

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

**Ley de Medicina Prepagada:
análisis constitucional de la Disposición General Quinta de Ley**

María Isabel Yepes Zambrano

Jurisprudencia

Director:

José David Ortiz Custodio

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, 8 de diciembre de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

**“Ley de Medicina Prepagada: análisis constitucional de la
Disposición General Quinta de Ley”**

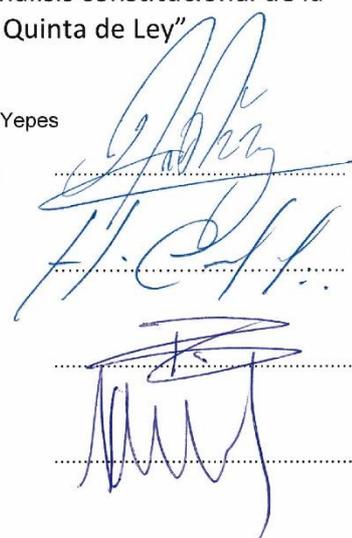
María Isabel Yepes

José Ortiz, LLM
Director del Trabajo de Titulación

Hugo Cahueñas, LLM
Lector del Trabajo de Titulación

Dra. Johanna Frohlich
Lectora del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
EVALUACIÓN DE DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Título del trabajo: Constitucionalidad de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada

Estudiante: María Isabel Yepes Zambrano

Evaluación:

a) Importancia del problema presentado

La Disposición General Quinta de la Ley Orgánica que Regula a las Compañías que Financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que Oferten Cobertura de Seguros de Asistencia Médica (en adelante "Ley de Medicina Prepagada"), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 863 de 17 de octubre de 2016, impone a las compañías de medicina prepagada y de seguros de salud la obligación de reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud los montos que por atenciones médicas en sus unidades se hayan efectuado a personas que sean titulares y/o beneficiarias de seguro privado de salud y/o medicina prepagada, hasta el monto de lo contratado.

Así también, la Disposición General Quinta obliga a las compañías de medicina prepagada y de seguros de salud pagar al establecimiento de salud privado o reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud, los montos por atenciones médicas prestadas a personas derivadas a un establecimiento de salud privado. El alcance de la norma es que, si una persona es titular o beneficiaria de un plan privado de salud, y recibe atención médica en un centro de salud público o en un establecimiento de salud privado previa derivación, los montos de dichas prestaciones deben ser reembolsados a la institución de la Red Pública Integral de Salud que atendió o derivó al afiliado, hasta el monto del plan contratado.

El problema jurídico consiste en que la Disposición General Quinta obliga a las compañías de medicina prepagada y de seguros de salud a reembolsar los montos de atención médica que hayan recibido sus afiliados a través de la Red Pública Integral de Salud, con cargo al financiamiento contratado por los afiliados para acceder a una cobertura opcional, adicional y complementaria de salud. En otras palabras, los recursos destinados por los afiliados para planes privados complementarios y que amplían su cobertura de salud, servirán para financiar las prestaciones públicas básicas de salud que constitucionalmente está obligado a cubrir Estado, bajo los principios de gratuidad, universalidad y obligatoriedad.

Isabel Yepes identifica un problema de relevancia constitucional, señalando que la Disposición General Quinta contraviene el mandato constitucional de que los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos, y desconoce el deber primordial del Estado Social de Derechos y Justicia de garantizar a las personas el efectivo goce de los derechos a la salud y seguridad social. La norma traslada deberes primordiales del Estado a compañías privadas y fundamentalmente a las personas que acceden a



sus servicios, cuyas aportaciones servirán para financiar prestaciones de salud que el Estado debe prestar a través de sus programas universales y obligatorios.

Como se puede observar, la investigación tiene relevancia jurídica constitucional puesto que analiza la conformidad de la Disposición General Quinta con la Constitución de la República y sus implicaciones en relación con los derechos constitucionales a la salud y seguridad social. Adicionalmente, tiene una relevancia práctica, puesto que la ejecución de la Disposición General Quinta obligará a las compañías de medicina prepagada y de seguros de salud a "reembolsar" un monto aproximado de 70 millones de dólares anuales, cuando la rentabilidad promedio del sector es de 12 millones de dólares anuales, lo cual compromete el funcionamiento y operación de estas compañías en el corto plazo.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por la investigadora

La hipótesis planteada por Isabel Yepes es que la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada no guarda conformidad con la Constitución y restringe los derechos constitucionales a la salud y seguridad social. La investigadora reconoce que el Estado, a través de la Asamblea Nacional, tiene la facultad para regular el ejercicio de los derechos constitucionales, entre ellos, los derechos a la salud y seguridad social. Sin embargo, la investigadora afirma que la Asamblea Nacional excedió los límites de regulación, puesto que la Disposición General Quinta atenta contra disposiciones constitucionales expresas y restringe el contenido de los derechos constitucionales.

Uno de los desafíos más importantes en el constitucionalismo latinoamericano es alcanzar el pleno desarrollo, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales. La Constitución de 2008 estableció que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. Por tanto, determinar la constitucionalidad de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada, es trascendental para conocer el contenido y alcance de los derechos a la salud y seguridad social en el Ecuador, así como los límites que la Asamblea Nacional tiene al regular estos derechos, dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

La hipótesis es trascendente, además, por cuanto nos permite apreciar la importancia de las garantías normativas establecidas en la Constitución. Isabel Yepes desarrolla los conceptos de las garantías normativas de *reserva de ley* y de *no restricción de los derechos constitucionales*. Esto es trascendente, toda vez que sin perjuicio de la libertad de configuración que tiene el legislador en materia de salud y seguridad social, el artículo 84 de la Constitución obliga a la Asamblea Nacional a adecuar formal y materialmente la ley a los derechos constitucionales. Determinar cuando el legislador regula en forma legítima los referidos derechos constitucionales y cuando sus actuaciones atentan contra el contenido de los mismos, requiere de un análisis académico como aquel constante en esta investigación.

Finalmente, la hipótesis de la investigación nos lleva a cuestionarnos sobre la configuración del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos Humanos en el que la persona humana debe ser el objetivo primigenio. Así, la investigación cuestiona la validez de una nueva forma de financiamiento para el sector de la salud pública, el cual en la práctica se encuentra gravemente desfinanciado, tomando en cuenta que por

más beneficiosa o conveniente pueda resultar la medida para el gobierno, su validez sólo será posible en la medida que se ajuste y no contradiga la Constitución.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

La investigación se ha nutrido por la calidad y cantidad de citas bibliográficas empleadas. Isabel Yepes ha realizado una investigación profunda sobre la regulación de los derechos constitucionales, los límites constitucionales a la facultad de regulación de la Asamblea Nacional y la determinación del contenido de los derechos a la salud y seguridad social. Isabel ha abordado las diversas teorías desarrolladas en la doctrina constitucional para encontrar los límites a la regulación de los derechos, complementada con importantes fallos expedidos por la Corte Constitucional del Ecuador.

Por tratarse de una investigación concentrada en un análisis puramente constitucional, mas no un examen más amplio que pueda incluir un control de convencionalidad de la normativa en mención, considero que las fuentes utilizadas en la investigación son suficientes y pertinentes para dar sustento normativo, doctrinario, teórico y jurisprudencial a la hipótesis empleada. Considero que la investigación, a través de las fuentes utilizadas, demuestran el esfuerzo empleado por la investigadora.

d) Contenido argumentativo de la investigación

A lo largo de la investigación se desarrollan los conceptos del contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad como mecanismos para analizar la constitucionalidad de disposiciones jurídicas que regulen los derechos constitucionales. Por ello, la argumentación de la investigadora no ha sido arbitraria, sino que parte de métodos reconocidos para examinar la constitucionalidad de normas jurídicas, inclusive en nuestra actual Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Sobre esta base, la investigadora plantea argumentos convincentes para demostrar que la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada atenta contra normas constitucionales que configuran el contenido mínimo de los derechos a la salud y seguridad social en el Ecuador. La investigadora nos persuade que la norma en cuestión introduce una forma de financiamiento no prevista en la Constitución que vulnera derechos constitucionales, puesto que traslada a compañías privadas los costos de las prestaciones médicas que son esenciales para garantizar la atención a la salud de la población sin discriminación alguna, bajo los postulados de universalidad y obligatoriedad.

Isabel Yepes demuestra como la Disposición General Quinta priva a los beneficiarios y usuarios de planes de medicina prepagada y seguros de salud de las contraprestaciones a las que tienen derecho como titulares del derecho a la seguridad social y a las aportaciones realizadas mensualmente a la seguridad social. Adicionalmente, se demuestra con suficiencia como la normativa constituye una acción regresiva e inconstitucional de derechos. Finalmente, pese a que la Disposición General Quinta fue introducida por un veto presidencial sin una motivación expresa, Isabel busca analizar la validez de la norma frente al fin aparente y obvio de la normativa que es buscar una nueva fuente de financiamiento para el sistema de salud,

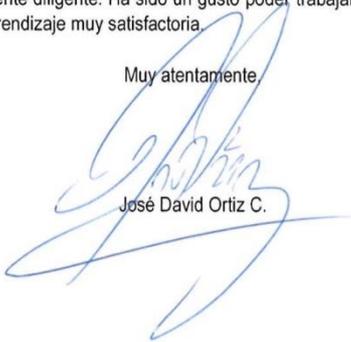


empleando para ello el principio de proporcionalidad para determinar si la norma es razonable y proporcionada al ejercicio de los derechos constitucionales.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación

Durante la investigación fue necesario tener varias reuniones con la investigadora para definir el objeto de la investigación, el contenido de los capítulos y la construcción de los argumentos que sustenten la hipótesis. La investigadora siempre estuvo dispuesta a recoger los comentarios y sugerencias realizadas, lo cual me permitió observar avances cualitativos en cada uno de los textos elaborados. Pude observar la dedicación y esfuerzo empleado por Isabel Yepes, así como su deseo por profundizar en cada aspecto de su investigación. Pienso que cada tarea y recomendación fue tomada con mucha seriedad, por lo que considero que Isabel ha realizado un trabajo sumamente diligente. Ha sido un gusto poder trabajar con Isabel en este proyecto, así como una experiencia de aprendizaje muy satisfactoria.

Muy atentamente,


José David Ortiz C.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:



Nombres y apellidos:

María Isabel Yepes Zambrano

Código:

00107412

Cédula de Identidad:

1713923900

Lugar y fecha:

Quito, 8 de diciembre de 2017

Dedicatoria:

*A mi abuelo, Gonzalo Zambrano Palacios,
por enseñarme a amar el Derecho y a trabajar por un sistema más justo.*

Agradecimientos:

*A mis padres, Hugo y Verónica, por ser mi fuente de inspiración y enseñarme que la mayor
satisfacción se encuentra en trabajar por los demás;*

A Farith Simon, por iniciarme en la cátedra jurídica y desarrollar mi pasión por ella;

A David Ortiz, por su constante guía en la preparación y discusión de este trabajo.

Resumen

Las empresas de medicina prepagada han evidenciado un importante crecimiento en el mercado ecuatoriano durante la última década, reportando ingresos totales máximos de hasta USD 328 millones anuales. En virtud de esto era imperante expedir una nueva normativa que regule y proteja los derechos de los usuarios de estos servicios en el Ecuador. Sin embargo, en octubre del año 2016, se expidió la *Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de asistencia médica*, que trajo consigo varias interrogantes. En el presente trabajo se realiza un análisis constitucional de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada que obliga a las compañías de medicina prepagada y a las compañías que ofertan seguros de salud a reembolsar a la Red de Salud Pública los valores generados por atenciones médicas efectuadas en el sistema público de salud a personas titulares y/o beneficiarias de seguros privados de salud y/o medicina prepagada, hasta el monto de lo contratado. Así, esta norma pone sobre la mesa de discusión la siguiente interrogante: *¿la Disposición General Quinta guarda conformidad con los preceptos constitucionales en materia de salud y seguridad social?* A través de un análisis jurídico sobre la intervención de los derechos fundamentales, se llega a la conclusión que esta disposición normativa restringe el contenido esencial del derecho a la salud y a la seguridad social, y por tanto, no aprueba el test de proporcionalidad.

