descritas. La situación actual que enfrenta el PGE es que a nivel de ingresos tanto inicial como percibido, dichas cifras están muy por debajo del 1% respecto del PIB del Estado. Al referirse a los gastos iniciales que en papel se deja escrito en el PGE, estos alcanzan a proyectar un máximo del 3.52 % del PIB del Estado, situación que se refleja con los datos del año 2015.¹⁶² El promedio de esta proyección de gastos iniciales en el periodo 2009 – 2017 se ubica en el 2.44 %. Sin embargo, la realidad

¹⁶¹ Ecuador Ministerio de Economía y Finanzas.

¹⁶² *Ibíd.*

del financiamiento que ha desembocado en pagos en el sector salud, corresponde a cifras que en promedio en el período estudiado, alcanzan el 1.09 % del total del PIB del Ecuador.

Esta situación es claramente preocupante, y las cifras pueden ser muy engañosas. No basta con poseer una Constitución que manda la realización de preasignaciones presupuestarias y financiamiento del sector salud con ingresos permanentes del Estado, pues claramente ese dinero es simbólico respecto de los gastos que el sector salud debe afrontar. La disposición transitoria de la Constitución que manda el aumento del 0,5 anualmente en el PGE para el financiamiento del sector salud claramente sigue siendo una utopía, profundizándose esta situación aún más cuando se pone como meta alcanzar al menos el 4 % del total del PIB del país para destinarlo a la salud.

Respecto de la relación que debería tener el PIB del Estado con el financiamiento del sector salud, la Organización Panamericana de la Salud se ha propuesto como línea estratégica de acción la necesidad que tienen los países de: “Aumentar el *GPS* [Gasto Público en Salud] *hasta el nivel de referencia del 6% del PIB*, lo que implica un compromiso de la sociedad en su conjunto para incrementar el espacio fiscal reservado a la salud en términos de nuevas fuentes públicas de financiamiento, con la búsqueda de la equidad como principal objetivo”.¹⁶³

En este sentido, el Ecuador tiene aún un gran objetivo por alcanzar en cuanto al financiamiento del sector salud, los resultados que arrojan los datos del MEF muestran un sistema de salud que a nivel nacional requiere reinventarse en su forma de administrar el presupuesto, pues ni siquiera 10 años después de la vigencia de la constitución ecuatoriana, se ha logrado alcanzar el 4 % del PIB para inversión en salud, situación que deja al Ecuador muy lejos de lograr el 6 % del PIB planteado por la Organización Panamericana de la Salud. Se observa que el sector denominado *Tesoro Nacional*, cuenta a través de la cual el Estado paga sus obligaciones, está ocupando la mayor parte del financiamiento del Estado, seguida del sector *Educación* y el sector *Salud*, sin embargo, estas áreas sociales no terminan de tener una cobertura de calidad y su financiamiento sigue siendo un reto que debe asegurarse a través del propio Estado.

¹⁶³ Organización Panamericana de la Salud, *Financiamiento de la salud en las Américas*. Énfasis añadido.

5. Problemas constitucionales y retos a asumir sobre el presupuesto del Estado para la garantía del derecho a la salud

La plena vigencia del derecho a la salud de los ciudadanos y ciudadanas, constituye un objetivo que debe ser responsablemente administrado por el aparato estatal cuyo modelo de Estado aborda con primacía la aplicación de derechos y justicia. En el caso ecuatoriano, la salud si bien ha tenido un importante desarrollo normativo a nivel constitucional, es necesario a la vez asumir los nuevos retos que este nos presenta. El presupuesto como principal instrumento de la garantía del derecho a la salud requiere varios ajustes que en la integralidad de su aplicación provocarían resultados positivos, esta situación se explica en líneas posteriores.

En primer lugar, según el análisis que ha venido desarrollando esta investigación, el debate sobre el carácter jurídico del Presupuesto General del Estado (PGE) no ha sido un tema que interese desde el nivel político, por lo cual su importancia sigue sin tener un debate coyuntural al interior del país. El problema se genera desde la propia Constitución pues sobre el PGE esta norma suprema manda: “*El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados*”.¹⁶⁴

Cuando la propia norma suprema del Estado menciona al PGE como un mero instrumento del sector público financiero, este queda definido como un documento que si bien debe ser aprobado por vía legislativa, lo único que se gana es el investirlo de legalidad formal. Sin embargo, dicha legalidad no es suficiente a la hora de evidenciar o reclamar fallas en la aplicación del PGE. El hecho de que la Constitución ecuatoriana siga dando al presupuesto carácter jurídico formal, limita la plena garantía de derechos, pues al no contar con una ley presupuestaria investida de carácter jurídico material, que desarrolle derechos y garantías, jamás será posible abordar una discusión de tipo jurídico ante los juzgados o cortes respecto de los ingresos y gastos que debe realizar el Estado, en este caso específico, en el sector salud.

Como se ha mencionado previamente, en países como España, la doctrina ha agotado la discusión de la ley presupuestaria como una dicotómica idea separatista de ley

¹⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 292. Énfasis añadido.

formal o material, pues simplemente se ha convenido que esta debe ser en sentido pleno, además, en la práctica jurídica los ciudadanos o instituciones poseen la capacidad de acudir al sistema de justicia en defensa del presupuesto asignado hacia la protección de los derechos, es decir es posible hacer seguimiento y control judicial al presupuesto.¹⁶⁵

En este contexto, cabe mencionar que la no existencia de una ley de presupuestos en el Ecuador, produce a su vez la exclusión directa de los ciudadanos en las decisiones de financiamiento del país y por ende, la aplicación de un verdadero sistema de democracia directa.

La explicación de esta aseveración se funda en lo constante en artículo 61 de la Constitución en la cual, expresamente garantiza como derechos de participación la inclusión de los ciudadanos en los asuntos de interés público y el derecho a ser consultados. Sobre el tema de la aprobación de una ley, la Constitución prevé en el artículo 137, párrafo segundo que: “Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos”.¹⁶⁶ Respecto a ello, el Código Orgánico de la Función Legislativa, sobre el tema de participación ciudadana, determina:

La Asamblea Nacional promoverá la participación efectiva de la ciudadanía en las diferentes etapas *de la formación de las leyes*, a través de mecanismos tales como la recepción de sugerencias y observaciones, foros de consulta, mesas itinerantes a diversos lugares del territorio nacional, entre otros. Los aportes recibidos por parte de los diferentes sectores, organizaciones o personas se procesarán a través de las comisiones especializadas correspondientes.

Se establecerán mecanismos que promuevan el acercamiento e interrelación de la sociedad civil con las y los asambleístas y las comisiones especializadas.¹⁶⁷

Estas normas son claras al mencionar que la participación de los ciudadanos en la función legislativa será únicamente en el proceso de aprobación de una ley, situación que

¹⁶⁵ Sentencia 44/2018, de 26 de abril (BOE núm. 130 de 29 de mayo de 2018) *Caso: Conflicto entre Órganos Constitucionales 356-2017*. Este caso fue promovido por el Gobierno de la Nación frente a los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados respecto de una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre modificación del artículo 42.1 del estatuto de los trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. Veto presupuestario: rechazo por la mesa de la cámara del veto opuesto por el Gobierno a una iniciativa legislativa por su insuficiente conexión con los ingresos y gastos públicos (STC 34/2018). Resolución: Desestimar el conflicto entre órganos constitucionales del Estado núm. 356-2017, promovido por el Gobierno contra el Congreso de los Diputados. Véase: España Tribunal Constitucional de España, accedido 19 de septiembre de 2018.

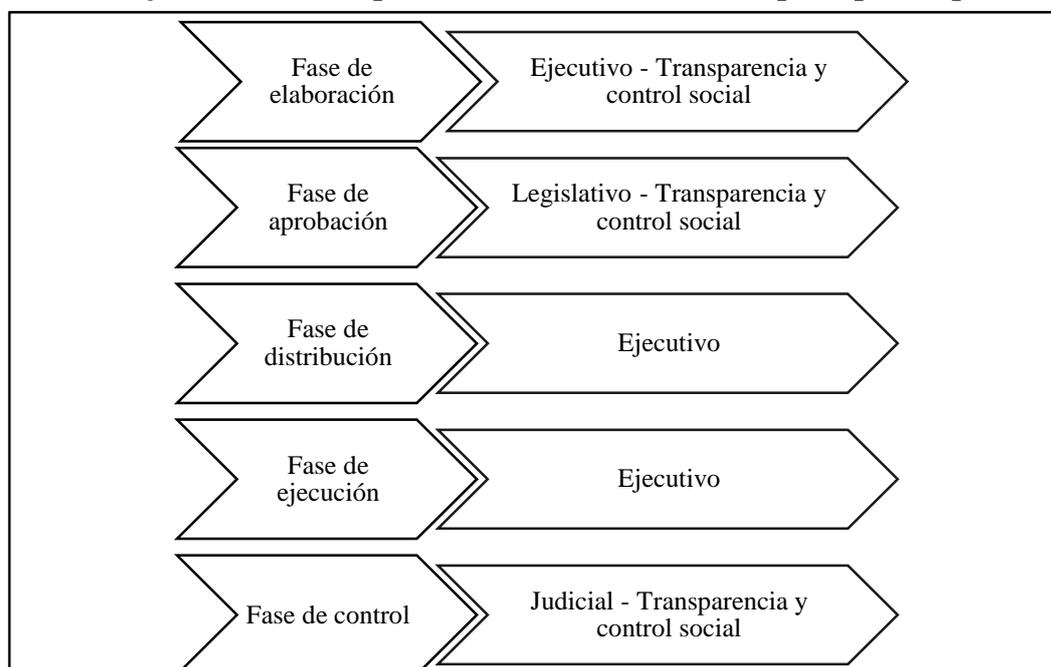
¹⁶⁶ *Ibíd.*, art. 133, parr. II.

¹⁶⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, Registro Oficial 642, 2009, art. 157. Énfasis añadido.

se desarrolla desde el propio nivel constitucional. La conclusión por lo tanto es la misma, es decir, los ciudadanos están exentos de inmiscuirse en las decisiones de financiamiento que cubrirían rubros atados a los derechos constitucionales, pues el PGE es únicamente un instrumento de finanzas públicas no judicializable.

Ante la situación previamente descrita, se plantea a continuación varios puntos focales que se considera deben ser incorporados en el ámbito constitucional para la gestión inclusiva del presupuesto y la protección de derechos.

Tabla 5
Elementos jurídicos a incorporarse en el tratamiento del presupuesto público¹⁶⁸



Fuente: Propuesta realizada en base a las funciones del Estado, creadas por la Constitución ecuatoriana del año 2008.

Elaboración propia

A modo explicativo, lo que se intenta a través de esta propuesta no es un desarrollo del aparato burocrático estatal sino más bien el de brindar herramientas que aseguren la materialización de los derechos. La fase de elaboración requiere no sólo un nivel ejecutivo comprometido sino que éste, debe escuchar las demandas sociales a través de las diversas formas y/o mecanismos de participación ciudadana.

La fase de aprobación si bien requiere un ámbito jurídico formal (aprobación por parte de la Asamblea Nacional), este debe avanzar hacia el desarrollo de una Ley de

¹⁶⁸ A efectos de esta investigación, por *Transparencia y Control Social* debe entenderse claramente lo establecido en el artículo 204 de la Constitución del Ecuador: “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. [...]”.

Presupuestos en donde se desarrollen deberes, derechos y garantías a cumplir en el ámbito de las finanzas públicas y que a su vez, considere aquello que la propia sociedad a estimado necesario o primordial.

Por su parte, se considera que la parte de distribución y ejecución debe estar directamente encargada a la función ejecutiva, pues son los órganos estatales los llamados a ejecutar el presupuesto que vino asignado luego de un proceso de profundos debates y consensos. Sin embargo, si en algún momento, uno de los procesos previos al efectivo goce de los recursos estuviera fallando, existe una vía judicial que debe ser activada, esto con la intención de que sea el sistema de justicia el que determine situaciones adversas a las establecidas en la Ley de presupuestos y sus respectivas sanciones.

Además, también le compete a la ciudadanía ejercer control sobre el presupuesto, siendo esta la forma de crear una verdadera participación ciudadana veedora de los actos de los órganos de administración estatal. En este punto, es merecedor destacar la importancia que tiene la presupuestación participativa, que no es otra cosa más que “un procedimiento político y ciudadano que habilita espacios ciudadanos para que estos discutan y aporten criterios a considerar en la administración pública”.¹⁶⁹ La valoración que los gobernantes seccionales, locales o nacionales den a esta práctica, repercutirá en gran medida a la situación social de sus involucrados, pues se estaría apostando por una forma pública y transparente de distribución de recursos, en donde la ciudadanía tenga el poder de decidir y controlar la ejecución del presupuesto. Sin duda, esta es una situación que para que llegue a realizarse, deberá contar con la participación activa de todos los ciudadanos, creando una cultura de arraigo hacia el interés de lo público, que podría generar verdaderos cambios en la gestión presupuestal y la protección de derechos.

El diseño aquí planteado corresponde al análisis jurídico – financiero realizado a lo largo de esta investigación, sin duda, es necesario reinventar la economía no solo desde el ámbito netamente cuantitativo, sino también cualitativo, en donde las diferentes funciones del Estado estén llamadas a organizar y controlar la ejecución del presupuesto desde las competencias que correspondan.

Si bien el tema aquí abordado nace desde la preocupación focal de la salud, este planteamiento no se agota en este derecho sino que busca una reconfiguración jurídica integral que proteja la universalidad de los derechos plasmados en la Constitución. La

¹⁶⁹ Ernesto Ganuza y Francisco Francés, *El círculo virtuoso de la democracia: los presupuestos participativos a debate*, Primera edición, Monografías 278 (Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2012), 16.

OPS, en similar línea de pensamiento ha indicado que: “Es necesaria una concepción integral del financiamiento que promueva una inversión sostenida, con una evaluación permanente de la calidad y de la agilidad en la ejecución del gasto presupuestario”.¹⁷⁰

Por lo tanto, no se intenta develar una fórmula perfecta para la gestión del presupuesto, mas sin embargo, se desarrolla una propuesta jurídica que pretende dar mayor seguridad jurídico - social a la hora de exigir la aplicabilidad de un derecho respecto del costo que su cumplimiento requiere.

6. El desafío de la sociedad emancipada. Una mirada desde el derecho a la salud en el Ecuador

Una vez que se ha realizado un desarrollo teórico analítico respecto del presupuesto público y su relación con la aplicación del derecho a la salud desde el ámbito jurídico, es necesario considerar que en la actualidad, producto de una serie de revueltas y conmociones sociales, la discusión sobre las reivindicaciones de derechos no se agota en el escritorio de los políticos o decisores gubernamentales, sino que ha trascendido. La nueva era requiere una sociedad empoderada, que en el caso específico de la salud, por un lado exija la creación de leyes, programas, políticas y planes contra las enfermedades así como la necesidad del reconocimiento de aquellas prácticas y conocimientos ancestrales como saberes que forman parte del sistema de salud ecuatoriano.

La reinención del derecho hacia la integración de la sociedad como elemento clave de desarrollo, es el punto focal que nos interesa. Siguiendo las palabras de Boaventura de Sousa, en su análisis sobre la posibilidad de que el derecho sea emancipatorio, se plantea la imperante necesidad de: “reinventar el derecho de forma que encaje con las reivindicaciones normativas de grupos sociales subalternos y sus movimientos y organizaciones que luchan por alternativas a la globalización neoliberal”.¹⁷¹

El planteamiento aquí expuesto en relación a la lucha social en el tema de la salud, exige la organización de la sociedad respecto de la cuestión hegemónicamente impuesta, en donde se visualice que el sistema de opresión y exclusión no he dejado más que un

¹⁷⁰ Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS), *La equidad en la mira: la salud pública en Ecuador durante las últimas décadas*. (Quito: Noción, 2007), 220.

¹⁷¹ Boaventura De Sousa Santos, "*Sociología crítica de la justicia*" en *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 551.

grave fenómeno de insalubridad. Hoy, lo que se busca es ahondar en el sentido común de los intereses sociales, que permitan aglutinar ideas y acciones, que abran paso al camino de la lucha contrahegemónica en donde la discusión jurídica esta vez de paso al campo de las organizaciones y los individuos de abajo.

Para alcanzar esta meta en el campo de la salud, se presenta por ejemplo la idea de lo que regularmente plantea la *academia* o la *ciencia* versus lo que la esfera contrahegemónica critica en el campo de la realidad:

Mucho se ganaría si se capacitara a los profesionales médicos a pensar no en la "salud" o la "vida humana" como en una unidad - lo que hace que el valor de la inversión en la esfera de la salud parezca infinito o no mensurable - sino más bien en "una cama más de hospital versus un lugar más en la escuela primaria", que es la forma en que se presentan en realidad".¹⁷²

En este sentido, la sociedad debe replantear los enfoques de pensamiento para alcanzar índices de salubridad que representen una verdadera vida digna. Es pertinente tomar la batuta del cambio social, pues específicamente en el Ecuador, se han logrado ya grandes conquistas jurídicas que han permitido días mejores, estas luchas sin embargo, deben seguir siendo la bandera de acción para el reencuentro las nuestras prácticas, costumbres y formas de vida.

En América Latina se han dado pasos trascendentales sobre la importancia de la construcción de un modelo de salud propio, que visibilice las realidades de esta población y se alimente de una visión crítica de la medicina social, me refiero a la Asociación Latinoamericana de Medicina Social (ALAMES), el centro de la crítica de este movimiento científico tiene que ver con el "paradigma científico reduccionista y lineal que fragmenta y descontextualiza los problemas de salud y ambientales; empobrece la observación científica, reduciéndola a evidencias cuantitativas, supuestamente precisas, [...]". Es por ello que la presente investigación abre el camino a una visión de reconfiguración jurídica y social que tiene que ver con dejar de ver a la salud en forma lineal y atada a los presupuestos generales dados por la ciencia, sino que busca, a través del Derecho, revolucionar el orden impuesto, creer que los problemas de salud no se agotan en el paradigma etnocentrista de las ciencias médicas, sino que requieren reconfigurar el orden social impuesto, involucrando activamente a la sociedad.

¹⁷² Higgins, "Planificación de las Asignaciones para el Desarrollo Social", 607.

6.1. La participación social como pilar de cambios en la salud

En la conquista y efectiva forma de asimilar la actual emancipación social, la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la vida pública, constituye un camino para incidir mediante las voces de quienes por mucho tiempo fueron excluidos. Tomando en consideración que la salud es un derecho elemental en la conquista de una vida digna, es importante reconocer la importancia que tiene en este punto la organización de la sociedad para la participación social.