Abstract

Pre-paid medical companies report continuous growth in Ecuadorian markets throughout the past decade. During the last years they have reported maximum annual revenues up to USD 328 million per year. This growth prompted the issuance of new legislation aimed at regulating and protecting the user rights of pre-paid medical services. In October 2016 a new Pre-paid Medicine Organic Law was issued (Ley Orgánica que regula a las Compañías que financien Servicios de Atención Integral de Salud Prepagada y a las de Seguros que oferten Cobertura de Asistencia Médica) but it gave rise to concerns. Throughout this study a constitutional analysis of the Pre-Paid Medicine Law's Fifth General Provision is carried out. This general provision compels both pre-paid medical and health insurance companies to reimburse the Public Health System for the costs of medical attention provided by the public health facilities to private health insurance holders up to the insured amount. By a legal analysis related to the intervention on fundamental rights, I aim to answer whether or not the law's Fifth General Provision is in accordance with constitutional health and social security precepts. The Fifth General Provision interferes with core rights to health and social security and does not approve the proportionality test.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	DESARROLLO.....	3
1.	SECCIÓN PRIMERA: ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	3
1.1	El Estado Constitucional de Derechos y Justicia	4
1.2	Regulación de los derechos fundamentales	6
1.3	Límites a la potestad de regulación de los derechos fundamentales: principio de proporcionalidad y principio de no restricción	11
2.	SECCIÓN SEGUNDA: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD, EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL SEGURO PRIVADO.....	21
2.1	El derecho a la salud.....	22
2.2	El derecho a la seguridad social	32
2.3	El seguro privado de salud y la medicina prepagada	41
3.	SECCIÓN TERCERA: ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL	44
3.1	Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada	44
3.2	El derecho a la salud y la Disposición General Quinta	45
3.3	El derecho a la seguridad social y la Disposición General Quinta	49
III.	CONCLUSIONES.....	55
IV.	BIBLIOGRAFÍA	61

Abreviatura	Explicación
§	Sección
Constitución	Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008
Disposición General Quinta	Disposición General Quinta de la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de asistencia médica. Registro Oficial No. 863 de 17 de octubre de 2016.
Ley de Medicina Prepagada	Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de asistencia médica. Registro Oficial No. 863 de 17 de octubre de 2016.
Plan complementario de salud	Planes que financien servicios de atención integral de salud prepagada o de seguros que oferten cobertura de asistencia médica.
Sistema Público de Salud/ Sistema Nacional de Salud	El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social.

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de octubre de 2016, se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de asistencia médica¹ (en adelante “Ley de Medicina Prepagada”), luego de haber sido discutida en primer y segundo debate por la Asamblea Nacional del Ecuador y objetada parcialmente por el presidente de la República.

La expedición de un nuevo cuerpo legal para salvaguardar y mejorar las condiciones de los usuarios de este tipo de sistemas complementarios de salud era imperante. Sin embargo, la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada, introducida por el ex Presidente de la República al Proyecto de Ley mediante veto presidencial, trae consigo preocupaciones sobre los efectos que esta tendrá sobre los usuarios de planes complementarios de salud, en virtud de las obligaciones que esta norma impone a las empresas de medicina prepagada.

La Disposición General Quinta obliga a las compañías de medicina prepagada y a las compañías que ofertan seguros de salud a reembolsar a la Red de Salud Pública los montos o valores que por atenciones médicas se hayan efectuado en sus unidades a personas que también sean titulares y/o beneficiarios de un seguro privado de salud y/o de planes de medicina prepagada, hasta el monto de lo contratado. Esto se aplica también en aquellos casos en que la prestación de servicios de salud se haya efectuado en una institución de salud privada, siempre que haya mediado la respectiva derivación por parte del sistema público de salud.

En virtud de dicha disposición, el objeto de este trabajo de titulación es responder a la siguiente interrogante: *¿la Disposición General Quinta guarda conformidad con los preceptos constitucionales sobre el derecho a la salud y seguridad social?* Este problema surge a la luz del principio de no restricción de los derechos fundamentales. De ser el caso en que esta norma contraríe el texto constitucional, carecería de *validez*² jurídica.

¹ Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de asistencia médica. Registro Oficial No. 863 de 17 de octubre de 2016.

² El Art. 424 de la Constitución prescribe “las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de *eficacia* jurídica”. Sin embargo, cuando una norma inferior irrespete el contenido de la norma superior, carece de *validez* material; mientras que la eficacia tiene que ver con

La posición del presente trabajo de titulación frente al problema jurídico planteado afirma que la Disposición en mención vulnera, restringe y desconoce derechos fundamentales. Esta tesis se sustenta en la premisa que la limitación de los derechos, para ser legítima, debe respetar el contenido esencial de los derechos y aprobar el test de proporcionalidad. El incumplimiento del Legislador de estas condiciones, deviene entonces en una *restricción ilegítima* que vulnera la norma constitucional.

Antes de llegar a esta conclusión, fue necesario dividir este trabajo en tres secciones. La primera sección expone los fundamentos teóricos sobre la regulación de los derechos fundamentales [§1]; mientras que la segunda, deja en manifiesto cuestiones esenciales sobre el derecho a la salud, el régimen de seguridad social y el seguro privado [§2]. Sobre la base de esto, fue posible realizar un análisis netamente constitucional de la Disposición General Quinta [§3].

La primera sección determina los límites a la potestad de regulación de los derechos fundamentales por parte del Estado. En primer lugar, se realiza un análisis sobre el significado del Estado constitucional de derechos y justicia [1.1]. Esto, permitirá explicar en qué consiste la regulación de los derechos fundamentales en un Estado constitucional [1.2]. En tercer lugar, se establecerá cuál es el límite que existe a la regulación de estos derechos [1.3].

Sobre la base de esto, se procederá a estudiar el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social como derechos fundamentales inalienables de todo ser humano, así como deberes primordiales del Estado. El primer punto analizará el derecho a salud desde una perspectiva internacional para luego aterrizar en el campo nacional [2.1]. El segundo punto, estudiará las peculiaridades del derecho a la seguridad social [2.2]. Por último, se buscará dejar en claro al lector que los sistemas de medicina prepagada y seguros de salud son planes complementarios de salud, que se suministran dentro de un esquema de *contratación particular y voluntaria*, a pesar de pertenecer al Sistema Nacional de Salud [2.3].

La última sección de este trabajo se dividirá en tres partes. La primera, presentará la Disposición General Quinta [3.1]. La segunda, estudiará a esta disposición frente al derecho a la salud [3.2]; mientras que la última lo hará frente al derecho a la seguridad social [3.3].

la idoneidad de una norma para producir los efectos jurídicos deseados por el Legislador. *Vid.*, Farith Simon Campaña. *Introducción al estudio del derecho*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2017, pp. 110-115.

Al finalizar cada sección se encontrarán conclusiones representadas a través de tres asteriscos [***], que tienen como objetivo resumir al lector lo manifestado en cada bloque de este trabajo de titulación.

Se advierte al lector que el análisis que se realiza en este trabajo es *exclusivamente un examen de constitucionalidad*. Por lo tanto, no se estudiará si es que la entrada en vigencia de esta disposición normativa favorece al Estado de forma ajena a lo prescrito por la Constitución.

II. DESARROLLO

1. SECCIÓN PRIMERA: ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El nuevo paradigma constitucional que rige en el Ecuador desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, está caracterizado, entre otros aspectos, por una amplia lista de derechos, así como por posicionar a la jurisprudencia como una de las fuentes del derecho, lo cual permite realizar un interesante análisis acerca de la constitucionalidad de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada.

Antes de entrar en el análisis de esta nueva normativa, la primera sección de esta investigación tendrá como objetivo responder a la siguiente interrogante: ¿cuándo la regulación de un derecho fundamental es legítima y proporcional? Para ello, esta sección estará dividida en tres puntos. En primer lugar, se realizará una breve referencia al Estado constitucional de derechos y justicia, determinado en el Artículo primero de la Constitución del Ecuador [1.1]. A partir de esto, se podrá realizar una aproximación doctrinaria a la regulación de los derechos fundamentales en el marco del Estado consitucional [1.2]. Finalmente, tras haber identificado las garantías y principios que rigen esta potestad de regulación de los derechos, se analizará el límite que existe a la regulación de los derechos fundamentales [1.3].

Al finalizar esta sección se podrá constatar que el Estado tiene la potestad de regular derechos fundamentales, respetando los principios de supremacía constitucional, reserva de ley y rigidez del procedimiento reformativo constitucional. La regulación de los derechos fundamentales debe aprobar el test de proporcionalidad y no afectar en el contenido esencial de los derechos.

1.1 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

En modo alguno puede tenerse por casual, que cuando Ecuador adoptó democráticamente la Constitución del año 2008, la norma suprema haya encabezado el orden sustantivo de derechos, deberes y principios rectores de la política social y económica con la afirmación de respeto a la Ley, a la dignidad de la persona y la inviolabilidad de los derechos fundamentales de todas las personas.

La Constitución de Montecristi implementó un extenso catálogo de principios, derechos, garantías constitucionales y conceptos innovadores, como por ejemplo el régimen del Buen Vivir. No obstante, una de las cuestiones más importantes a resaltar tiene que ver con lo prescrito por el artículo primero de este texto, que define al Ecuador como un Estado *constitucional de Derechos y Justicia*.³ Estos calificativos determinan al Estado como tal, redefiniendo sus cualidades.⁴

Para empezar este breve análisis, se partirá del concepto de *Estado constitucional*⁵, que quiere decir que “la constitución establece el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder”.⁶ Según la doctrina constitucionalista, la Constitución consiste en un sistema de normas *metalegales* que están por sobre la ley, destinadas al legislador

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴ Se habla de una redefinición del Estado, pues la Constitución ecuatoriana de 1998 proclamaba “Art. 1.- El Ecuador es un *estado social de derecho*, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico [...]” Es decir, el ejercicio del poder estaba manejado y circunscrito al Derecho, de ahí que sus autoridades y gobernantes estaban sometidos a la legislación vigente. Sobre el Estado de Derecho, *vid.* Luigi Ferrajoli. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 801-890. Sobre el Estado social de derecho, *vid.* Enzo Sollari. “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 20, No. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho (1993), pp. 333-344; y, José Luis Cea. “Garantías Constitucionales en el Estado Social de Derecho”. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 10, No. 1 (1993), pp. 7-19.

⁵ Sobre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, *vid.* Luigi Ferrajoli. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 803, quien establece: “En suma, el derecho de las modernas democracias constitucionales se diferencia de los otros sistemas deónticos por dos esenciales características estructurales: de un lado, por su carácter positivo y por tanto artificial y convencional, que es el rasgo específico frente a los sistemas no jurídicos y al derecho premoderno, del iuspositivismo y del estado legislativo de derecho; y de otro, por el sometimiento de sí mismo al derecho no solo en cuanto a la forma de producción sino también en cuanto a los contenidos producidos, que es el rasgo específico del ius-constitucionalismo, o sea, del estado constitucional de derecho [...] En suma, todo el derecho – no solo el derecho que es, sino también el derecho que jurídicamente debe ser – resulta construido por los hombres: sobre quienes por tanto descansa la responsabilidad acerca de cómo lo producen, lo interpretan e, incluso antes, acerca de cómo lo piensan, lo proyectan, lo conquistan, lo defienden”.

⁶ Ramiro Ávila. “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Serie de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1ra. Edición, 2008, p. 19.

y a los otros poderes del Estado.⁷ El resultado de esto, es la garantía jurídica de principios y derechos fundamentales que no podrán ser lesionados y cuyo cumplimiento es obligatorio.⁸ Por lo tanto, la Constitución es un “orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, [que] posee una validez jurídica formal de naturaleza superior”.⁹

Esto cobra sentido a partir del Artículo 424 del texto constitucional ecuatoriano que prescribe que:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (énfasis agregado)

En segundo lugar, el concepto *Estado de Derechos* cambia e introduce un “tercer modelo” en la evolución histórica del Estado ecuatoriano en relación al Derecho, según RAMIRO ÁVILA.¹⁰ Dentro del marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano¹¹, “el Estado de derechos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica¹² y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado”.¹³ Por tanto, la Constitución no puede ser entendida únicamente como límite al posible arbitrio de los poderes constituidos, sino además como reconocimiento de los “*deberes del gobierno [...] en relación al valor constitucional de igualdad a promover y realizar [...] los derechos sociales*”.¹⁴

⁷ Luigi Ferrajoli. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 803.

⁸ Luigi Ferrajoli. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2015, p. 14.

⁹ Peter Häberle. *El Estado Constitucional*. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2da. Edición, 2003, p. 3.

¹⁰ Ramiro Ávila. “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *Óp. cit.*, p. 28.

¹¹ Sobre el neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo, *vid.*, Jorge Benavides Ordóñez. “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”. *Ius Humani Revista de Derecho*. Vol. 5 (2016), pp. 173-188, quien afirma: En suma, la distinción entre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo viene determinada por el hecho de que la segunda doctrina concentra sus esfuerzos en reivindicar la legitimidad democrática de la constitución. Esta preocupación se ve reflejada en que los textos constitucionales emerjan de procesos constituyentes lo más participativos posibles y, como consecuencia de ello, en que cuando aquellos vayan a reformarse se acuda al poder constituyente originario. Ello supone la importancia decisiva de la participación directa de los ciudadanos en el inicio, trámite y aprobación de nuevas constituciones, además, materialmente generosas, que responden a transformaciones profundas de sus comunidades.”

¹² Sobre la pluralidad jurídica en el Ecuador, *vid.*, Ramiro Ávila. “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *Óp. cit.*, p. 28.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Mauricio Fioravanti. *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 131.

Es así que, de entre los 444 artículos del texto constitucional, se establece como uno de los máximos deberes del Estado “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”.¹⁵ Esto se reafirma en el Artículo 11, numeral nueve que dispone que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.¹⁶

En consecuencia, tras haber planteado de forma las características del Estado ecuatoriano, se hacen visible las bases sobre las cuales se asienta la estructura, la organización social, política y económica, así como las finalidades del Estado, delimitando de esta forma el marco de acción de todos quienes forman parte del mismo.

1.2 REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez que se han determinado las características del Estado ecuatoriano, se empezará con el estudio de la regulación de los derechos fundamentales. Para comenzar, se hará mención a dos cuestiones importantes en esta materia: las garantías normativas [1.2.1]; y, los principios de supremacía constitucional, reserva de ley y rigidez de la constitución [1.2.2].

1.2.1 LAS GARANTÍAS NORMATIVAS

En palabras de NOGUEIRA ALCALÁ, “en el Estado Constitucional Democrático los derechos constitucionales operan como defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se hacen objetivos operando como elementos del ordenamiento jurídico”.¹⁷ Sin embargo, la validez y reconocimiento de estos derechos y libertades únicamente encuentran su fuerza en la eficacia de sus garantías.

Es por esta razón, que si bien queda claro que los derechos humanos – y como tal, los derechos fundamentales – son anteriores y superiores al Estado, existe un problema en la práctica a la hora de resolver sobre estos derechos. Los enunciados de la norma constitucional

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Humberto Nogueira Alcalá. “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. *Revista Ius et Praxis* (2005), Vol. 11, No. 2, p. 15.

“no son suficientes para asegurar su cumplimiento”,¹⁸ pues es necesario afrontar su desarrollo legal y la forma en la cual los servidores públicos, tanto administrativos como judiciales, “entienden, interpretan y aplican las disposiciones legales y reglamentarias que confrontan o contrastan con los derechos”.¹⁹

Es por esta razón, que las garantías constitucionales nacen como:

[...] mecanismos o instrumentos que la ley suprema, expresión de la voluntad popular, pone a disposición de los individuos que componen el Estado para que puedan defender sus derechos y libertades, reclamar cuando están amenazados y evitar que sean violados o restringidos [...]; y [...] obtener la reparación e indemnización cuando hubieran sido definitivamente violados.²⁰

Al respecto, la Constitución del 2008 “otorga importancia relevante e integral a las garantías”,²¹ donde se establecen dos clasificaciones: aquellas que tienen que ver con la función de los poderes del Estado, y las otras, sobre los derechos y el papel de la justicia constitucional. Las primeras se dividen en: (i) garantías normativas; (ii) garantías de políticas públicas; y (iii) garantías jurisdiccionales.²² En el presente trabajo, se hará mención únicamente a las garantías normativas, al tener como punto central de la discusión la constitucionalidad de una disposición normativa de carácter orgánico.

El simple reconocimiento de los derechos fundamentales en el plano nacional como internacional, no basta para alcanzar su plena vigencia; es por esta razón que las garantías normativas están instituidas para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos. De esta forma, el examen de constitucionalidad es fundamental en cualquier Estado de Derecho.

Según el tratadista español, PÉREZ LUÑO, “las garantías normativas se presentan cuando una Constitución contiene expresos dispositivos cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación, así como velar por la integridad de su sentido y función”.²³

¹⁸ Paúl Córdova Vinuesa. *Derecho Procesal Constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 196.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Ramón Eduardo Burneo. *Derechos y Garantías constitucionales en el Ecuador. Evolución y Actualidad*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 173.

²¹ *Ibíd.*

²² Constitución de la República del Ecuador. Título III Garantías Constitucionales. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²³ Antonio Pérez Luño. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 103.

El constituyente incorporó esta garantía normativa en el artículo 84 de la norma suprema.

El texto establece que:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de *adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales*, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

*En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.*²⁴ (énfasis agregado)

El primer inciso de la norma confirma la superioridad en la jerarquía constitucional. Esto significa que “una norma no puede ser válida solamente por el hecho de estar vigente, sino, porque [...] se encuentra al amparo de los preceptos constitucionales, como mandatos de jerarquía superior”.²⁵ Por tanto, debe considerarse que la adecuación de las normas y actos normativos no se restringen a su análisis formal, sino también al efecto que estos producen. Al respecto, es oportuno mencionar lo manifestado por FERRAJOLI, quien afirma que:

[...] el paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho generada por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre la weberiana “racionalidad formal” y “racionalidad material” [...].²⁶

Eso se ve reflejado en el segundo inciso del Artículo 84, que no deja resquicios de duda acerca de la protección de los derechos contemplados en la Constitución respecto de una posible reforma que pueda atentar su contenido. Este segundo inciso busca proteger:

[...] la fuerza vinculante de los derechos constitucionales frente a los poderes públicos [...], *la rigidez del procedimiento de reforma constitucional que evita la fácil alteración del contenido de estos derechos, la reserva de ley según el cual el legislador es quien debe desarrollar su contenido y no el Ejecutivo, así como la cláusula de que exige al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos constitucionales.*²⁷ (énfasis agregado)

Sobre la base de lo expuesto, cabe hacer referencia a tres principios fundamentales que nacen de las garantías normativas. Estos son: (i) la supremacía constitucional; (ii) la rigidez del procedimiento reformativo constitucional; y (iii) la reserva de ley. Estos tres principios son

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 84. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵ Paúl Córdova Vinuesa. *Derecho Procesal Constitucional... Óp. cit.*, p. 198.

²⁶ Luigi Ferrajoli. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2015, p. 37.

²⁷ Luciano Parejo Alfonso. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. 1, Num. 3 (1981), p. 173.

esenciales para asegurar la eficacia de las garantías normativas y la plena vigencia de los derechos constitucionales, como se verá a continuación.

1.2.2 JERARQUÍA CONSTITUCIONAL, RIGIDEZ DEL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Respecto del principio de jerarquía constitucional, se mencionó en líneas anteriores que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El Artículo 424 prescribe que la Constitución prevalece sobre cualquier norma del ordenamiento jurídico, y que “las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.²⁸ El principio de jerarquía normativa lo que busca es dotar al ordenamiento jurídico de seguridad y orden.²⁹ La supremacía constitucional se presenta como un elemento ordenador básico que postula ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todas las demás, donde todas las normas están vinculadas directa o indirectamente con la norma fundamental, que es la que da validez y unidad al ordenamiento jurídico.³⁰ La Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado al respecto, manifestando que:

Cabe señalar que ambas normas [Art. 424 y 425 de la Constitución del Ecuador] son los pilares sobre los que se asienta el proceso de constitucionalización de los Estados, y justamente es en razón de ellos que se estructuran los mecanismos de control constitucional. En otras palabras, sin una Constitución que se ubique por encima de las demás normas del ordenamiento jurídico, sería inconcebible que se exija de estas últimas una correspondencia con la Norma Fundamental, como presupuesto de vigencia y validez.³¹

Sobre la rigidez del procedimiento reformativo constitucional, la Constitución prevé procedimientos y requisitos especiales para ser reformada. El objetivo básico de la regulación de la reforma constitucional, es de igual forma, la garantía de la supremacía constitucional.³² Según RICHARD ORTIZ, “la reforma constitucional tiene como fin proteger la Constitución al igual que el control constitucional”,³³ donde esta última garantía vigila que el legislador no

²⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁹ Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997, p. 45.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 146-14-SEP-CC*, de 01 de octubre de 2014.

³² Dunia Martínez Molina. “Los procedimientos de reforma constitucional. ¿Garantías de supremacía constitucional? El caso ecuatoriano. Entrevista a Richard Ortiz.” *Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos*, No. 3 (2015), pp. 92-97.

³³ *Id.*, p. 93.

pueda reformar la norma suprema³⁴ a través de procedimientos ordinarios de formación de leyes. La rigidez e inalterabilidad constitucional están destinadas a “evitar la alteración del contenido e identidad de la propia Constitución”.³⁵ Con el fin de resguardar los derechos de todas las personas, “esta garantía normativa se expresa en el procedimiento de reforma especialmente rígido del catálogo de derechos y en *la prohibición de restricción del contenido de los derechos, establecida en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución*”.³⁶ (énfasis agregado)

Por último, con relación al principio de reserva de ley, la Asamblea Nacional es el único órgano con atribuciones para desarrollar el contenido de los derechos constitucionales “en los actos de creación de Derecho Positivo (creación de leyes)”³⁷ en el Ecuador. Según la Corte Constitucional:

[...] el principio constitucional de reserva de ley o reserva legal establece que determinadas materias *deben ser reguladas exclusivamente por normas expedidas por el órgano legislativo*, constituyéndose en una importante *garantía del orden democrático que asegura a la ciudadanía representada por el Parlamento, la facultad de definir y regular las materias de especial importancia a través de debates plurales y transparentes dotados de legitimidad*.³⁸ (énfasis agregado)

Es por esta razón, que el Artículo 132 de la Carta Magna prescribe que:

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerá a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.³⁹

Sobre este artículo, la Corte Constitucional afirma que:

Dicha disposición evidencia un requerimiento constitucional para que la regulación sobre los derechos contenidos en la Norma Suprema pase por un filtro democrático, como es el procedimiento legislativo. En virtud de tal principio las normas infra legales no podrían circunscribir el ámbito de protección constitucional a esferas más restringidas que las que la propia ley prescribe. La reflexión anterior sirve, en tanto se considera que si la norma reglamentaria cumple con su misión de desarrollar los conceptos jurídicos con cierto grado de indeterminación, utilizados por el legislador en su regulación, no se estará ante una violación

³⁴ *Vid.*, Constitución de la República del Ecuador. Artículos 441 al 444. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁵ Juan Montaña Pinto. “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (ed.). Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012, p. 28.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N. 002-14-SIN-CC*, de 14 de agosto de 2014.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 132. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

del principio, ya que la regulación legal y su contenido se habrán cumplido. *Lo contrario, es decir, el que la norma infra legal modifique el sentido que el legislador dé a una disposición, en un ánimo de restricción de las prescripciones constitucionales, generará vicios que ameritarán el control por parte de esta Corte.*⁴⁰ (énfasis agregado)

Asimismo, el artículo 133, numeral dos define que las leyes orgánicas son aquellas que “regul[an] el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”⁴¹; consagrando de esta forma el principio de reserva de ley a favor de la Asamblea Nacional.

En consecuencia, se deja en manifiesto que las garantías normativas están para proteger los derechos fundamentales de las personas, obligando al Legislador a respetar la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, al analizar este tema se debe considerar que el legislador debe cumplir con otro deber: desarrollar y regular los derechos contenidos en la Constitución. Dentro de este marco, cabe hacer una pregunta ¿existe un límite a esta potestad?

1.3 LÍMITES A LA POTESTAD DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE NO RESTRICCIÓN

En este apartado se analizarán dos principios fundamentales: el principio de proporcionalidad [1.3.1] y el principio de no restricción [1.3.2]. En esta sección, se precisará el concepto y alcance del principio de no restricción de los derechos, así como del principio de proporcionalidad. Con esto, se podrá responder cuál es el límite a la regulación de los derechos constitucionales, para lo cual se introducirá un *test de limitaciones legítimas de los derechos fundamentales* [1.3.3].

1.3.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

“Los desafíos contemporáneos del Estado Constitucional reclaman una conciencia hermenéutica en los administradores de justicia”.⁴² Esto, en razón de que no es fácil “avizorar los contenidos constitucionales más viables cuando existen colisiones entre derechos

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*, de 14 de agosto de 2014.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 133. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴² Paúl Córdova Vinuesa. *Derecho Procesal Constitucional... Óp. cit.*, p. 153.

constitucionales, donde aparecen intereses enfrentados y la compatibilidad de un diálogo entre principios y reglas no se vislumbra en la interpretación”.⁴³ Aquí es donde entran en acción las técnicas interpretativas como la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, entre otras. Para efectos del presente trabajo, se tratará específicamente el principio de proporcionalidad.

Según la Corte Constitucional colombiana:

[...] El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.⁴⁴

En consecuencia, debe entenderse que el principio de proporcionalidad cobra relevancia para considerar que *no existen derechos absolutos*, “sino que cada derecho es limitado”,⁴⁵ de ahí que el principio de proporcionalidad constituya hoy en día quizá “el más conocido y el más recurrente ‘límite de los límites’ a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos”.⁴⁶ Con esto, lo que se pretende es dar relevancia a los derechos fundamentales y establecer su ámbito de protección, con el fin de evitar una contradicción interna “al punto que cada derecho sea compatible en su lugar”.⁴⁷

En este marco, “el principio de proporcionalidad es el criterio metodológico que brinda la máxima racionalidad y establece un rango de posibilidades para interpretar y concluir de la mejor manera frente al problema suscitado en el derecho analizado”.⁴⁸ Por lo tanto, este principio tiene como objeto realizar un control y evitar técnicas de desvío de poder, y “en especial para el balance entre costos y beneficios de aquellas actuaciones del Estado que implican una intervención en los derechos fundamentales”.⁴⁹

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-022/96* de 3 de octubre de 1996.

⁴⁵ Juan Carlos Chávez. *El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional*. Tesis para la obtención de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2010, p. 26.

⁴⁶ Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.10.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Juan Carlos Chávez. *El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional ... Óp cit.*, p. 27.