Según lo expone la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, “la participación social en salud es parte fundamental de un sistema democrático y de cumplimiento de la Constitución. Es la única garantía de respeto y vigencia de los derechos sociales y, por tanto, del derecho a la salud”.¹⁷³ Pues, no habrá una protección integral del derecho a la salud, si no se empieza por solucionar elementos esenciales de la vida de las personas, quienes al poseer un espacio de participación previo a la toma de decisiones políticas, puedan dar a conocer sus necesidades más básicas para la realización de su plan de vida.

Es necesario por ejemplo, identificar y actuar en aquellos sectores que en el Ecuador aún demandan servicios de agua potable, gestión de desechos, fomento a la agricultura y/o vivienda, acciones que son esenciales para la protección de la salud de las personas.

Cabe resaltar que el involucramiento de la sociedad civil en el ámbito de la salud, no es una construcción de larga data, o con una historia de decenas de años de construcción doctrinaria y práctica. Su reconocimiento empieza a tener fortaleza aproximadamente a finales del siglo XIX. A nivel internacional, se encuentra la conformación del Movimiento de Salud de los Pueblos (MSP),¹⁷⁴ cuya organización surge a propósito de la I Asamblea Mundial para la Salud de los Pueblos, realizada en Bangladesh en el año 2000, cuyo objetivo principal era restablecer el derecho a la salud integral y al desarrollo con equidad como principales prioridades en las políticas de salud

¹⁷³ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INRED, *¿Un derecho enfermo? La salud en el Ecuador.*, 178.

¹⁷⁴ Coalición de organizaciones de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales (ONG), activistas sociales, profesionales de la salud, académicos e investigadores que respaldan la Declaración para la Salud de los Pueblos. Véase: Miguel San Sebastián et al., “El Movimiento de Salud de los Pueblos: salud para todos ya”, *Revista Panamericana de Salud Pública* 18 (julio de 2005): 46.

en los niveles local, nacional e internacional, para alcanzar una Atención Primaria de Salud (APS) integral.¹⁷⁵

Por su parte, a nivel nacional, es importante rescatar la importancia que ha tenido la organización de la sociedad en materia de salud, debido a las conquistas logradas, ejemplo de ello tenemos que:

La Ley de Maternidad Gratuita y Atención de la Infancia, originada en 1994 como respuesta a la tendencia de cobros en los servicios de salud del Estado (bajo el argumento de la “autogestión”), es el fruto de la presión de las organizaciones femeninas a través del Consejo Nacional de la Mujer (CONAMU). Aunque ninguna institución puso en vigencia esta Ley inmediatamente, en 1998 el Congreso aprobó sus reformas y el MSP la implementó en 1999; estos dos hechos se dieron, básicamente, por la presión de este grupo de mujeres organizadas y por el apoyo de quienes consideran que la gratuidad es inseparable del aseguramiento universal.¹⁷⁶

Entonces, el horizonte al cual debemos apuntar todos los esfuerzos como sociedad civil organizada es hacia la búsqueda de espacios de participación, que en la actualidad la Constitución ecuatoriana lo reconoce en el artículo 61, numeral 2, al mencionar que uno de los derechos que poseen los ecuatorianos es: “participar en los asuntos de interés público”.¹⁷⁷ Este derecho, es reafirmando en el artículo 85, inciso 5, el cual ordena que: “En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”.¹⁷⁸

Por su parte, en el área que compete a esta investigación, la Ley Orgánica de Salud, en su artículo 7, literal k, al referirse a los derechos y deberes de las personas y del Estado en relación con la salud, rescata la potestad que tienen las personas de: “participar de manera individual o colectiva en las actividades de salud y vigilar el cumplimiento de las acciones en salud y la calidad de los servicios, mediante la conformación de veedurías ciudadanas u otros mecanismos de participación social; [...]”.¹⁷⁹

Los señalamientos jurídicos emanados por la Constitución y sus derivadas leyes dan valor a la lucha de los movimientos sociales, que en el área de la salud juegan un rol determinante. Estos reconocimientos abren un camino amplio y esperanzador en la disputa por el involucramiento del ciudadano en la protección de su propia existencia,

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS), *La equidad en la mira*, 285.

¹⁷⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 61.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, art. 85.

¹⁷⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, art. 7.

desde sus vivencias, tradiciones, saberes y prácticas, respeto a la cultura, diversidades y demás expresiones de la sociedad que confluyen hacia la concreción del buen vivir.

Es imperativo además, comprender que la participación social y el derecho a la salud, deben ser paradigmas interpretados en forma sistemática, que permita concatenar los conceptos de la Constitución y de esta forma, poder alcanzar resultados positivos. Ello, añadido a lo establecido en el artículo 11, numeral 8 de la Constitución que señala: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. [...]”.¹⁸⁰ Sin duda, es en el seno de la sociedad en donde a través de la articulación de su participación activa, se podrá dar sentido y materialidad a la protección y democratización del conocimiento, de manera que se pueda ir neutralizando el poder de las transnacionales, logrando así una política nacional de salud que identifique a la sociedad en todas sus dimensiones.

Es importante tomar en consideración que: “Los años de experiencia acumulada, en una América Latina llena de conflictos y de luchas por conquistar su destino, han demostrado que la organización y participación popular es indispensable para alcanzar la equidad en la salud y la conquista del derecho a la Salud; y así poder construir el Buen Vivir”.¹⁸¹ Esta situación recoge mucho más que un anhelado sueño de días mejores, sino que convierte a la ciudadanía en actores directos de los cambios que buscamos desde la estructura del Estado.

Además, los ciudadanos al ser parte activa de la conformación de leyes o políticas públicas, pasan a un plano de verdadera representación, en donde el Estado no podrá simplemente ignorar sus demandas sociales. Así, es importante tener en cuenta que:

Es necesario cambiar las percepciones por las cuales se produce un Estado de casi nula relación entre los actores institucionales de la salud y la comunidad, entre ellas, la percepción que mira a la ciudadanía como “población beneficiaria de asistencia” y no como ciudadanía sujeta de derechos, lo que impide una comunicación de doble vía y un diálogo constructivo sobre acciones/soluciones a los problemas de salud-enfermedad colectiva.¹⁸²

La situación expuesta radica en el llamado a reflexionar sobre la realidad social por la cual atraviesa la salud en el Ecuador, y que aquellos desesperanzadores indicadores previamente analizados, respecto de niveles de pobreza, desempleo, vivienda,

¹⁸⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, núm. 8.

¹⁸¹ Universidad de Cuenca et al., *Memorias. Encuentro internacional por el derecho de los pueblos a la salud y la vida* (Cuenca, 2009), 12.

¹⁸² Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INRED, *¿Un derecho enfermo? La salud en el Ecuador.*, 178.

alimentación, agua y otros, nos permitan reactivar la lucha social, instrumento clave en los cambios jurídicos venideros. En este sentido, Breilh y otros, han manifestado:

Los caminos de la reforma son múltiples y nunca se agota la creatividad de los pueblos que se ponen en marcha para conquistar su autarquía y bienestar. Una vez roto el círculo, estrecho e irracional, impuesto por los grupos dominantes y la lógica de reparto de las migajas con la que se administra hoy la lógica de servicios de salud que se ofrece a los sectores populares, está históricamente demostrado que la reacción favorable de las condiciones de salud y el mejoramiento de los servicios no tardan en producirse. *Lo que se necesita fundamentalmente es: fuerza social movilizadora, masificación de la conciencia crítica sobre la realidad y poder técnico para utilizar los recursos humanos y equipamiento.*¹⁸³

La situación por lo tanto exige repensar la posibilidad de crear medios a través de los cuales la salud sea un tema de discusión participativa, es decir estructurado en el seno de la sociedad y no en la oficina de unos cuantos tecno-burócratas, que a decir de la ciencia han menoscabado los intereses y caminos hacia una nueva forma de ver la salud, que no sólo implica la necesidad de inversión pública responsable a través de un presupuesto participativo sino también la comprensión del gran pluralismo que posee la sociedad, cuyas demandas deben ser atendidas, valoradas y respetadas.

La sociedad debe avanzar en la comprensión de que “la construcción de una sociedad saludable depende de la vigencia de un poder democrático, de un pueblo empoderado para tomar sus propias decisiones, decidir sobre los principios y normas que lo regirán y disponer de su territorio en conveniencia del bien común”.¹⁸⁴ Este enunciado no constituye un sueño o una utopía, sino una realidad que en muchas ocasiones ha dado muestras ya, de su fuerza y potencial transformador, llevando a cabo acciones tales como veedurías ciudadanas, presupuestos participativos e inclusive, manifestaciones, cuyos resultados son prueba del poder fehaciente de la ciudadanía.

6.2. La salud, un reto de interculturalidad

Referirse al sistema de salud desde el punto de vista de la interculturalidad, representa un nueva esfera de tratamiento y lucha contra las enfermedades. Pero además, constituye un elemento indispensable en la reivindicación de prácticas propias de

¹⁸³ Breilh et al., *Deterioro de la vida*, 28:157. Énfasis añadido.

¹⁸⁴ Breilh, “El nuevo pensamiento crítico latinoamericano y el desarrollo de la justicia y los derechos en salud” (ponencia, Honorable Senado de la Nación de Argentina, Palacio Legislativo, Mar del Plata, 12 de marzo de 2013).

sanación que son producto de años de experiencia empírica que hoy debe ser valorada por la sociedad y recogida por el ordenamiento jurídico.