⁴⁹ *Ibíd.*

La jurisprudencia alemana⁵⁰ es reconocida por ser la primera en plantear cómo determinar “si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”.⁵¹ BERNAL PULIDO recoge lo propuesto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y presenta tres reglas que deben ser aplicadas con el fin de dirimir si es que una intervención es o no constitucionalmente legítima:

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia [...] sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.⁵² (énfasis agregado)

Este autor enuncia los subprincipios de la siguiente manera⁵³:

1. Idoneidad: según este principio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.⁵⁴
2. Necesidad: este principio busca que toda medida de intervención en los derechos fundamentales sea la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.⁵⁵

⁵⁰ El principio de proporcionalidad en sentido amplio fue aplicado expresamente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán el año de 1993. *Vid.*, Laura Clérico. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. Miguel Carbonell (ed.), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 127.

⁵¹ Laura Clérico. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. Miguel Carbonell (ed.), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 127.

⁵² Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005, p. 67.

⁵³ Bernal Pulido afirma que: “Estos subprincipios se aplican de una manera sucesiva y escalonada, que puede definirse mediante la siguiente regla argumentativa: [...] En primer lugar, el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser inconstitucional”. *Vid.* Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3era. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 693.

⁵⁴ Al respecto, Alexy manifiesta que “el subprincipio de idoneidad tiene más bien un status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos”. *Vid.*, Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 522-525.

⁵⁵ De igual forma, Alexy considera que: “Al legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el legislador quiere perseguir su fin, sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado

3. Proporcionalidad en sentido estricto: conforme a este principio, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. Es decir, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general.⁵⁶

Resumiendo, se obtiene que: (i) a través del principio de idoneidad la limitación es un medio para mejorar una posición, sin empeorar otra⁵⁷; (ii) el principio de necesidad asegura que de entre dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno para el derecho fundamental afectado; y, (iii) el principio de proporcionalidad estricta, garantiza que cuanto sea mayor el grado de la no satisfacción de uno de los derechos, mayor deba ser la satisfacción del otro.

En nuestro ordenamiento jurídico, el test de proporcionalidad se encuentra recogido en el Artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) como un método de interpretación constitucional:

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.⁵⁸

Con respecto a este método de interpretación, la Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado, mediante sentencia No. 048-13-SCN-CC, que: “la proporcionalidad como mecanismo de interpretación jurídica y solución de antinomias entre principios constitucionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la aplicación del principio de igualdad jerárquica de los mismos”.⁵⁹ Asimismo, en la sentencia No. 003-14-SIN-CC en la cual se analizó la

punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales”; *vid.* Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales...* Óp. cit., pp. 525-527.

⁵⁶ Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3era. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42.

⁵⁷ Como referencia al lector, se recomiendo leer la Teoría del Bienestar y el Óptimo de Pareto, *Vid.*, Otilio Reyes Blanco y Oslund Rains Franklin Sam. “Teoría del Bienestar y el Óptimo de Pareto como problemas microeconómicos”. *Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas* Vol. 2, No. 3 (2014).

⁵⁸ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 3. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 048-13-SCN-CC*, de 04 de septiembre de 2013.

inconstitucionalidad por el fondo y forma de la Ley Orgánica de Comunicación, la misma Corte expresó que:

La idoneidad de este mecanismo para verificar la legitimidad o ilegitimidad de la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos [...] reside en que permite identificar que las restricciones que se impongan sean necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo y que la carga de la prueba de las posibles restricciones a este derecho se encuentre en manos del Estado. En suma, que toda limitación que impida a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso a la información deba sujetarse a un control en el marco del test de proporcionalidad.⁶⁰

Por su parte, BERNAL PULIDO acertadamente manifiesta que el principio de proporcionalidad se ubica en la etapa de control constitucional de las leyes, donde “dicho principio despliega todos sus efectos para determinar el contenido vinculante de los derechos fundamentales, y de este modo, se ofrece como instrumento metodológico para establecer si dicho contenido ha sido transgredido por la ley”.⁶¹

A partir de lo planteado hasta aquí, es posible realizar tres conclusiones:

1. El principio de proporcionalidad es relevante porque no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.⁶²
2. Sin embargo, el *test de proporcionalidad* está para impedir intervenciones en los derechos fundamentales, “que sean evitables sin costo para otros principios”.⁶³
3. Por último, el principio de proporcionalidad, en el marco de control constitucional, evita que “el poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental, vulnere en su aplicación su contenido esencial”.⁶⁴

Esta última afirmación permite abrir paso al segundo principio en análisis dentro de esta sección sobre la no restricción de los derechos.

1.3.2 PRINCIPIO DE NO RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS

⁶⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 003-14-SIN-CC*, de 17 de septiembre de 2014.

⁶¹ Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales... Óp Cit.*, p. 541.

⁶² *Óp Cit.*, Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional...* p. 4.

⁶³ Robert Alexy. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 15.

⁶⁴ Ignacio Villaverde Menéndez. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.182.

El concepto de restricción de un derecho fundamental no parece presentar problemas si es que consideramos que los derechos no son absolutos y que estos merecen de regulación. Sin embargo, surgen inconvenientes a la hora de determinar límite de la regulación normativa, así como al determinar la diferencia entre limitación y restricción.⁶⁵

El tratadista ROBERT ALEXY recoge dos teorías para presentar este tema. Por un lado, la teoría externa que considera que el concepto de limitación de un derecho supone que existen dos elementos: el derecho y sus restricciones. Esto, tiene como consecuencia que en primer lugar exista un derecho ilimitado, y en segundo lugar, un derecho restringido que es lo que queda del derecho cuando se le realizan restricciones.⁶⁶ Esta primera teoría supone que no existe ninguna relación entre el concepto de derecho y el de restricción. Al contrario, solo crea “por necesidad, externa al derecho, de hacer compatibles entre sí los derechos de diferentes individuos, así como los derechos individuales y los bienes colectivos”.⁶⁷

Por otro lado, la teoría interna expone que no existen estos dos elementos, sino solo uno: el derecho con un determinado contenido. Esto, trae como consecuencia una importante precisión en cuanto a los términos utilizados: la sustitución de *restricción* por *limitación*.⁶⁸ De esta forma, “las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado, sino acerca de *cuál es su contenido*”.⁶⁹ (énfasis agreado)

Dar una respuesta acerca de cuál es la teoría correcta, supera la posición en la cual se escribe el presente trabajo. Sin embargo, como bien manifiesta ALEXY, esto es algo que depende esencialmente de cómo sean considerados los derechos fundamentales, como posiciones definitivas o *prima facie*.⁷⁰ Sobre estos últimos, PRIETO SANCHÍZ manifiesta que “*los derechos fundamentales aparecen ya delimitados en el texto constitucional y, dentro de ese círculo delimitado no cabe restricción alguna*”.⁷¹

⁶⁵ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 239.

⁶⁶ *Id.*, p. 240.

⁶⁷ *Ibíd*

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Id.*, p. 241.

⁷⁰ *Prima facie*, significa que el derecho tiene un núcleo esencial que no puede ser restringido o alterado. Esto va de la mano con la teoría interna. *Vid.* Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 241.

⁷¹ *Id.* p. 218.

Sobre la base de estas ideas, nos inclinamos por adoptar la teoría interna, donde las limitaciones a los derechos fundamentales no pueden restringir las posiciones *prima facie* de los derechos fundamentales. Esto, en la medida en que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la potestad de reglar derechos constitucionales⁷², sin embargo, prohíbe la restricción del contenido de los derechos y de las garantías constitucionales, conforme lo prescribe el Art. 11, numeral 4 de la Constitución.

La competencia del legislador en la esfera de los derechos fundamentales es incuestionable, pues existen varias disposiciones constitucionales que permiten una futura regulación legal de los derechos. No obstante, la restricción al contenido esencial del derecho tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional.⁷³

En este marco, nacen algunas interrogantes: ¿cuál es el contenido esencial de un derecho? ¿hasta dónde puede ser regulado/limitado un derecho fundamental por el Legislador?

1.3.3 ESTÁNDAR DE VALIDEZ DE LA LIMITACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE SU CONTENIDO ESENCIAL

Para dar una respuesta a las preguntas antes señaladas, se abordará este tema a partir de la teoría de las *restricciones a las restricciones*, que quiere decir que existe una prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En palabras de PRIETO SANCHÍS, “la especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador”.⁷⁴

En consecuencia, la garantía más llamativa respecto de este tema es aquella contenida en nuestra norma suprema en su Artículo 11, numeral cuarto que prescribe que “[n]inguna norma

⁷²Existen dos medios a través de los cuales se pueden realizar regulaciones de derechos fundamentales: por normas de rango constitucional (directa) o normas de rango inferior a la constitución que, sin embargo, una norma constitucional autoriza a poner límites (indirecta). *Vid.*, Hugo Tórtora Aravena. “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, No. 2 (2010), pp. 167-200.

⁷³Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. *Vid.*, Art. 11, numeral 8: “Será *inconstitucional* cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”

⁷⁴*Id.*, p. 230.

*jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.*⁷⁵

(énfasis agregado)

En este sentido, el respeto al contenido mínimo de los derechos es una garantía frente al propio legislador, como “una norma de clausura que viene a restringir notablemente el campo de acción de la ley”.⁷⁶ MAGDALENA LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS enfatiza que:

El contenido esencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas es la expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de esos derechos y libertades reconocidos en la Constitución, resultando de la conjunción entre el valor supremo de la dignidad humana [...] y el núcleo esencial propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio).⁷⁷

La Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-473 dispone que:

[...]el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. [...]La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales *está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución.*⁷⁸ (énfasis agregado)

A su vez, el Tribunal Constitucional chileno considera que:

La esencia del derecho debemos conceptualarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le *priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.*⁷⁹ (énfasis agregado)

Por último, la Corte Constitucional ecuatoriana señala que:

Tanto la prohibición de restricción como la de regresividad se basan en una diferencia entre *limitaciones legítimas y restricciones ilegítimas a los derechos constitucionales* [...] el estatus de protección que brindan los derechos reconocidos por la Norma Suprema no puede estar sujeto a limitaciones sin una justificación que esté basada en la satisfacción de otro derecho

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁶ Hugo Tórtora Aravena. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, No. 2 (2010), p. 180.

⁷⁷ Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1. de la Constitución Española*. Granada: Editorial Gomares, 1996, p. 25.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-473*, de 15 de enero de 1991. *Vid., Sentencia T-336*, de 31 de julio de 1995 donde la Corte define que “el núcleo esencial es el epicentro que determina la existencia y forma de un ente. Se colige entonces que el núcleo esencial de un derecho fundamental es la esencia de la persona que determina los bienes inherentes a ella. En otras palabras, el núcleo esencial del derecho fundamental es el *mínimum* de la dignidad racional, sin cuyo reconocimiento el hombre no puede vivir o desarrollarse como ser humano”.

⁷⁹ Tribunal Constitucional Chileno. Sentencia par el análisis de la Ley Orgánica Constitucional sobre Partidos Políticos. Diario Oficial de 7 de marzo de 1987.

constitucional, y que se lo haga en razón de la proporcionalidad, *sin llegar al extremo de desnaturalizar el contenido del derecho limitado*.⁸⁰ (énfasis agregado)

Por lo tanto, el legislador tiene la facultad para regular los derechos fundamentales, desarrollar su contenido, ampliar los mínimos y facilitar las condiciones para el ejercicio de estos derechos; lo que no tiene, es facultad para restringir su contenido ni para impedir o dificultar su ejercicio.⁸¹ Según BERNAL PULIDO, la afectación negativa de un derecho fundamental comprende todo tipo de desventaja que una norma legal pueda producir sobre un derecho como suprimir, eliminar, impedir o dificultar el ejercicio de las posiciones iusfundamentales *prima facie*.⁸²

En el Ecuador, la prohibición de restricción normativa es uno de los pilares del Estado constitucional.⁸³ Esto en razón de que ningún poder constituido tiene la competencia para expedir normas que puedan restringir el contenido mínimo de los derechos fundamentales; ni si quiera a través del trámite de enmienda previsto en el Artículo 441 de la Norma suprema ni aquel de reforma del Artículo 442. Nuestra Constitución es categórica en este asunto y permite tramitar la restricción del alcance de los derechos constitucionales únicamente a través del procedimiento previsto en el artículo 444 de la Constitución, mediante convocatoria a una Asamblea Constituyente.⁸⁴

Ahora bien, en cuanto a la determinación del contenido esencial de los derechos, esta es una cuestión controvertida, pues existen varias teorías que buscan dar una respuesta. Las teorías del contenido esencial pueden ordenarse según las siguientes categorías: (i) subjetiva y objetiva; y, (ii) absoluta y relativa.⁸⁵ En cuanto a la teoría objetiva, esta hace énfasis en la garantía de la protección a la esencia del derecho en el plano abstracto de la actividad reguladora o limitadora de los derechos. En cambio, la teoría subjetiva hace hincapié en la dimensión individual del

⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0005-13-CN*. Sentencia No. 006-15-SCN-CC de 27 de mayo 2015.

⁸¹ Ramiro Ávila. “Los principios de aplicación de los derechos”. *Los Derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 79.

⁸² Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...* *Óp. cit.*, p. 671.

⁸³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11, numeral cuarto. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁸⁴ *Vid.*, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Art. 101.- [...] 1. Cualquier *proyecto normativo que tenga por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución*, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente”.

⁸⁵ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales...* *Óp. cit.*, p. 258.

derecho.⁸⁶ No obstante, se debe dejar en claro que, independientemente de qué perspectiva se adopte, cualquier regulación legal que afecte un derecho fundamental, debe respetar los elementos de su esencia.

Las teorías absolutas o relativas nacen de la teoría subjetiva. Según la teoría relativa, el contenido mínimo es lo que queda después de realizar una ponderación.⁸⁷ Por lo tanto, las limitaciones que cumplen con el test de proporcionalidad “no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental”.⁸⁸ En cambio, según la teoría absoluta, existe un núcleo esencial de cada derecho que, en ningún caso, puede ser afectado.

La teoría absoluta ha sido aceptada por una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, pues se considera que existe “un núcleo duro indisponible que no puede ser restringido en ningún caso, ni si quiera aunque hubiese buenas razones para hacerlo”.⁸⁹ Sin embargo, PRIETO SANCHÍS presenta algunas críticas sobre esta teoría que resultan interesantes:

1. Se brinda una protección innecesaria, pues en virtud del principio de constitucionalidad, los derechos fundamentales se muestran resistentes frente al legislador.
2. Ocasiona una disminución del nivel de garantías porque se podría dar el caso en que se respete el contenido esencial del derecho, pero el legislador esté actuando de manera arbitraria o injustificada respecto del contenido periférico.
3. Conduce a resultados contradictorios, pues puede suceder que la intervención normativa sea justificada en aras de la preservación de otros derechos, pero ilegítima a la luz del contenido esencial.⁹⁰

En cambio, el problema de la teoría relativa es que el contenido mínimo del derecho podría llegar a “tolerar en algún caso la eliminación o sacrificio completo del derecho, justamente en todos aquellos casos en que la intervención legislativa se muestre suficientemente justificada en aras de la protección de un interés constitucional”.⁹¹

⁸⁶ Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 231.

⁸⁷ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales...* *Óp. cit.*, p. 259.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Luis Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales...* *Óp. cit.*, p. 232.

⁹⁰ *Id.*, p. 233.

⁹¹ *Ibíd.*

Una vez más, lo que resulta importante de estas dos teorías es que aun cuando exista una disposición limitadora que cuenta con buenos motivos para hacerlo, será ilegítima si restringe o elimina el derecho fundamental.

El verdadero problema que presenta el contenido esencial de los derechos no es que se trate de un concepto indeterminado, sino *impredecible*; pues a final de cuentas el contenido esencial es lo que el legislador y el juez constitucional dicen que *es*.⁹²

Sin embargo, en el Ecuador, se debe tener en claro que el límite que regula tanto al legislador como el juez constitucional, se encuentra en no restringir el contenido esencial del derecho.

Para concluir esta sección, el Ecuador al denominarse un Estado constitucional de derechos y justicia, sitúa en la cúspide de su ordenamiento jurídico a los derechos contenidos en la Constitución. Con base en el principio de supremacía constitucional, toda norma de rango inferior deberá mantener correspondencia con los preceptos constitucionales.

Si bien los derechos fundamentales necesitan del desarrollo legal para su correcta ejecución, no es posible desconocer su contenido esencial. Como resultado de esto, se propone un *test de limitaciones legítimas de derechos fundamentales*, que deberá aprobar tres condiciones:

1. limitación debe respetar el contenido esencial del derecho y justificar constitucionalmente su intervención;
2. En caso de existir una limitación, la injerencia en el derecho fundamental debe aprobar el test de proporcionalidad;
3. Finalmente, debe ser realizada por quien tenga las competencias para ello, honrando el principio de reserva de ley y rigidez de la norma suprema.

2. SECCIÓN SEGUNDA: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD, EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL SEGURO PRIVADO

El objeto de la segunda sección de este trabajo será analizar: el derecho a la salud [2.1], la seguridad social [2.2] y los seguros privados de salud y medicina prepagada [2.3]. En primer lugar, se buscará responder cuál es la naturaleza del derecho a la salud y su alcance. En segundo

⁹² *Id.*, p. 235.

lugar, se plantearán algunos aspectos generales sobre el derecho a la seguridad social respecto de su fin y obligatoriedad. Por último, se procurará dejar en claro la naturaleza de los seguros privados de salud y de medicina prepagada como mecanismos voluntarios y complementarios a la seguridad social.

El análisis de estos temas estará basado en una visión teórica, para luego dar paso al análisis de estos derechos dentro del marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Al finalizar esta sección, se podrá concluir que el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos fundamentales inalienables de todo ser humano. Además, que los seguros privados de salud no forman parte del sistema de seguridad social, al no cumplir con el principio de obligatoriedad, al ser un esquema adicional a aquel que presta la seguridad social y por tener un fin de lucro en la prestación de sus servicios.

2.1 EL DERECHO A LA SALUD

2.1.1 LA SALUD

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades”.⁹³ Además, la Constitución de esta organización precisa que la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.⁹⁴

La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), mediante resolución A/69/L.85 aprobó el documento final de la cumbre de las Naciones Unidas sobre la agenda para el desarrollo después de 2015.⁹⁵ En este documento, los líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible.⁹⁶ El tercer objetivo de este documento tiene que ver con la salud mundial, específicamente para garantizar una vida sana y promover el bienestar de todas las personas.

⁹³ Constitución de la Organización Mundial de la Salud (2005). De la Organización Mundial de la Salud.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 (2015).

⁹⁶ Organización de las Naciones Unidas. *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> (acceso: 23/04/2017).

Los Estados se enfocaron en este tercer objetivo, porque si bien se han realizado importantes avances en los últimos años “en la mejora de la salud y el bienestar de las personas, todavía persisten desigualdades en el acceso a la asistencia sanitaria”.⁹⁷ Entre los objetivos⁹⁸ más importantes del punto tres de la agenda se encuentra:

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades
3.8 Lograr la *cobertura sanitaria universal*, en particular la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos.⁹⁹

Asimismo, la Unión de Países Suramericanos (en adelante UNASUR), reconoció a través de la Decisión para el Establecimiento del Consejo de Salud Suramericano de la UNASUR – presidido por Ecuador desde 2015–, que la salud es un derecho fundamental del ser humano y de la sociedad y es un componente vital del y para el desarrollo humano.¹⁰⁰ Este organismo cuenta con un plan quinquenal que se enfoca, entre otros aspectos, en el desarrollo de *sistemas de salud universales*, promoción de la salud y acción sobre los determinantes de la salud.¹⁰¹

A partir de estos breves ejemplos, es evidente que la salud es eje fundamental en los asuntos internacionales, pues es considerada como un objetivo general de reducción de la pobreza y como factor necesario para el desarrollo de los países.¹⁰² Así lo afirma la Directora de la Organización Panamericana de Salud (en adelante OPS), CARISSA ETIENNE, quien considera

⁹⁷Organización de las Naciones Unidas. Salud y Bienestar: Por qué es importante. http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/3_Spanish_Why_it_Matters.pdf (acceso 23/04/2017)

⁹⁸Para alcanzar estos ambiciosos objetivos, las naciones consideraron que el núcleo de sus esfuerzos debían estar centrados en “las estrategias de desarrollo sostenible cohesionadas y con titularidad nacional, sustentadas por marcos nacionales de financiación integrados”; no obstante, están conscientes que estos objetivos solo se lograrán a través de “esfuerzos nacionales en pro del desarrollo [...] con el respaldo de un entorno económico internacional propicio, que incluya sistemas comerciales, monetarios y financieros coherentes y que se apoyen mutuamente, y una gobernanza económica mundial reforzada y mejorada”, *vid.*, Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas... *Óp. cit.*, Medios de implementación y Alianza Mundial, párr. 63.

⁹⁹ Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas... *Óp. cit.*, Objetivo 3.

¹⁰⁰ Decisión para el Establecimiento del Consejo de Salud Suramericano de la UNASUR (2008). Artículo 4 a).

¹⁰¹ Consejo de Salud Suramericano. *Acciones en salud*. <http://www.unasur.org/es/consejo-salud-suramericano> (acceso: 24/04/2017).

¹⁰² Sobre la importancia de la salud en los asuntos internacionales, *vid.* Margaret Chan. *Logros, crisis, sorpresas y una vindicación moral. Discurso pronunciado en el evento de Chatham House sobre La creciente importancia de la salud mundial en los asuntos internacionales*. http://www.who.int/dg/speeches/2011/globalhealth_20110613/es/; OPS. *Directora de la OPS urge a diplomáticos de la OEA a apoyar la salud para el desarrollo*. http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=13223&Itemid=135&lang=es

que “invertir en salud es una inversión inteligente, ya que establece las bases para la prosperidad futura”.¹⁰³

2.1.2 LA SALUD COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL Y DERECHO HUMANO

La salud es un derecho fundamental¹⁰⁴ de todo ser humano.¹⁰⁵ Es decir, el derecho a la salud no es alienable o negociable. Además, es un derecho humano.¹⁰⁶ La definición de derechos humanos desde hace casi un siglo se extiende a incluir no solo a los derechos civiles y políticos, sino también a aquellos que aseguran condiciones de satisfacción de necesidades básicas de todas las personas y que permiten, a su vez, ejercer ciertas libertades.¹⁰⁷ En general se clasifican en: (i) derechos económicos: el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, al ingreso; (ii) derechos sociales: el derecho a la seguridad social, a la *salud* física y mental; y, (iii) derechos culturales: el derecho a la educación y los derechos de grupos minoritarios – los famosos DESC–

¹⁰⁸

Así, entre los instrumentos internacionales¹⁰⁹ más importantes que reconocen a la salud como un derecho humano, se encuentra el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que proclama:

¹⁰³ OPS. *Directora de la OPS urge a diplomáticos de la OEA a apoyar la salud para el desarrollo.* http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=13223&Itemid=135&lang=es (acceso: 29/04/2017).

¹⁰⁴ Sobre el derecho a la salud como derecho fundamental, *vid. Sentencia T-859*, 25 de septiembre de 2003, donde la Corte consideró que “existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo.

¹⁰⁵ Ferrajoli propone un definición teórica, puramente formal de los derechos fundamentales que deben ser entendidos como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” *Vid.*, Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 37.

¹⁰⁶ Sobre la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos, *vid.*, Javier Jiménez Campo. *Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999, p. 24.

¹⁰⁷ Jim Shultz. *El presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales*. Cochabamba: Fundación FORD, 2002, p. 16.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Sobre la salud como derecho fundamental en el marco jurídico internacional, *vid.*, Carta de las Naciones Unidas (1945); Carta Social Europea (1961); Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y sus dos protocolos facultativos (1966 y 1989); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y su Protocolo facultativo (1999); Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y sus dos protocolos facultativos (2000); Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989);

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, *la salud* y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.¹¹⁰

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), tratado fundacional de estos derechos, reconoce asimismo el “[d]erecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.¹¹¹ Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran, entre otras, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.¹¹²

El Artículo 2 del PIDESC prescribe que todos los Estados Parte se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna, con una obligación de respetar, proteger y cumplir.¹¹³ En todos los Estados existen obligaciones jurídicas de distinto rango para la realización de los DESC. Es por esta razón que DANILO TÜRK afirma que, entre los postulados básicos sobre las normas de derechos económicos, sociales y culturales, cada Estado tiene obligaciones legales específicas para lograr la plena efectividad de estos derechos, sobre la base real y jurídica de la igualdad de acceso y de oportunidades para todas las personas.¹¹⁴

2.1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD

En la doctrina se ha discutido si es que los DESC -en específico el derecho a la salud- son derechos meramente programáticos o verdaderas garantías que comparten características con

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; (2006) y su Protocolo facultativo (2006); Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Declaración de Alma-Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud (1978); Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993).

¹¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 25.

¹¹¹ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Artículo 12.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Artículo 2.

¹¹⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2004,

los derechos subjetivos.¹¹⁵ Específicamente en la doctrina colombiana, autores como SARMIENTO consideran que los DESC “antes que derechos subjetivos son mandatos para los poderes públicos”.¹¹⁶ En cambio, RODOLFO ARANGO afirma que los derechos sociales son de carácter fundamental, por lo cual merecen una protección jurisdiccional directa.¹¹⁷

En este marco, es necesario recalcar que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no existen casos en los que se haya declarado la violación del derecho a la salud en forma directa y autónoma.¹¹⁸ No obstante, a la luz del Artículo 26 del Pacto de San José, en el caso ACEVEDO BUENDÍA c. PERÚ¹¹⁹, el Tribunal determinó que esta norma contiene los derechos económicos, sociales y culturales “exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía”.¹²⁰ Por lo tanto, se da un primer paso para analizar la responsabilidad internacional de los Estados respecto a este tipo de derechos.