El reto de interculturalidad en el Ecuador, representa no sólo el reconocimiento de las diferentes culturas y saberes que habitan en el territorio, sino que constituye una forma contrahegemónica y anticapitalista de mirar a las enfermedades. Si bien en la presente investigación se aborda la necesidad de llevar a cabo un presupuesto público responsable y jurídicamente más ordenado y controlado, es claro que esta situación no erradicará por completo los problemas de salubridad en el Ecuador. En este sentido, al tratarse de un problema de capital, es también permitido pensar en formas no capitalistas de abordar el problema de la salubridad desde los conocimientos ancestrales.

Según Oswaldo Salaverry, “La interculturalidad en salud [...] se desarrolla como respuesta a reivindicaciones de pueblos indígenas y de su derecho a la identidad cultural; pero también corresponde a una tendencia global de incorporar el derecho a la diferencia, que distingue y propicia la convivencia entre distintos grupos culturales en un mismo territorio”.¹⁸⁵ Es decir, el reconocimiento de la diversidad cultural desencadena también en la diversidad de prácticas médicas que han de adaptarse en el sistema nacional de salud y a la formación académica de los profesionales de esta área.

La Constitución ecuatoriana ha realizado varios aportes normativos sobre esta práctica de salud. El artículo 362 manda: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y *aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias*. [...]”.¹⁸⁶ Además, el artículo 363, numeral 4, sobre las responsabilidades del Estado, indica que el mismo deberá: “*Garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos*”.¹⁸⁷

En este sentido, la Constitución del Ecuador a través de dichas disposiciones reafirma el principio de interculturalidad como uno de los elementos rectores del sistema de salud. Además, el propio Estado tiene la tarea de garantizar la práctica de la salud basada en conocimientos ancestrales o alternativos.

¹⁸⁵ Oswaldo Salaverry, *Interculturalidad en Salud* (Perú, 2010), 80, <http://www.ins.gob.pe/insvirtual/images/artrevista/pdf/rpmesp.2010.v27.n1.a13.pdf>.

¹⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 362. Énfasis añadido.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, art. 363. Énfasis añadido.

El reconocimiento que realiza la Constitución sin duda viene a reconfigurar el pensamiento y práctica de las formas medicinales hegemónicamente impuestas. Según lo explica Salaverry, “La interculturalidad en salud implica un cambio de paradigma del ejercicio médico, que es posible insertarlo en la recuperación de la tradición clásica de la medicina, que fue dejada de lado por el enfoque exclusivamente biomédico en el siglo XIX”.¹⁸⁸ Por lo tanto, el reto a abordar no sólo implica el cumplimiento de los preceptos constitucionales, sino que además, se requiere adoptar un nuevo paradigma de salud en donde la interculturalidad tenga la entrada y a convivencia que esta exige.

Sobre el reto de la interculturalidad en salud, ha escrito Michael Knipper, el cual ha mencionado:

[S]i la meta es brindar atención digna y de calidad para todos los pacientes, es necesario dinamizar tanto las mentes como las estructuras. Pero mientras en el campo de la medicina la categoría “cultura” no deje de ser percibido como algo exótico, apto para excluirlo, por ejemplo, en “sistemas” e instituciones paralelas a la “medicina académica”, queda mucho por hacer.¹⁸⁹

La posibilidad de brindar e incorporar un enfoque de interculturalidad en el sistema de salud constituye una forma de emancipación social que viene a mover la estructura social implantada. Este movimiento lo que busca es ahondar en prácticas medicinales propias que liberen a ciertas enfermedades de la imperiosa necesidad de acudir al sistema de salud para la sanación. El reencuentro con las experiencias y saberes ancestrales no sólo disminuirá la carga presupuestaria asignada al sector salud sino que permitirá reforzar y dar valor a otros derechos que son indispensables para la conquista del derecho a la salud.

7. La garantía efectiva del derecho a la salud por la vía presupuestaria

A lo largo de la presente investigación se ha abordado en forma amplia la estructura jurídica sobre la cual ha de construirse el presupuesto público respecto de la protección del derecho a la salud. Sin embargo, a fin de ir concluyendo se presentan algunas reflexiones finales para la discusión jurídica que deja sentada esta temática.

La cuestión de derechos, dentro del Estado constitucional de derechos ecuatoriano, resulta ser el elemento clave y de gran significancia jurídica en la

¹⁸⁸ Salaverry, *Interculturalidad en Salud*, 93.

¹⁸⁹ Michael Knipper, *Salud e interculturalidad en América Latina: antropología de la salud y crítica intercultural*, coord. Gerardo Fernández Juárez, 1. ed (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2006), 427.

construcción de este modelo de Estado. El caso específico del derecho a la salud no escapa a dicha importancia pues si algo queda claro, es que el constituyente del año 2008, dio un valor trascendental a la protección de este derecho desde distintas aristas que desbordan la atención del cuerpo humano como único foco de acción y explora nuevas formas de salud, desde la protección de derechos conexos, el ámbito social como es la concepción de salud desde una mirada de género y el reencuentro con prácticas ancestrales e interculturales.

La Constitución si bien recoge un gran articulado de aspiraciones sociales sobre el tema de la salud, debe quedar claro que estas situaciones jurídicas no podrán hacerse realidad sin inversión pública, pues el sistema económico actual exige dinero a cambio de derechos. Esta aseveración pueda sonar fuerte y un tanto desproporcionada, pero la realidad nos muestra que seguimos cultivando un sistema de salud tercermundista, donde el rico puede costearse todos los costos de salud, pero el pobre o de clase media, padece, sufre y hasta muere a causa de su falta de recursos para el tratamiento de sus enfermedades.

En este sentido, sin el ánimo de sonar extremista y con la clara convicción de que existen formas alternativas de hacer frente al sistema capitalista que hoy domina, mientras dichas prácticas sean revalorizadas y sobre todo adaptadas al modo de vida actual, el presupuesto y su organización jurídica constituye la principal vía para avanzar hacia el desarrollo de un sistema de salud de calidad. La Constitución y sus leyes, no deben ni pueden manipular la aprobación realizada al presupuesto general del estado.

Sin embargo, para alcanzar un verdadero control al presupuesto público, no basta con tener un protocolo de aprobación anual de ingresos y gastos del Estado normado en la Constitución, sino que, para que el mismo surta efecto, debe permitirse que esté sujeto al control judicial y ciudadano. Esta situación en el Ecuador, no es una discusión jurídica recientemente abordada sino que data de alrededor de cuarenta años atrás, en donde el presupuesto era aprobado mediando ley y desde el seno de dichas normas, se estructuraba la ejecución del mismo.

En este contexto, resulta pertinente indicar que si bien a nivel constitucional el presupuesto del Estado en materia de salud proviene de fuentes permanentes de ingresos y preasignaciones presupuestarias, los datos estadísticos nos muestran que la inversión en dicha área es deficiente lo cual ha desencadenado en un sistema de salud en crisis, prueba de ello, se menciona lo siguiente:

- La fuga de cerebros que sufre el país a causa de que las aspiraciones salariales de los médicos superan las posibilidades económicas del país.
- La concentración de los hospitales principalmente en el área urbana, relegando al área rural a la atención de centros de atención extremadamente básicos en sus implementos médicos, en los cuales muchas de las veces, ni siquiera se pueda atender una emergencia.
- La falta de sinergia y organización institucional a nivel de toda la red de salud pública, provocando demoras en la atención, situación que además es el resultado de la falta de profesionales en el área.
- Las últimas denuncias sociales de entrega de medicación caducada o a punto de caducar, que muestra una clara falta de planificación y administración respecto del uso de las medicinas.
- La actual situación que vive los ciudadanos de la provincia de Esmeraldas, quienes con el arribo del buque hospital de la armada de Estados Unidos han mostrado la gran necesidad que existe en provincias fronterizas respecto del acceso a la salud. Filas de más de dos kilómetros de gente con diferentes dolencias y/o enfermedades, solicitando un turno para ser atendidos.
- Los graves escándalos de corrupción que han salido a la luz en los últimos años, lo cual es señal clara de que los recursos públicos han sido desviados ilegalmente de forma inescrupulosa, dejando en situación de gravedad la protección de derechos por parte del Estado.

En este sentido, la verdadera garantía del derecho a la salud requiere de un presupuesto público real y un sistema de salud comprometido, que el dinero no se quede programado o proyectado en el rubro de gastos, sino que a través de una ley, dichas proyecciones puedan convertirse en realidades a través de una ejecución veraz, controlada y responsable.

7.1. Situación actual en clave interdisciplinaria e intercultural

La sociedad a través de sus costumbres, modos de vida, prácticas y/o conocimientos ancestrales, ha desarrollado una serie de elementos que influyen de manera directa o indirecta en la salud de la población. Estas formas de vida inciden en la misión que tiene el derecho de integrar, valorar, readecuar, incentivar y educar a la población para la conquista un verdadero estado de salud.

Como se mencionó previamente, la salud constituye un objetivo social de múltiples dimensiones que requiere una serie de acciones para enfrentarla, desde sus puntos más delicados y sensibles hasta aquellas situaciones que deben reforzarse y reorientarse. Al respecto, se trata de entender que la salud, no es el simple estado de ánimo de completo bienestar físico y psicológico, sino que engloba situaciones del entorno que pueden ser controladas o no. Sobre aquellas dimensiones que el Estado puede controlar, es donde se debe incidir, pues son espacios que no pueden quedar abiertos a la proliferación de un sistema de salud degradante, a continuación se detallan algunas de ellas:

1.- **Ámbito social.**- en este espacio es indispensable comprender el desarrollo de la sociedad y las nuevas situaciones o demandas sociales existentes. Se requiere por lo tanto actuar frente a temas de salud individual y salud colectiva. Un sistema de salud especializada en atención a niños, adultos mayores, embarazos, enfermedades catastróficas. Además, el reconocimiento de la salud en cuanto al género o temas de auto identidad sexual. Se incluye además la importancia de la educación en temas de salud sexual y reproductiva, nutrición, higiene, entre otras.

2.- **Ámbito político.**- en la construcción del Estado constitucional de derechos, si bien cobra sentido las disposiciones constitucionales garantistas y proteccionistas de la dignidad humana, esto no podría ser posible sin la voluntad política que entrelace sus actuaciones con los mandatos constitucionales. Por lo tanto, existe en este punto un reto a nivel político que requiere acciones urgentes que permitan controlar y mitigar la situación de crisis que enfrenta el Estado a través de sus leyes, políticas públicas y acciones positivas que exigen una mirada crítica desde el poder gubernamental.

3.- **Ámbito económico.**- como ha sido ampliamente analizado, la salud no sólo requiere voluntad política a través de leyes o el e impulso de planes, proyectos o actividades tendientes a fomentar la salud. El tema requiere de inversión pública, y sin esta, no es posible lograr un sistema de salud eficiente. Desde la economía se puede incidir directamente en la adquisición de implementos, laboratorios de investigación, financiamiento de educación especializada para profesionales de la salud, inversión en educación, inversión en la mitigación de la contaminación.

3.- **Ámbito cultural.**- El reconocimiento de prácticas o costumbres propias de las comunidades o grupos poblacionales, para la sanación de enfermedades sigue siendo una deuda para con la sociedad. El derecho a través de la Constitución ecuatoriana se refiere a la salud intercultural, sin embargo, el objetivo de esta frase no aborda la simple esfera

del reconocimiento de que existen formas alternativas de tratar el tema de la salud, sino que estas formas deben ser implementadas a través de políticas públicas que incentiven su uso en la medicina “científica”, pues este uso si bien nace de una base empírica, su práctica histórica, está llena de contenido que permite mirar a la salud intercultural como una de las formas lógicas que desde la sabiduría ancestral, contribuirá a la erradicación de factores que fomentan las enfermedades.

Queda claro por lo tanto, que la salud no es una cuestión de simple acción sobre el cuerpo humano. La prevención, curación, mitigación y/o erradicación de enfermedades, tiene que ver con factores de múltiples disciplinas de estudio. En este punto, la importancia presupuestaria es aún más predominante, pues no sólo se enfrenta a contratar más profesionales de la salud, construir hospitales, comprar medicinas o promover la investigación, esto tiene una connotación mayor, y es que es necesario invertir en todas aquellas áreas desde donde se están reproduciendo y/o anidando las enfermedades, verbigracia sistemas de alcantarillado y agua potable, gestión de la basura, educación para la alimentación, huertos orgánicos, trabajo social, respecto a las prácticas de salud intercultural y conocimientos ancestrales, contaminación ambiental, sobrepoblación en el área urbana, deforestación, entre otros.

Por lo tanto, el derecho a la salud, como cualquier otro derecho, es interdependiente del cumplimiento de los demás derechos, además, exige acciones interdisciplinarias, tendientes a observar a la salud como un todo que requiere de una serie de acciones sociales, que de ninguna manera escapen a la integración que debe hacer el derecho a su normativa legal.

7.2. El futuro del derecho a la salud en el Ecuador. Perspectivas de mejoramiento

Una vez expuestos todos aquellos retos interdisciplinarios que requiere el derecho a la salud para su verdadera garantía, es necesario acotar algunas perspectivas que desde el ámbito jurídico pueden contribuir en lo posterior a una mejor gestión del sistema de salud.

Es pertinente mencionar que la presente investigación no pretende menoscabar el ordenamiento jurídico y la estructura de salud levantada en los últimos años. Sin embargo, al tiempo que se hace una crítica se debe también dejar sentado las bases sobre las cuales

la presente investigación considera debe reestructurarse temas fundamentales como son el presupuesto y la salud pública.

Sobre el tema presupuestario, el Ecuador posee aún el reto de incorporar a la sociedad permitiendo la creación de verdaderos presupuestos participativos, en los cuales exista un debate profundo desde la población respecto de las principales necesidades que deben ser atendidas. Esta incorporación es aun extremadamente sensible y el gasto sigue siendo discreción de las autoridades de turno. Si bien la constitución exige participación ciudadana en todos los niveles de gobierno en cuanto a la elaboración de presupuestos, esta normativa termina justificándose a través de actos restringidos y de total desconocimiento público, por lo que la prerrogativa y atribución del gasto no llega a ser decisión social ni mucho menos democrática.

Además, la propia norma constitucional se refiere a presupuestos participativos en los distintos niveles de gobierno, sin embargo, no hace referencia a aquellos presupuestos destinados a las áreas específicas de la educación, salud, vivienda u otros, quedan totalmente excluidos del debate social y permitiendo que los mismos sigan siendo rubros analizados, elaborados y ejecutados por el ejecutivo y someramente fiscalizados por el legislativo.

Queda por lo tanto planteada la necesidad de reestructurar nuestras propias leyes al ámbito de la realidad, ampliando el espectro de actuación del derecho en cuanto a las decisiones sobre inversión, financiamiento y fiscalización del presupuesto público, que como se mencionó en las primeras líneas de esta investigación, el presupuesto es de todos, es un bien común, y esa idea universalizante convoca a la ciudadanía a participar en su planificación.

Por su parte, el tema de la salud también nos deja un amplio espectro de posibilidades en las cuales se debe avanzar, en este punto se debe mencionar por ejemplo que la sociedad no ha entrado en un debate respecto de que es lo que entiende por salud. El Ecuador ha incorporado un concepto de gran relevancia en la Constitución denominado “sumak kawsay”, que podría reinventar el acceso y formas de mejorar el sistema de salud, sin embargo, dichos conceptos no han sido debatidos e incorporados en la población a través de los mecanismo estatales, pues sigue siendo debate de la academia y/o entendidos de la materia. La reflexión por lo tanto invita a pensar en la posibilidad social que otorga el “sumak kaway” desde su concepción epistemológica para reinventar las formas y prácticas de salud y que dicho concepto no sea un mero enunciado aspiracional incluido en la Constitución.

La presente investigación además considera que el problema del deficiente sistema de salud ecuatoriano no es un problema de desarrollo de normativa constitucional o norma jurídica sobre salud, pues se ha dicho lo necesario, el gran desatino desemboca en el mismo problema ya discutido y es que mientras no se dé una reestructuración jurídica del presupuesto y no se entienda la importancia de la salud desde la perspectiva de la interdisciplinariedad, los esfuerzos seguirán siendo vagos, pues no habrá forma de revolucionar o implementar verdaderas transformaciones sociales en el área de la salud.

Se debe indicar además, que la inversión en salud no debe cumplir únicamente con parámetros tecnocráticos, sino que debe trasladar su mirada al territorio. Esto significa, realizar un análisis social de todos los factores que influyen en la salud de la población. El aumento demográfico por ejemplo es uno de los factores que más influye en la provisión de servicios de salud, sin embargo, según se evidencia, la salud sigue siendo un privilegio muy arraigado al capital, no se ha considerado que año a año se necesita más y mejores servicios de salud que cubran el constante crecimiento poblacional, lo cual resultaría también en aumentar los niveles de inversión presupuestaria. En este sentido, la necesidad de ir aumentando el presupuesto en salud anualmente no debería ser una aspiración sino una realidad, que en este caso debería plasmarse en una ley presupuestaria.

Al cierre de esta investigación, se deja planteando conceptos que a raíz de este documento, constituyen aportes para la generación de nuevas formas de observar a la salud y al presupuesto.

Sobre salud, se considera que se trata de un estado de vida que involucra todas las sensaciones tanto físicas como psicológicas que confluyen hacia la armonía del cuerpo con su entorno social. Además, que dicho derecho social, es factible sólo si la persona, la comunidad y el Estado entran en un debate de aceptación de igualdades y diferencias, que comprometan acciones interdisciplinarias hacia la conquista de una verdadera revolución sanitaria en el ámbito de sus propias costumbres y necesidades.

Respecto al presupuesto público, se debe mencionar que en un Estado constitucional de derechos y justicia como el Ecuador, el presupuesto general del Estado es un instrumento de finanzas públicas investido de legalidad en sentido pleno (formal y material), en el cual se detallan todos los ingresos y gastos debidamente planificados por el Estado, sin excepción alguna, cuyos rubros respecto de su ejecución y/o administración estarán sujetos al control judicial y ciudadano a través de sus leyes.