Por otro lado, si se analiza el caso de la jurisprudencia colombiana, se puede ver que el derecho a la salud ha sido ampliamente discutido como un derecho fundamental y obligación del Estado de cumplir y proteger. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana¹²¹ ha manifestado que:

La razón de ser de tales derechos [DESC] está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia [...] se reducirá a un mero e inocuo formalismo [...] Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los

¹¹⁵ Mónica Arbaléaz. “La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. DS Vol. 14, Núm. 2 (2006), p. 208. *Vid.*, Corte Constitucional de Ecuador. *Caso No. 0028-11-TI*. Examen de Constitucionalidad del Convenio. Dictamen No. 005-13-DTI-CC de 5 de marzo de 2013, donde se manifiesta que: “[...] los derechos sociales no son buenos deseos o programas políticos sino obligan su aplicabilidad, toda vez que se desarrollan en el marco del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos y tiene como antecedente a la Declaración de Viena, aprobado por la conferencia mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993”.

¹¹⁶ Libardo Sarmiento. “De los derechos, las garantías y los deberes”. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Bogotá, 1997, p. 169

¹¹⁷ Rodolfo Arango citado en Mónica Arbaléaz. “La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. DS Vol. 14, Núm. 2 (2006), p. 208.

¹¹⁸ Oscar Parra Vera. “La protección del Derecho a la Salud a través de los casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *El derecho a la salud, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Serie DESC, 2003.

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No 198, párr. 140.

¹²⁰ Oscar Parra Vera. “El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los tratados internacionales” ... *Óp. cit.*, p. 768.

¹²¹ La Corte Constitucional colombiana ha realizado un importante trabajo en el desarrollo de jurisprudencia en materia de salud. Sobre este asunto: *Vid.*, Mónica Arbaléaz. “La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. DS Vol. 14, Núm. 2 (2006).

derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes.¹²² (énfasis agregado)

Esta misma Corte ha hecho una importante aclaración, y es que por un lado “el derecho a la salud tiene un carácter prestacional y progresivo que le impone obligaciones al Estado”¹²³, además de ser un servicio público:

En el ordenamiento constitucional colombiano existen numerosas referencias a la salud, empero es el Artículo 49 el que le da la *doble caracterización* [...], pues por una parte señala que se trata de un servicio público a cargo del Estado y acto seguido garantiza a los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. [...] En esa medida la propia redacción del texto constitucional evidencia la interrelación entre el derecho a acceder a prestaciones en materia de salud y el carácter de la salud como *servicio público* a cargo del Estado, es decir, la salud como derecho esencialmente prestacional implica la existencia de un régimen jurídico y organizacional específico para su provisión, precisamente el de un servicio público, con las implicaciones que este concepto implica en el modelo de Estado social de derecho adoptado por la Constitución de 1991.¹²⁴

En primer lugar, el haberse otorgado la característica de derecho prestacional hace que se requiere de un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para garantizar su expansión y cobertura.¹²⁵ Se entiende que el derecho es progresivo pues depende del desarrollo y planificación del sistema de salud como tal.¹²⁶ No obstante, “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.¹²⁷ Es decir, de este derecho se deriven obligaciones inmediatas para los Estados. Otro aspecto importante que se ha manifestado en la jurisprudencia colombiana tiene que ver con que el derecho a la salud no solamente supone un carácter prestacional, sino que también “involucra facetas en las cuales opera como un típico derecho de defensa que protege a su titular de injerencias arbitrarias provenientes del Estado o de terceros, al igual que también se relaciona con derechos de libertad en la esfera de la toma de decisiones en materia de salud”.¹²⁸

¹²² Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-406*, de 5 de junio de 1992, párr. 17.

¹²³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-463/08*, de 14 de mayo de 2008.

¹²⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-791/11*, de 20 de octubre de 2011.

¹²⁵ Oscar Parra Vera. “El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los tratados internacionales” ... *Óp. cit.*, p. 39.

¹²⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-978*, de 8 de agosto de 2001.

¹²⁷ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-595*, de 5 de marzo de 2002.

¹²⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-791/11*, de 20 de octubre de 2011.

En segundo lugar, entender al derecho a la salud como servicio público tiene a su vez significativas consecuencias. Esto, en la medida en que el enfoque de la salud como derecho y servicio es interdependiente, pero con importantes diferencias.

En la Sentencia colombiana C-924 de 2007 se precisó respecto de los servicios públicos que:

[...] el régimen de los servicios públicos [...] no puede ser leído de manera aislada sino como el conjunto de preceptos que integran el concepto de Constitución económica colombiana.

El propio contenido de los artículos constitucionales en mención obliga a tal remisión, pues abundan en referencias normativas de marcado contenido axiológico, baste citar a manera de ejemplo el artículo 365 de la Carta según el cual “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*”.

[...] En esa medida -como por otra parte ha señalado esta Corporación- el apelativo de social “*no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado*”, sino que implica un nuevo modelo estatal dentro del cual los servicios públicos cumplen *un papel esencial*, no sólo como finalidad en sí mismos considerados, sino también como un *instrumento para la realización de principios y valores fundamentales como la igualdad de oportunidades, el orden social y económico justo, la dignidad humana y los derechos fundamentales*.¹²⁹ (énfasis agregado)

Por lo tanto, debe entenderse que “el servicio público de salud constituye la estrategia institucional encaminada a la realización del [derecho a la salud]”.¹³⁰

2.1.4 UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

En este apartado, se analizará el tratamiento que se ha dado al derecho a la salud en el Ecuador. Este derecho será abordado a través de un análisis normativo, así como jurisprudencial a partir de los fallos emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador.

2.1.5 EL DERECHO A LA SALUD EN EL ECUADOR

El derecho a la salud es un derecho humano inalienable y universal, que como se vio ya, está reconocido en varias declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. En

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ Oscar Parra Vera. “El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los tratados internacionales” ... *Óp. cit.*, p. 48.

cuanto al tratamiento interno de este derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho a la salud se encuentra reconocido como uno de los deberes primordiales del Estado. Éste, tiene la obligación de garantizar su efectivo goce sin discriminación alguna, tal como lo prescribe el Artículo 3, numeral uno de la Norma Suprema.

El Artículo 32 del mismo cuerpo legal reconoce específicamente que:

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

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y *el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud*, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, *universalidad*, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.¹³¹ (énfasis agregado)

Por lo tanto, de la lectura de este artículo es posible determinar que el constituyente consagró al derecho a la salud como un *derecho universal*, cuya garantía recae sobre el Estado a través de la adopción de políticas y acciones. Además, los principios a través de los cuales se regirá este derecho pasan a ser elementos inherentes a la prestación de salud garantizada por el Estado, así como su oportuno y permanente acceso.

El Título VII de la Constitución sobre el Régimen del Buen Vivir, recoge en su Sección Segunda las normas constitucionales que guiarán todo el sistema de salud en el Ecuador. De esta forma, el Artículo 358 prescribe que:

Art. 358.- El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.¹³²

En el Artículo 361 se especifica que el Estado será quien ejerza “la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector”.¹³³

¹³¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 358. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 361. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

El Artículo 362 es uno de los pilares más importantes del derecho a la salud en el Ecuador al determinar que:

1. La salud es un servicio público;
2. Los servicios de salud deberán ser seguros, de calidad y calidez; y, que además,
3. Los servicios públicos estatales de salud son *universales y gratuitos en todos los niveles de atención*.

Asimismo, el Artículo 363 prescribe las responsabilidades del Estado frente a la salud en el Ecuador, entre la cuales se encuentra “[u]niversalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y *ampliar la cobertura*” (énfasis agregado).¹³⁴

Por último, sobre el financiamiento de este sector, la Constitución prescribe que:

Art. 366.- El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y *deberá provenir de fuentes permanentes 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.

Por otro lado, el artículo primero de la Ley Orgánica del Salud establece que dicha ley tendrá como finalidad “regular las acciones que permitan efectivizar el *derecho universal a la salud* consagrado en la Constitución Política de la República y la ley”. De igual forma, reconoce a la salud como:

[...] el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un *derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado*; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.¹³⁵ (énfasis agregado)

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, prescribe como primer objetivo del Sistema Nacional de Salud “[g]arantizar el acceso equitativo y *universal* a servicios de atención integral de salud, a través del funcionamiento de una red de servicios de gestión desconcentrada y descentralizada”.¹³⁶

¹³⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 363. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁵ Ley Orgánica de Salud. Artículo 2. Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.

¹³⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículo 3. Registro Oficial No. 670 de 25 de septiembre de 2002.

2.1.6 EL DERECHO A LA SALUD SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Ahora bien, una vez planteadas las normas más importantes que regulan el derecho a la salud en el Ecuador, se buscará entender cuál ha sido la posición que optado la Corte Constitucional respecto de este derecho.

Queda claro que la salud es una obligación del Estado, quien deberá garantizar a sus ciudadanos la posibilidad de disfrutar del mejor estado de salud posible.¹³⁷ Sin embargo, la obligación que recae sobre el Estado es aquella que asegura el mismo acceso a la atención médica para el conjunto de su población.¹³⁸ Por lo tanto, la doctrina ha determinado que los elementos esenciales del derecho a la salud, son: (i) la *disponibilidad* de establecimientos, bienes y servicios de salud¹³⁹; (ii) la *accesibilidad* a los servicios que se pretenden disponibles; y, (iii) *estándares básicos* de calidad.¹⁴⁰

Lamentablemente, en el Ecuador no ha habido un desarrollo jurisprudencial importante respecto del derecho a la salud. Sin embargo, la Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación de la Constitución, reconoce que el derecho a la salud “forma parte del complejo denominado ‘vida digna’ y constituye uno de los derechos del buen vivir”.¹⁴¹ Concretamente se ha referido sobre este derecho de la siguiente manera:

[...] *el derecho a la salud es un derecho fundamental e integral que no puede ser negado bajo ninguna circunstancia* [...] Por medio de este derecho, el Estado se ve obligado a garantizar el *acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas de salud*, lo que implica además una importante lucha contra las desigualdades existentes en la sociedad, por lo que no brindar dicha atención generaría su incumplimiento, además se adquiriría de esta manera el compromiso en el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales, que implica proteger, garantizar real y efectivamente estos derechos de acuerdo con su sentido, espíritu, naturaleza y alcance [...].¹⁴²

¹³⁷OMS. Salud y Derecho Humanos. Nota descriptiva N°32. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/> (acceso: 15/12/2016)

¹³⁸Humanium. *Derecho a la Salud*. <http://www.humanium.org/es/derecho-salud/> (acceso: 30/10/2016)

¹³⁹El derecho a la salud es además un derecho inclusivo. Es por esto, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido los “factores determinantes de la salud”, entre los que se incluye: agua potable y condiciones sanitarias adecuadas; alimentos aptos para el consumo; nutrición y vivienda adecuadas; condiciones de trabajo y un medio ambiente salubres; educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud; igualdad de género. *Vid.*, OMS. *El derecho a la salud*. Ginebra: Folleto Informativo No. 31, p. 3.

¹⁴⁰Oscar Parra Vera. El derecho a la salud en la Constitución...*Óp. cit.*, p. 37.

¹⁴¹Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 006-15-SCN-CC*, de 27 de mayo 2015.

¹⁴²Corte Constitucional del Ecuador. Principio de reparación integral del daño causado y el cumplimiento de sentencias constitucionales. *Sentencia No. 0012-09-SIS-CC*, de 08 de octubre de 2009.

Asimismo, la Corte Constitucional, en sentencia No. 146-14-SEP-CC de primero de octubre de 2014, expresó que:

[...] el accionar del Estado para la defensa de los derechos se efectúa a través de estas tres garantías: *la de prestación cuando permite su accesibilidad; la de abstención, cuando el Estado se inhibe de efectuar algún acto que pueda menoscabar los derechos a través de la garantía de respeto, y la de protección, cuando garantiza la no intromisión de terceros en el ejercicio de los derechos, sin dejar de lado las garantías constitucionales cuyo objetivo es viabilizar la efectividad de los derechos a través de la justiciabilidad de estos, cuando hayan sido vulnerados.*¹⁴³ (énfasis agregado)

La Corte realizó esta afirmación tras haber citado a los autores Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, quienes señalan que:

[E]l Estado afectará el derecho a la salud [...] *cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien del que ya disponían* [...] excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que se afecta el derecho a la vida [...] *cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos bienes.*¹⁴⁴ (énfasis agregado)

En conclusión, es posible determinar que la Corte Constitucional del Ecuador, si bien no ha creado un importante desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud, reconoce en sus fallos que el derecho a la salud es un deber fundamental del Estado para poder asegurar una vida digna a sus ciudadanos, así como para alcanzar el *sumak kawsay*. La Corte ha dejado en claro que el Estado debe asegurar la accesibilidad a todas las personas sin discriminación alguna y que este derecho *no puede ser negado bajo ninguna circunstancia*.

2.2 EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El segundo concepto que interesa al estudio del presente trabajo, tiene que ver con el derecho a la seguridad social. Para esto, se procederá a realizar un análisis histórico y doctrinario para luego proceder estudiar su tratamiento en el Ecuador.

2.2.1 ANTECEDENTES

La seguridad social “se encuentra relacionada con el origen institucional de los Derechos Humanos en la Edad Contemporánea, como consecuencia de la Revolución Industrial y la

¹⁴³Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 146-14-SEP-CC*, de 01 de octubre de 2014.