Las exposiciones aquí realizadas son tan sólo el punto de partida que pretende instaurar el debate respecto de la salud pública y el presupuesto asignado al mismo, pues son varias las situaciones que aún deben ser analizadas a nivel del país respecto de cómo alcanzar un sistema de salud que sea respetuoso de las tradiciones culturales, formas de vida, nuevos avances de la ciencia y la investigación, y que a su vez, cuente con un presupuesto participativo, sujeto al control, atado a una planificación para el desarrollo y sobre todo, amparado a través de la ley. Además, esta temática sienta las bases para pensar no sólo desde el punto de vista de la legalidad que brinda la ley, sino que se podría pensar también en la actual capacidad que brinda la Constitución para interponer acciones de tipo constitucional como la acción por incumplimiento, en este caso, por la inminente vulneración de las normas del sistema jurídico, por lo tanto queda planteado un reto para el constitucionalismo ecuatoriano.

Si bien el futuro sigue siendo un ámbito de exploración muy incierto, es importante dejar sentado los cimientos que contribuirán a construir a través de un amplio debate, un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia.

Conclusiones

1. Con la finalización del presente trabajo investigativo, en primer lugar es necesario dejar sentado que la Constitución ecuatoriana se muestra bastante progresista en cuanto a la protección de derechos, el caso de la salud, no es la excepción, pues dedica una sección específica al tratamiento de este derecho y a lo largo del mismo, se refiere a la salud en alrededor de 30 artículos que promueven formas, caminos, usos y modos de llegar a obtener una salud de calidad al alcance de todas y todos. Sin embargo, ha quedado demostrado que todo este desarrollo normativo, si bien constituye símbolo de lucha social y un giro en el pensamiento político y jurídico, aún sigue siendo una gran utopía.

El problema no descansa únicamente en que las normas constitucionales no han podido ser aplicadas a causa de un sistema de salud en construcción, el problema es más profundo y es que el modelo de economía de mercado, que toma como principal base al capital, no está siendo administrado en función a derechos, sino más bien en función a la situación coyuntural del país que permite montar, desmontar e invisibilizar los recursos que financian áreas prioritarias como la salud.

Los retos para el país son de todo tipo, es decir, económicos, políticos, sociales y culturales, sin embargo, a efecto de pensar en el presupuesto como una de las herramientas que permiten la mitigación y/o erradicación de enfermedades para la conquista de la salud, es necesario a través del derecho refundar y reestructurar la base sobre la cual se construyen o no, los derechos, esto es el presupuesto público.

El Estado como principal garante de derechos, está llamado a asegurar la inversión que debe hacer en las distintas áreas sociales. Por lo tanto, el Derecho cumple un rol fundamental de ida y vuelta o en doble sentido, es decir, no se puede por un lado garantizar derechos en la Constitución y que a su vez por otro lado, se pueda vulnerar los mismos, so pretexto por ejemplo, por falta de presupuesto. Esta es la principal contradicción en la que ha caído la Constitución ecuatoriana, pues ha creado una cantidad exorbitante de normas progresistas y garantistas pero en el mismo cuerpo legal, cuando trata al presupuesto, le da el valor de un simple instrumento de finanzas públicas.

En consecuencia, el problema es que se promulga ley tras ley, que en teoría garantizan derechos, pero el presupuesto no pasa de ser un instrumento de aprobación sobre la base de meras formalidades, sin contenido material de ningún tipo, situación que choca con la lógica garantista promovida por la propia Constitución, pues no es posible

proteger un derecho, si el presupuesto asignado es utilizado y administrado sin la responsabilidad que amerita. Por lo tanto, la forma en la cual el presupuesto puede coadyuvar a la protección del derecho a la salud en el Estado constitucional ecuatoriano, es con la redefinición jurídica del presupuesto público desde el ámbito constitucional, para que desde la norma suprema exista complementariedad y sinergia en sus mandatos.

El presupuesto público debe ser ley, y no por simple definición legal, sino porque con ello, desde el derecho se contribuiría a ejercer principalmente control ciudadano, permitiendo de esta manera, que la población puedan exigir derechos. El caso más práctico sería por ejemplo, que una persona con enfermedad catastrófica no deba esperar la respuesta de un juez constitucional para poder acceder a la medicación y por ende la garantía de su derecho a la salud, sino que sería un acto natural y eficaz de la institución competente, pues el presupuesto está ya asignado por ley y no hay forma de vulnerarlo.

1.1. Se ha presentado una serie de desarrollos jurídicos y doctrinarios sobre los cuales ha de construirse el presupuesto en un Estado constitucional de derechos. En este sentido, es merecedor hacer hincapié sobre la importancia que tiene a nivel jurídico que el presupuesto tenga un diseño estructural a raíz del cual ha de realizarse una planificación ordenada y sistemática, en este caso se abordó el diseño presupuestario por programas, el cual contiene cada una de las áreas hacia donde irán dirigidos los recursos públicos. Este diseño conducirá a su vez, la planificación de objetivos para el desarrollo, respecto del mandato constitucional.

1.2. Así como cualquier ley que desarrolla principios básicos que guían la actuación jurídica de cierta materia, las finanzas públicas no son la excepción. Existen principios básicos que no han dejado de tener importancia en el ordenamiento jurídico actual. En este sentido, principios tales como el de anualidad, unidad, universalidad y equilibrio, si bien hoy aparecen con ciertos matices, el fondo y la razón de ser de su vigencia, son debido a que permiten ordenar y distribuir de manera responsable los recursos públicos y sobre todo, transparentar su uso.

1.3. Los derechos sociales, calidad de la cual es parte el derecho a la salud, cuentan con un nivel jurídico de gran envergadura y es que en la actualidad, el derecho constitucional ecuatoriano ha aceptado e incorporado la discusión doctrinaria de que dichos derechos, poseen obligaciones positivas para el Estado. En este sentido, se reafirma la necesidad que desde la propia Constitución se garantice el acceso universal y gratuito al derecho a la salud, pero a su vez, que desde este mismo cuerpo normativo, se garanticen los recursos necesarios para su efectivo goce. Es necesario comprender que la

obligación positiva del Estado exige esfuerzos superiores a los comúnmente adoptados cuando se creía que bastaba con no obstruir la libertad de acceder a un derecho, sino que esta vez, el Estado debe preocuparse por hacer que el derecho se cumpla.

1.4. El presupuesto público en el Estado constitucional ecuatoriano exige desbordar la formalidad jurídica de aprobación que inviste a su calidad actual. Es por ello que la discusión del control presupuestario no debe agotarse en la atribución dada a la Asamblea, sino que debe ser tomado como un instrumento de finanzas públicas que debe ser ampliamente debatido y plasmado en la ley, que permita que los órganos de justicia y la propia ciudadanía ejerzan control sobre el mismo.

1.5. La salud es un modo de vida que debe ser atendida en forma integral desde su ámbito, social, cultural, económico y político. La importancia que posee la acción del Estado sobre la protección de dicho derecho, tiene que ver con tener una población saludable en el ámbito físico y psicológico, para de esta forma contribuir al desarrollo del país. Se debe pensar por lo tanto, que una población sana es sinónimo de progreso social.

1.6. La concepción que aborda el concepto de salud como lo opuesto a enfermedad, es una práctica que si bien ya ha sido desechada y replanteada desde el nivel constitucional, aún no ha sido interiorizada directa o indirectamente por las entidades y profesionales de la salud. Los niveles de salubridad no pueden ser evaluados desde la unidimensionalidad, pues los resultados individuales de salud no son las aspiraciones reales de modelo de Estado constitucional, la única forma de dar sentido al derecho a la salud tiene que ver con los retos multidimensionales que otorgan resultados de impacto general a través de acciones colectivas.

1.7. La crítica al actual sistema de salud con la cual concluye esta investigación, tiene que ver en primer lugar con los pocos elementos con los que cuenta la población para poder exigir un verdadero acceso al derecho a la salud. No se puede esperar que la Constitución sea el núcleo de la solución de problemas, pues la gran mayoría de la sociedad poco o nada sabe respecto de cómo interponer acciones constitucionales que permitan la reivindicación de sus derechos. La garantía tiene que venir dada a través de acciones positivas por parte del Estado, y esa garantía no es otra cosa más que regular la protección de derechos a través de la inversión oportuna, veraz y responsable.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Primera edición. Madrid, España; México, D.F.: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Distribuciones Fontamara, S.A., 2010.
- Asamblea General de la OMS. *Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud*. Alma-Ata, 1978.
- Asamblea General de la ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. New York, 1948.
- Asamblea Nacional, Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social, y UNICEF. *La Inversión Social en el Presupuesto General del Estado 2011*. Ecuador, 2011. https://www.unicef.org/ecuador/Asignacion_PGE_2011_web.pdf.
- Ase, Ivan, y Jacinta Buriyovich. *La estrategia de Atención Primaria de la Salud: ¿progresividad o regresividad en el derecho a la salud?* Salud Colectiva, pags. 27-47. Buenos Aires, 2009.
- Craye Matthieu en Ávila Ramiro, Elizabeth Bravo, Jaime Breilh, Arturo Campaña, Arturo Paz-y-Miño, Luis Peñaherrera, y José Valencia. *El Sistema de Aspersiones Aéreas del Plan Colombia y sus Impactos Sobre el Ecosistema y la Salud en la Frontera Ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Comisión Científica Ecuatoriana, 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Breilh, Jaime. “El nuevo pensamiento crítico latinoamericano y el desarrollo de la justicia y los derechos en salud”, 2013.
- . *Tras las huellas de la determinación. Memorias del Seminario InterUniversitario de Determinación Social de la Salud*. Editado por Carolina Morales y Juan Carlos Eslava. Primera Edición. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia; Universidad de Antioquia, 2014.
- Breilh, Jaime, Arturo Campaña, Edmundo Granda, Rubén Páez, y José Yépez. *Deterioro de la vida: un instrumento para análisis de prioridades regionales en lo social y la salud*. 1. ed. Vol. 28. Biblioteca de Ciencias Sociales. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990.

- Breilh, Jaime, y Ylonka Tillería Muñoz. *Aceleración global y despojo en Ecuador: el retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal*. Primera edición. Quito: Abya Yala, 2009.
- Buchanan, James. *Hacienda pública*. Vol. XII. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.
- Carbonell, Miguel. *La protección judicial de los derechos sociales*. Primera Edición. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2009.
- Castro-Buitrago, Erika, Olga Cecilia Restrepo-Yepes, y Laura Victoria García-Matamoros. *Historia, concepto y estructura de los derechos económicos sociales y culturales*. Estudios Socio-Jurídicos 9, núm. especial (2007): 77–108.
- Conferencia Sanitaria Internacional. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. New York, 1946.
- Cosciani, Cesare. *Ciencia de la hacienda*. Manuales. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1980.
- De Currea Lugo, Víctor, Natalia Paredes Hernández, y Mario Hernández Álvarez. *La salud está grave: una visión desde los derechos humanos*. 1a ed. Santafé de Bogotá: Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo : ILSA : PROVEA, 2000.
- De la Guerra, Eddy. *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- Ecuador. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, 2010.
- . *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Deroga Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público*. Registro Oficial Suplemento 306, 2010.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 800, 1979.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 01, 1998.
- . *Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*, 2018. <https://www.iess.gob.ec/>.
- . *Instituto Nacional de Estadísticas y Censos*, 2018. <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/estadisticas/>.
- . *Ley de Presupuestos del Sector Público del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento 76, 1992.

- . *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Registro Oficial 642, 2009.
- . *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423. Quito, 2006.
- . *Ley que reforma la Ley de Régimen Tributario Interno y la Ley de Presupuestos del Sector Público, Ley 18*. Registro Oficial 396, 1994.
- . *Ministerio de Economía y Finanzas*, 2018. <https://www.finanzas.gob.ec>.
- . *Ministerio de Salud Pública*, 2018. <https://www.salud.gob.ec/programas-y-servicios/>.
- . *Reforma la Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público y Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana*. Registro Oficial Suplemento 144, 2000.
- . *Reforma Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público*. Registro Oficial Suplemento, 1996.
- . *Reforma Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público*. Registro Oficial Suplemento 78, 1998.
- . *Reforma Ley 18, Ley de Presupuestos del Sector Público*. Registro Oficial Suplemento 308, 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. *Sentencia No. 364-16-SEP-CC. Caso No. 1470-14-SEP*, 2016.
- Ecuador Ministerio de Salud Pública. *Manual del Modelo de Atención Integral de Salud - MAIS*, 2012. http://instituciones.msp.gob.ec/somossalud/images/documentos/guia/Manual_MAIS-MSP12.12.12.pdf.
- España. *Tribunal Constitucional de España*, 2018. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2018-7140.pdf>.
- Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INRED. *¿Un derecho enfermo? La salud en el Ecuador*. Editado por Patricio Benalcázar Alarcón. Serie Investigación Nro. 6. Quito, Ecuador, 2002.
- Ganuzo, Ernesto, y Francisco Francés. *El círculo virtuoso de la democracia: los presupuestos participativos a debate*. Primera edición. Monografías 278. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2012.
- Garfías, Rodrigo Pineda. *Las Potestades Constitucionales del Gobierno y el Congreso Nacional en Materia de Gasto Público*. *Revista Chilena de Derecho* 27, núm. 2 (2000): 373–95.

- Gargarella, Roberto. *Recuperar los derechos sociales*. Editado por Cass Sunstein. Revista de libros de la Fundación Caja Madrid, núm. 99 (2005): 17–20.
- Gloppen, Siri, y Mindy Jane Roseman. *La lucha por los derechos de la salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*. Coordinado por Alicia Ely Yamin. Primera edición. Derecho y política. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- González-Blanch Roca, Francisco. *La gestión del presupuesto del Estado*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 2000.
- Groves, Harold. *Finanzas públicas*. Primera edición. México: Editorial F. Trillas S.A., 1965.
- Higgins, Benjamín. *Planificación de las Asignaciones para el Desarrollo Social*. Investigación Económica 31, núm. 123 (1971): 595–617.
- Holmes, Stephen, y Cass Sunstein. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2012.
- Jarach, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2003.
- Jaramillo, Esteban. *Tratado de la ciencia de la hacienda pública*. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis, 1974.
- Knipper, Michael. *Salud e interculturalidad en América Latina: antropología de la salud y crítica intercultural*. Editado por Gerardo Fernández Juárez. 1. ed. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2006.
- López Murcia, Julián Daniel, Alfredo Bateman Serrano, Juliana María Vengoechea Barrios, y Juanita María López Patrón. *La garantía de los derechos sociales*. Colección Profesores. Pontificia Universidad Javeriana, No. 46. Bogotá: Ibañez, 2009.
- Martín, José María. *Ciencia de las finanzas públicas*. Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna, 1976.
- Martínez Lago, Miguel Angel. *Ley de presupuestos y constitución: sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- Martínez Lago, Miguel Ángel, y Leonardo García de la Mora. *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Iustel, 2010.
- Ministerio de Economía y Finanzas. *Información General de Estadísticas del PGE*. Ecuador, 2013. <https://www.finanzas.gob.ec/wp->

content/uploads/downloads/2017/06/Ficha-Informativa-Operaci%C3%B3n-
 Estad%C3%ADsticas-Presupuestarias.pdf.

Mordeglia, Roberto. *Manual de Finanzas Públicas*. Buenos Aires: AZ Editora S.A., 1977.

Navas Alvear, Marco. "El concepto de Estado en la Constitución Ecuatoriana". En *Hitos de la Constitución ecuatoriana*. Coordinado por Vicente Manuel Solano Paucay y Marcelo Sebastián Aguilera Crespo. Primera Edición. Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA), 2018.

Noguera Fernández, Albert. *La igualdad ante el fin del Estado Social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*. Libros del ciudadano. Madrid: Ediciones Sequitur, 2014.

Oliva Blázquez, Francisco. "La justiciabilidad del derecho a la salud: desarrollos, retrocesos y tareas pendientes". En *Derecho Económico Contemporáneo*. Editado por María Elena Jara Vásquez. Primera Edición. Serie Estudios Jurídicos 39. Quito: Corporación Editora Nacional - Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.

Organización Panamericana de la Salud. *Financiamiento de la salud en las Américas*, 2017. https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?post_t_es=financiamiento-de-la-salud-universal.

———. *Résumé du pays: Ecuador*, 2017. https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?page_t_es=informes-de-pais/ecuador.

Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS). *La equidad en la mira: la salud pública en Ecuador durante las últimas décadas*. Quito: Noción, 2007.

Peña Freire, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Colección Estructuras y procesos. Madrid: Trotta, 1997.

Petrei, Humberto. *Presupuesto y control: pautas de reforma para América Latina*. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.

Pizzorusso, Alessandro. *Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Junta General del Principado de Asturias. Universidad de Oviedo. Fundamentos Nro. 4. España, 2006.

Ponce, Thalíe. *Ecuador se libró de la amenaza de 4 enfermedades*. Diario El Comercio. el 24 de octubre de 2014. <https://www.elcomercio.com/tendencias/ecuador-enfermedades-ops-oms-amenaza.html>.

Puentes González, Germán. *El presupuesto en el marco de la planeación financiera*. Consultado el 8 de mayo de 2018.

- <http://www.digitaliapublishing.com/a/46561/el-presupuesto-en-el-marco-de-la-planeacion-financiera>.
- Restrepo, Juan Camilo. *Hacienda pública*. 9a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. <http://www.digitaliapublishing.com/a/40082/hacienda-publica--9a-ed.->.
- Rico Calvano, Florentino, Andrés Villanueva Imitola, y Florentino Rico Fontalvo. *Hacienda Pública. Instrumento para el Desarrollo Económico y Social*. Barraquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2009.
- Ronconi, Liliana. *Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos*. Salud Colectiva 8 (agosto de 2012): 131–49.
- Salaverry, Oswaldo. *Interculturalidad en Salud*. Perú, 2010. <http://www.ins.gob.pe/insvirtual/images/artrevista/pdf/rpmesp.2010.v27.n1.a13.pdf>.
- San Sebastián, Miguel, Anna-Karin Hurtig, Jaime Breilh, y Arturo Quizhpe Peralta. *El Movimiento de Salud de los Pueblos: salud para todos ya*. Revista Panamericana de Salud Pública 18 (julio de 2005): 45–49.
- Sastre, Núria, Rafael Lillo García, Fernano Rey, Juan Carlos Aguilar, Fernando Aguilera, Asunción Portabella, Carlos Eymar, et al. *La justicia vista por jueces y abogados*. El Ciervo 55, núm. 668 (2006): 12–18.
- Secretaría Nacional de Desarrollo. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida*. Aprobado mediante Resolución N.º CNP-003-2017. Quito, 2017.
- Storini, Claudia. “Obligaciones del estado y efectividad de los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Derecho Económico Contemporáneo*. Editado por María Elena Jara Vásquez. Primera Edición. Serie Estudios Jurídicos 39. Quito: Corporación Editora Nacional - Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- Torres Contreras, Gerardo. *Buen Vivir: dimensiones y retos desde la métrica*. Universidad de Oxford, Departamento de Desarrollo Internacional. Oxford, s/f. http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estudios%20e%20Investigaciones/Medias_buen_vivir/10.%20Buen_vivir-Dimensiones_retos.pdf.
- Troya Jaramillo, José Vicente. *El derecho del gasto público. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A, 2014.