¹⁴⁴Víctor Abramovich y Christian Courtis. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (ed.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 5. Citado en Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 146-14-SEP-CC de 01*, de octubre de 2014, p. 33.

Revolución francesa”.¹⁴⁵ Los antecedentes de esta institución se remontan al Siglo XIX en legislación alemana, donde Otto VON BISMARCK¹⁴⁶ impuso la obligación de contratar un seguro obligatorio para proteger a los trabajadores frente a los riesgos de enfermedad general.¹⁴⁷ En la Constitución de Weimer, años más tarde, se consagró dentro de los cánones constitucionales el sistema de los seguros sociales, con el fin de “atender a la conservación de la salud y de la capacidad del trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, enfermedad y las vicisitudes de la vida [...]”.¹⁴⁸

El sistema inglés formulado por William BEVERIDGE propuso por primera vez un sistema de seguridad social para mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos, basado en los principios de solidaridad social y redistribución de los ingresos. En palabras de GALINDO VACHÁ, “con base en este informe la protección social del Estado debía ir más allá de la seguridad social, hacía un sistema de asistencia nacional, con un nuevo sistema de salud, con un esquema estatal de alocaiones familiares y con el fortalecimiento de los seguros privados”.¹⁴⁹

2.2.2 ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social puede ser estudiada desde distintas perspectivas. Sin embargo, esta puede ser entendida en general como el “conjunto de normas y principios cuya finalidad es garantizar el derecho de obtener una serie de prestaciones asistenciales y/o económicas, sea de un sistema autónomo o de fondos públicos”,¹⁵⁰ dependiendo del esquema que cada país elija, para atender los riesgos de accidentes y enfermedad, vejez y muerte.

La Organización Mundial del Trabajo (en adelante OIT) ha jugado un rol fundamental en la esfera internacional para el desarrollo de la seguridad social como derecho fundamental de

¹⁴⁵ Juan Carlos Galindo Vácha. *Amparos y coberturas de la salud. Seguridad social, Medicina prepagada y Seguros privados*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011, p. 146.

¹⁴⁶ Hace 120 años, Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez, diseñado por Otto von Bismarck. Las motivaciones del Canciller alemán para introducir el seguro social en Alemania fueron promover el bienestar de los trabajadores –a fin de que la economía alemana siguiera funcionando con la máxima eficiencia– y eludir la demanda de opciones socialistas más radicales. Sobre el modelo Bismarckiano y Beveridgiano, *vid.*, UNAM. “Principales modelos de seguridad social y protección social”. *La seguridad y protección social en México*. México: UNAM, 2012.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 147.

¹⁴⁸ Constitución (Alemania). Artículo 161. 11 de agosto de 1919.

¹⁴⁹ Juan Carlos Galindo Vácha. *Amparos y coberturas de la salud...Óp. cit.*, p. 148.

¹⁵⁰ Octavio García. *Teoría y práctica de la seguridad social*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2003, p. 21.

todas las personas. La Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado desde su creación 31 convenios y 23 recomendaciones sobre seguridad social.¹⁵¹ El desarrollo legal de esta materia puede ser dividido en tres etapas: (i) *normas de primera generación*: desarrollaron el concepto de seguridad social. Estas normas sólo se aplicaban a ciertas categorías de trabajadores y no al conjunto de la población; (ii) *normas de segunda generación*: a través del *informe de Beveridge*¹⁵², después de la Segunda Guerra Mundial, se redefinieron los objetivos de la OIT, incluyendo la extensión de las medidas de seguridad social con vistas a garantizar unos ingresos básicos a todos los que necesitan dicha protección, así como asistencia médica completa; y, (iii) *normas de tercera generación*: normas redactadas siguiendo el modelo del Convenio 102 de la OIT, ofreciendo una protección superior en términos de población cubierta y de nivel de prestaciones.¹⁵³

En el marco jurídico internacional, la seguridad social ha sido reconocida dentro de los ya mencionados DESC.¹⁵⁴ La Declaración Americana de los Derechos del Hombre en su Artículo 16 reconoce que:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.¹⁵⁵

La Declaración de Filadelfia, incorporada a la carta constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo, emitida en mayo del año 1944, llamó la atención sobre la necesidad de extender la cobertura de la seguridad social.¹⁵⁶

Años más tarde, el PIDESC estipuló en su Artículo 9, que el derecho a la seguridad social:

Se refiere al derecho a gozar de la red de servicios de seguridad social en casos de *enfermedad*, paternidad, viudez, desempleo, invalidez, etcétera, y al mecanismo que hace posible el

¹⁵¹ Martine Humblet y Rosinda Silva. *Seguridad Social: Normas para el Siglo XXI*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2002, p. 1.

¹⁵² En noviembre de 1942, Beveridge presentó ante el Parlamento británico el informe *Social Insurance and Allied Services*, también conocido como Informe Beveridge, *vid.*, Rafael López del Paso. “William H. Beveridge y su influencia en los sistemas públicos de previsión”. *Extoikos* No.2 (2011), pp. 96-97.

¹⁵³ *Id.*, pp. 1-2.

¹⁵⁴ Sobre la seguridad social como derecho fundamental en el marco jurídico internacional, *vid.* Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Carta Social Europea (1961); Declaración Iberoamericana de Seguridad Social de Buenos Aires (1972); Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito (1978); Convenio Iberoamericano de Cooperación en Seguridad Social de Quito; Recomendación No. 67 sobre la seguridad de los medios de vida (1944); Recomendación No. 69 sobre la asistencia médica (1944).

¹⁵⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Artículo 16.

¹⁵⁶ Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944). III, (f).

sostenimiento del sistema, el abono continuo de los patrones sobre una parte del salario de los trabajadores, *para que accedan a esas prestaciones*.¹⁵⁷ (énfasis agregado)

Por lo tanto, la concepción del derecho a la seguridad social como derecho humano implica que sea un derecho inherente a todas las personas, universal y fundamental. Además, es un “derecho individual de carácter social, ya que la única forma de satisfacerlo es con la participación de todos a partir del ejercicio de la solidaridad social”.¹⁵⁸ Por último, este derecho se define como aquel que tiene naturaleza prestacional, ya que se materializa en la provisión de prestaciones dinerarias o en especie que se explicarán más adelante.¹⁵⁹

El derecho a la seguridad social requiere de la intensa actividad del Estado para su correcta satisfacción. Por ende, la obligación de los Estados se centra en establecer un sistema de seguridad social, entendido como una organización *pública* diseñada para materializar el derecho a la seguridad social.¹⁶⁰ La participación del Estado se torna decisiva en el “establecimiento de sistemas y mecanismos que permitan homogeneizar las asimetrías sociales y satisfacer de manera oportuna, homogénea y suficiente las necesidades surgidas del acaecimiento de contingencias sociales”.¹⁶¹

De ahí que el *carácter público* de los sistemas de seguridad social sea un rasgo casi inherente hoy en día a los sistemas de seguridad social. Según el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social de nuestro país, esta característica de la seguridad social “obliga a que aspectos tales como el diseño, la fijación de sus características fundamentales, [...] la identificación de los sujetos protegidos [...] y determinación de los concretos derechos a prestaciones por los ciudadanos correspond[an] a la iniciativa pública”.¹⁶² En consecuencia, se establece que los poderes públicos deben asumir las facultades de diseño, gobierno y transformación del sistema.

2.2.3 PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DEL SEGURO SOCIAL

¹⁵⁷ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Artículo 9.

¹⁵⁸ Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social. *Responsabilidad de los Estados*. <http://www.seguridadsocialparatodos.org/sites/default/files/modulo5.pdf> (acceso: 20/05/2017).

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ Santiago González Ortega *et al.* La institucionalidad Normativa y Función de los Sistemas de Seguridad Social. Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015, p. 48.

¹⁶¹ Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social. *Responsabilidad de los Estados*. <http://www.seguridadsocialparatodos.org/sites/default/files/modulo5.pdf> (acceso: 20/05/2017).

¹⁶² Ministerio Coordinador de Desarrollo Social. *La institucionalización normativa y funcional de los sistemas de seguridad social*. Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2013, p. 50.

Los principios fundamentales de la seguridad social de mayor reconocimiento en el ámbito internacional son la solidaridad, universalidad, participación, progresividad e igualdad.¹⁶³ No obstante, existen otros principios que direccionan los distintos sistemas de cada país.

Para el presente análisis, enfocado en la legislación ecuatoriana, es necesario hacer énfasis en un principio: el de obligatoriedad. Este principio hace referencia a que el ingreso al sistema no depende de la voluntad del interesado, pues a través de un mandato constitucional y legal, toda persona que realiza una actividad económica debe ser afiliada a la Seguridad Social Ecuatoriana.¹⁶⁴ Vale notar que en nuestro sistema se acepta además la cobertura optativa y/o voluntaria de acuerdo a ciertas condiciones.

El sistema bismarkeano fue aquel que planteó la idea de contribución “tripartita”, en donde interviene: Estado-Trabajador-Empleador.¹⁶⁵ Aquí es justamente donde cobra relevancia el principio de obligatoriedad, que impone al individuo que tiene relación de dependencia la obligación de aportar monetariamente a la seguridad social un monto determinado.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina determinó que:

el descuento forzoso de una parte de los haberes del empleado, encuentra su origen y justificación en la existencia de una necesidad pública indiscutible imperiosa, que, como todas las cargas inherentes al sistema de seguridad social, está igualmente fundado en amplios, generosos y previsores principios de solidaridad, los cuales, incluso llegan a tornar legítima la exigencia de aportes a quienes por diversas razones no puede significarle un beneficio alguno.¹⁶⁶

Sin embargo, de estos aportes de carácter obligatorio nacen las contraprestaciones del Estado que pueden ser en especie o en dinero, como ya se mencionó anteriormente. En el Ecuador, las prestaciones en especie están conformadas por la atención médica, quirúrgica, hospitalaria, de servicios farmacéuticos y de laboratorio, entre otros que serán prestados por la

¹⁶³ Sobre los principios de la seguridad social, *vid.*, Rafael Rodríguez Mesa. Estudios sobre Seguridad Social. Barranquilla: Universidad del Norte, 2012, pp. 39-41; Jorge Iván Calvo León. “Principios de la Seguridad Social”. Revista Jurídica de Seguridad Social (2005).

¹⁶⁴ Inclusive en la Constitución ecuatoriana de 2008 el artículo 34 prescribe: “El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.”

¹⁶⁵ ILO. http://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/ilo-in-history/WCMS_122242/lang--es/index.htm (acceso: 19/08/2017).

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Caso No. 29/4/40*, de 29 de abril de 1940.

Red Pública Integral de Salud.¹⁶⁷ Las prestaciones en dinero comprenden los subsidios o pensiones en caso de incapacidad temporal, ayudas para lactancia, pensiones, indemnizaciones, subsidios familiares, gastos funerales, atención de los afiliados en centros privados de salud previo derivación, entre otros.

2.2.4 EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR

A continuación, se procederá a analizar el derecho a la seguridad social en el Ecuador, tomando en cuenta a este derecho como un derecho humano inalienable, producto de casi un siglo del trabajo conjunto de organismos internacionales relevantes, como la OIT y la ONU.¹⁶⁸

En el Ecuador, el derecho a la seguridad social se encuentra incluido – igual que la salud – como una de las obligaciones primordiales del Estado, conforme el artículo 3, numeral 1 de la Constitución. Expresamente en el artículo 33, se eleva a rango constitucional el derecho al trabajo y a la seguridad social en los siguientes términos:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Art. 34.- El derecho a la *seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado*. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, *obligatoriedad, universalidad*, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social [...].¹⁶⁹ (énfasis agregado)

Dentro de los derechos de libertad, el artículo 66, numeral dos, reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna “que asegure la salud [...], seguridad social y otros

¹⁶⁷ Esto es aplicado exclusivamente para el ordenamiento ecuatoriano, conforme lo prescribe el Artículo 369 de la Constitución: “Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la *red pública integral de salud*.” Vid. Convenio Marco de la Red Pública Integral de Salud, suscrito el 13 de abril de 2012.

¹⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 273-15-SEP-CC*, de 17 de noviembre de 2015.

¹⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 33 y 34. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

servicios sociales necesarios”.¹⁷⁰ Dentro del Título sobre los Derechos del Buen Vivir, se encuentra consagrado igualmente al derecho a la seguridad social. El artículo 367 prescribe que:

Art. 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales.

El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.¹⁷¹

De igual modo, será el Estado quien norme, regule y controle las actividades relacionadas con la seguridad social. El artículo 369 es fundamental para el análisis del tema central de este trabajo, ya que reconoce que:

Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. *Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.* El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral [...].¹⁷² (énfasis agregado)

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS), reconocido como entidad autónoma, es el responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio. El artículo 371 aclara que las prestaciones de la seguridad social se financiarán con: (i) *el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores*; (ii) *con los aportes de las personas independientes aseguradas*; (iii) *con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior*; y, (iv) *con los aportes y contribuciones del Estado*.¹⁷³

Por su parte, la Ley de Seguridad Social dispone que “[e]l Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia”.¹⁷⁴ El artículo primero determina el significado de universalidad, obligatoriedad y subsidiariedad de la siguiente forma:

¹⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 367. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷² Constitución de la República del Ecuador. Artículos 369. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷³ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 371. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷⁴ Ley de Seguridad Social. Artículo 1. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

Obligatoriedad es la prohibición de acordar cualquier afectación, disminución, alteración o supresión del deber de solicitar y el derecho de recibir la protección del Seguro General Obligatorio.