- Troya, José Vicente. “Los derechos económicos, sociales y culturales frente al gasto público en los órdenes nacional e internacional”. En *Derecho Económico Contemporáneo*. Editado por María Elena Jara Vásquez. Primera Edición. Serie Estudios Jurídicos 39. Quito: Corporación Editora Nacional - Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- Universidad de Cuenca, Universidad de Ottawa, Movimiento para la Salud de los Pueblos, Consejo Andino de Salud, y Organización Panamericana de Salud. *Memorias. Encuentro internacional por el derecho de los pueblos a la salud y la vida*. Cuenca, 2009.
- Uprimny, Rodrigo. *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Editado por Germán Burgos Silva. Textos de aquí y ahora. Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA., 2003.
- Uprimny, Rodrigo, y Villegas García. *La Reforma a la Tutela. ¿Ajuste o Desmonte?* Universidad de los Andes. Revista de Derecho Público. Bogotá, Colombia, 2002.
- Valenzuela Contreras, Luis Marcel. *La salud desde una perspectiva integral*. Revista Universitaria de la Educación Física y el Deporte., Nro. 9. Montevideo, Uruguay, 2016.
file:///C:/Users/JULIO/Downloads/Dialnet-LaSaludDesdeUnaPerspectivaIntegral-6070681.pdf.
- Vélez Arango, Alba Lucia. *Nuevas Dimensiones del Concepto de Salud: El Derecho a la Salud en el Estado Social de Derechos*. Universidad de Caldas. Hacia la Promoción de la Salud. Colombia, 2007.
<http://www.scielo.org.co/pdf/hpsal/v12n1/v12n1a05.pdf>.
- Villegas, Héctor Belisario. *Manual de finanzas públicas: la economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2000.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Clásicos de la cultura 4. Madrid: Editorial Trotta : Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, 1995.
- Zapico Goñi, Eduardo. *¿De Burócratas a Gerentes? Las Ciencias de la Gestión Aplicadas a la Administración del Estado*. Editado por Carlos Losada. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

Anexos

Anexo 1: Ingresos del sector salud (2008 – 2017)

Año	Inicial	Codificado	Devengado	Percibido
2008	\$ 2.679.178.282,20	\$ 2.128.317.784,83	\$ 567.809.796,62	\$ 566.663.792,51
2009	\$ 1.040.248.630,08	\$ 867.973.829,05	\$ 381.484.769,37	\$ 379.522.958,77
2010	\$ 408.573.576,84	\$ 612.280.715,64	\$ 313.168.034,45	\$ 311.646.358,82
2011	\$ 350.901.757,44	\$ 529.594.669,74	\$ 313.470.329,96	\$ 309.203.787,93
2012	\$ 416.360.827,32	\$ 2.071.673.426,33	\$ 324.659.430,04	\$ 321.284.104,72
2013	\$ 416.360.827,32	\$ 1.053.235.968,93	\$ 476.216.114,63	\$ 474.124.786,41
2014	\$ 343.881.276,12	\$ 769.689.723,33	\$ 321.306.247,25	\$ 318.299.966,16
2015	\$ 366.511.860,00	\$ 876.157.549,12	\$ 466.681.302,25	\$ 463.551.326,44
2016	\$ 349.926.157,44	\$ 898.997.105,31	\$ 437.964.197,78	\$ 435.325.356,77
2017	\$ 349.926.157,44	\$ 860.306.443,46	\$ 341.927.909,83	\$ 339.341.687,88

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

Elaboración propia

Anexo 2: Gastos del sector salud (2008 – 2017)

Año	Inicial	Codificado	Devengado	Percibido
2008	\$ 8.862.175.225,32	\$ 11.693.709.754,99	\$ 4.634.975.202,08	\$ 4.553.944.080,32
2009	\$ 12.685.815.304,44	\$ 10.780.124.415,48	\$ 5.307.848.810,16	\$ 5.119.730.133,75
2010	\$ 14.933.935.403,40	\$ 15.207.525.610,68	\$ 6.255.238.150,32	\$ 6.079.678.436,20
2011	\$ 16.976.030.532,48	\$ 19.183.127.880,28	\$ 7.457.350.679,69	\$ 7.228.614.538,38
2012	\$ 21.310.011.725,04	\$ 21.373.068.048,92	\$ 9.470.162.546,33	\$ 9.346.210.352,54
2013	\$ 21.310.011.725,04	\$ 22.896.215.814,25	\$ 11.520.444.992,97	\$ 11.333.524.662,38
2014	\$ 29.162.240.891,16	\$ 27.135.876.877,95	\$ 12.340.936.243,68	\$ 12.041.349.404,86
2015	\$ 34.950.109.209,12	\$ 30.857.285.473,54	\$ 13.951.151.666,88	\$ 13.151.935.133,99
2016	\$ 28.692.181.886,88	\$ 29.819.464.133,38	\$ 14.833.960.229,22	\$ 13.148.309.303,85
2017	\$ 28.692.181.886,88	\$ 31.689.084.758,57	\$ 16.315.272.205,68	\$ 15.807.475.583,05

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

Elaboración: Propia.

Anexo 3: Producto Interno Bruto Anual (PIB 2008 – 2017)

AÑO	PIB (Millones de dólares)	PIB (Millones de dólares de 2007)	Tasa de variación	Per Cápita (dólares)	Per Cápita (dólares de 2007)	Población
2008	61762,635	54250,408	6,4	4267,474011	3748,418542	14472879
2009	62519,686	54557,732	0,6	4241,939833	3701,723911	14738466
2010	69555,367	56481,055	3,5	4633,247443	3762,33661	15012228
2011	79276,664	60925,064	7,9	5192,874746	3990,786321	15266431
2012	87924,544	64362,433	5,6	5664,886087	4146,804005	15520973
2013	95129,659	67546,128	4,9	6030,502229	4281,914597	15774749
2014	101726,331	70105,362	3,8	6347,000268	4374,076476	16027466
2015	99290,381	70174,677	0,1	6099,350851	4310,789943	16278844
2016 sd	99937,696	69314,066	-1,2	6046,302166	4193,550624	16528730
2017 prov	104295,862	70955,691	2,4	6216,606365	4229,349006	16776977

(**) 2016 (sd) Semi definitivo

2017 (prov) Provisional

Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaboración: Banco Central del Ecuador

Anexo 4: Resultado de inversión y gasto en el sector salud periodo 2008 – 2017, y su relación con el PIB del Ecuador

Año	PIB Ecuador	Ingresos Sector Salud (inicial)	Resultado sobre el PIB	Ingresos Sector Salud (percibido)	Resultado sobre el PIB	Gastos Sector Salud (Inicial)	Resultado sobre el PIB	Gastos Sector Salud (Percibido)	Resultado sobre el PIB
2008	\$ 61.762.635.000.000	\$ 2.679.178.282,20	0.43 %	\$ 566.663.792,51	0.09 %	\$ 8.862.175.225,32	1.43 %	\$ 4.553.944.080,32	0.74 %
2009	\$ 62.519.686.000.000	\$ 1.040.248.630,08	0.17 %	\$ 379.522.958,77	0.06 %	\$ 12.685.815.304,44	2.03 %	\$ 5.119.730.133,75	0.82 %
2010	\$ 69.555.367.000.000	\$ 408.573.576,84	0.06 %	\$ 311.646.358,82	0.04 %	\$ 14.933.935.403,40	2.15 %	\$ 6.079.678.436,20	0.87 %
2011	\$ 79.276.664.000.000	\$ 350.901.757,44	0.04 %	\$ 309.203.787,93	0.04 %	\$ 16.976.030.532,48	2.14 %	\$ 7.228.614.538,38	0.91 %
2012	\$ 87.924.544.000.000	\$ 416.360.827,32	0.05 %	\$ 321.284.104,72	0.04 %	\$ 21.310.011.725,04	2.42 %	\$ 9.346.210.352,54	1.06 %
2013	\$ 95.129.659.000.000	\$ 416.360.827,32	0.04 %	\$ 474.124.786,41	0.05 %	\$ 21.310.011.725,04	2.24 %	\$ 11.333.524.662,38	1.19 %
2014	\$ 101.726.331.000.000	\$ 343.881.276,12	0.03 %	\$ 318.299.966,16	0.03 %	\$ 29.162.240.891,16	2.87 %	\$ 12.041.349.404,86	1.18 %
2015	\$ 99.290.381.000.000	\$ 366.511.860,00	0.04 %	\$ 463.551.326,44	0.05 %	\$ 34.950.109.209,12	3.52 %	\$ 13.151.935.133,99	1.32 %
2016 sd	\$ 99.937.696.000.000	\$ 349.926.157,44	0.04 %	\$ 435.325.356,77	0.04 %	\$ 28.692.181.886,88	2.87 %	\$ 13.148.309.303,85	1.32 %
2017 prov	\$ 104.295.862.000.000	\$ 349.926.157,44	0.03 %	\$ 339.341.687,88	0.03 %	\$ 28.692.181.886,88	2.75 %	\$ 15.807.475.583,05	1.52 %

Fuente: Banco Central y Ministerio de Economía y Finanzas.
Elaboración propia