Universalidad es la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del Seguro General Obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos.

Subsidiariedad es el auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados.¹⁷⁵

Los sujetos de protección al Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, son “todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella”.¹⁷⁶ Los riesgos cubiertos por el Seguro son: enfermedad; maternidad; riesgos del trabajo; vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; cesantía y Seguro de Desempleo.

Dentro del alcance a la protección de las prestaciones de salud, la Ley determina que:

*El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en este Título. El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio.*¹⁷⁷ (énfasis agregado)

El artículo 103 de la Ley de Seguridad Social otorga derecho a seis prestaciones de salud como contraprestación a la afiliación y la aportación obligatoria al Seguro General de Salud Individual y Familiar.¹⁷⁸

2.2.5 EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Sobre los sujetos de protección en particular nombrados por la ley, *vid.* Ley de Seguridad Social. Artículo 2. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

¹⁷⁷ Ley de Seguridad Social. Artículo 102. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

¹⁷⁸ Ley de Seguridad Social. Artículo 103. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

La seguridad social, según la Corte Constitucional del Ecuador es una forma de protección “a fin de paliar eventualidades, o contingencias, que podrían disminuir de manera importante el disfrute de sus derechos sociales, por medio de prestaciones económicas o servicios”.¹⁷⁹

En este sentido, el máximo órgano de interpretación de la Constitución, ha establecido que:

[E]l Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. Su actividad, por tanto, está orientada a la satisfacción de las necesidades contingentes de la población por medio del seguro universal obligatorio, actividad que no puede desconocer derechos fundamentales de las personas, pues su actuar se encuentra directamente vinculado con el efectivo goce de los derechos a la salud, a la seguridad social, a una vida digna, principalmente.¹⁸⁰

Además, la Corte reconoce que “el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de las personas, que además se constituye en un deber y responsabilidad primordial del Estado, por lo que debe el cumplimiento del mismo a través de obligaciones positivas y negativas”.¹⁸¹ Así, es el Estado quien debe “garantizar y hacer efectivo el ejercicio pleno del derecho en mención que incluye, entre otras, a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo”.¹⁸²

Mediante sentencia No. 273-15-SEP-CC, la Corte Constitucional estableció que el derecho a la seguridad social comprende “la protección al asegurado y parcialmente a su familia en los casos de enfermedad, maternidad, desocupación, invalidez, vejez y muerte”.¹⁸³ En esta misma sentencia, la Corte manifiesta que la seguridad social incluye el derecho a “no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”.¹⁸⁴ Este órgano concluyó sobre este derecho que:

[L]a responsabilidad del Estado es entendida como una responsabilidad jurídica, garantizada a nivel constitucional, a fin de que la persona necesitada deje de ser objeto de la relación asistencial y se convierta en un sujeto portador de derechos. La obligación de respetar el derecho a la seguridad social por parte del Estado -lo que incluye a todos sus organismos y

¹⁷⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 006-15-SCN-CC*, de 27 de mayo 2015.

¹⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 019-09-SEP-CC*, de 31 de agosto de 2016.

¹⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 287-16-SEP-CC*, de 31 de agosto de 2016.

¹⁸² Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 019-09-SEP-CC*, de 31 de agosto de 2016.

¹⁸³ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 073-15-SEP-CC*, de 17 de noviembre de 2015.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

agentes, sea cual sea su nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten- consiste entonces en *abstenerse de realizar un acto que vulnere la integridad de los individuos o ponga en riesgo sus derechos, incluyéndose el respeto hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos, por los medios que consideren más adecuados.*¹⁸⁵ (énfasis agregado)

Por lo tanto, queda claro que la seguridad social es un derecho inherente a toda persona por su condición de ser humano, que responde principalmente a los preceptos constitucionales de obligatoriedad, universalidad y subsidiariedad. El ámbito de protección del seguro social en el Ecuador hace referencia a las contingencias previstas en el sistema, para tutelar situaciones de necesidad de la población ante determinados riesgos, en particular la enfermedad, la maternidad, la paternidad, los riesgos del trabajo, vejez y la muerte.

2.3 EL SEGURO PRIVADO DE SALUD Y LA MEDICINA PREPAGADA

Una vez presentado el derecho a la salud y a la seguridad social, se expondrán ciertos postulados sobre los seguros privados, en específico el seguro de salud y el contrato de medicina prepagada. Con esto, se pretende dejar en claro al lector las diferencias entre la seguridad social y los seguros privados o planes de medicina prepagada.

2.3.1 ANTECEDENTES

El ser humano ha buscado desde sus inicios proteger su patrimonio en contra de los riesgos y peligros que lo amenazan. Si bien no existe un momento específico para establecer como fecha de nacimiento de los seguros, se considera que con la aparición del comercio marítimo empieza una especie de ayuda mutua entre ciudadanos particulares para dar un valor a los riesgos.¹⁸⁶ Sin embargo, la institución del seguro con el paso de los siglos ha logrado un desarrollo muy importante en la economía mundial. Actualmente, los seguros privados se han convertido en una figura elemental en la vida de las personas, así como de empresas que trasladan distintos riesgos a empresas profesionalmente dedicadas a asumirlos, mediante esquemas actuariales y de dispersión de los mismos, a cambio del pago de la denominada prima.¹⁸⁷

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ Cesar Vivante. *Derecho comercial, del contrato de seguro*. Buenos Aires: Ediciones EDIAR, 1952, pp. 3-10.

¹⁸⁷ *Cfr.* Rodrigo Ibarra. *Gestión Financiera de los Seguros*. Curso dictado en la Universidad San Francisco de Quito.

Por lo tanto, es imprescindible entender que los seguros privados son brindados por compañías aseguradoras, que tienen un fin distinto a las actividades del Estado en materia de previsión social.¹⁸⁸ Las compañías que ofertan seguros, disponen de distintos servicios clasificados en diferentes ramos.

Este trabajo se centra exclusivamente en el ramo de salud, como mecanismo de protección de los riesgos de salud que afectan a las personas. Las compañías que ofrecen este tipo de coberturas deben realizar estudios actuariales a partir de aspectos técnicos como género, grupo etario, morbilidad, entre otros, con el fin de calcular el valor de la prima para luego obtener un lucro a cambio del servicio prestado.¹⁸⁹

2.3.2 EL SEGURO DE SALUD Y EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGADA

Existen distintos tipos de seguros de salud, algunos en modalidad de reembolso mediante el cual el usuario paga directamente por el servicio, o seguros de pago directo en donde la compañía de seguros paga al prestador de salud.¹⁹⁰ Estos últimos a su vez tienen varias modalidades, pues puede haber casos en que haya selección de los prestadores de servicios de salud o libertad de escogencia. Generalmente el asegurado escoge las coberturas que desea con base en sus necesidades (determinadas patologías, determinadas entidades, etc.).¹⁹¹

Los seguros privados pueden prestarse a través de distintas modalidades: pólizas individuales o pólizas colectivas. Se llama colectiva aquella que se ofrece a través de una empresa o grupo familiar que reúne un grupo de asegurados y beneficiarios con el objetivo de obtener una reducción en el valor de la prima u otros beneficios. Individual, en cambio, hace referencia a una sola persona.¹⁹²

Por medio de la iniciativa privada, el mercado ha buscado ofrecer a las personas distintos mecanismos de protección a la salud. Es por esta razón que, en los últimos años, además de los contratos de seguro de salud, se ha desarrollado un nuevo sistema privado para la atención y financiamiento de la salud, conocido como medicina prepagada. Por medio de estos contratos,

¹⁸⁸ Cfr. Juan Carlos Galindo Vácha. *Amparos y coberturas de la salud. Seguridad social, Medicina prepagada y Seguros privados*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011.

¹⁸⁹ José Alvear. *Introducción al Derecho de Seguros*. Quito: Edino, 1995, p. 10.

¹⁹⁰ Efrén Ossa. *Teoría General del Seguro. La Institución*. Tomo I. Bogotá: Ed. Temis, 1988, p.12.

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² Luis Benitez de Lugo. *Tratado de Derecho de Seguros*. Madrid: Editorial Reus S.A, 1986, p. 62.

empresas especializadas en la salud, mediante el pago anticipado de una suma de dinero, cubren servicios de salud a través de una red de prestadores de servicios o mediante la contratación de terceros.¹⁹³

Las actividades de las empresas de medicina prepagada distan en gran medida de la seguridad social, donde prima el interés general y la labor de las actividades públicas implican la consideración de la salud dirigida a proteger a los más débiles.¹⁹⁴ Los seguros de salud, contratos de medicina prepagada no forman parte del sistema de seguridad social, pues son adquiridos por los particulares de forma voluntaria. En palabras del GALINDO VACHÁ “se trata de *esquemas adicionales, alternativos que pueden ser adquiridos por las personas libremente, sin ningún tipo de obligación, cuando ellas lo consideren, respecto de las coberturas que cada quien escoge, dependiendo de las ofertas que recibe*”.¹⁹⁵ (énfasis agregado)

Como resultado de lo expuesto en esta segunda sección, es posible resumir que el derecho a la salud y la seguridad constituyen prerrogativas no contingentes ni alterables de sus titulares. Esto, en la medida en que se encuentran reconocidos como derechos humanos en el marco internacional, pero también como derechos fundamentales en el marco jurídico interno. En el Ecuador, estos dos derechos son obligaciones primordiales del Estado, quien deberá garantizar su efectivo goce. En este sentido, el Estado se ve obligado a respetar y a desarrollar ambos derechos, con base en lo prescrito por la Constitución.

El derecho a la salud en el país se encuentra garantizado por el Estado a través de 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. Además, los servicios públicos estatales de salud son universales y gratuitos en todos los niveles de atención.

El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, que tiene como fin de garantizar una vida digna. El Seguro General Obligatorio, se guía por el principio de universalidad, así como por el principio de obligatoriedad, como su nombre lo indica. Por lo

¹⁹³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-236/03*, de 2 de agosto de 2003.

¹⁹⁴ Juan Carlos Galindo Vácha. *Amparos y coberturas de la salud. Seguridad social, Medicina prepagada y Seguros privados*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p. 153.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

tanto, las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad que se brindan a través de la red pública integral de salud, son contraprestaciones a los aportes que realizan los asegurados.

Por último, se evidenció que la seguridad social y los planes de medicina prepagada provienen de una naturaleza distinta. Los primeros, con un fin social de protección y solidaridad; los segundo, con un fin de complementariedad. Como resultado de esto, se obtiene que los sistemas de medicina prepagada no forman parte del sistema de seguridad social.

3. SECCIÓN TERCERA: ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

En las dos secciones anteriores se han expuesto, las bases jurídicas que permiten, en esta última sección, analizar de forma específica la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada frente a los derechos constitucionales de salud y seguridad social. Con esto, se podrá demostrar si es que esta disposición normativa guarda o no conformidad con el texto constitucional.

3.1 DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA DE LA LEY DE MEDICINA PREPAGADA

La Disposición General Quinta prescribe:

Las compañías que financian servicios de atención integral de salud prepagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, deberán cancelar o reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud, los montos o valores que por atenciones médicas en sus unidades se hayan efectuado a personas que también sean titulares y/o beneficiarios de seguro privado de salud y/o medicina prepagada, hasta el monto de lo contratado.

En el caso de que la prestación se haya efectuado en una institución de salud privada y, siempre que haya mediado la respectiva derivación, las compañías que financian servicios de atención integral de salud prepagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, deberán cancelar al establecimiento de salud privado o reembolsar a la institución de la Red Pública Integral de Salud los pagos efectuados por dichas atenciones, hasta el monto de lo contratado.¹⁹⁶ (énfasis agregado)

¹⁹⁶ Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de asistencia médica. Disposición General Quinta. Registro Oficial No. 863 de 17 de octubre de 2016.

El primer inciso de la Disposición impone a las compañías de medicina prepagada y compañías que ofertan seguros de salud, la obligación de reembolsar a la Red Pública de Salud los costos por la atención recibida en cualquiera de sus centros a personas que cuenten con un seguro privado o planes de medicina prepagada. Inclusive, esta norma obliga a dichas compañías a reembolsar a la Red Pública de Salud el costo de las atenciones prestadas a sus afiliados o beneficiarios, que hayan sido atendidos previa derivación en centros privados de salud.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1355, el ex presidente de la República, Rafael Correa Delgado, expidió el Reglamento a la Ley de Medicina Prepagada, que tiene como objeto normar la aplicación de la ley en mención. En el artículo 7, se estableció que:

*Cuando los titulares o beneficiarios de Salud Prepagada y de Seguros de Asistencia Médica reciban atenciones médicas efectuadas en las instituciones pertenecientes a la Red Pública Integral de Salud o en la Red Privada Complementaria, las compañías determinadas en el artículo 2 de la referida Ley deberán provisionar los valores planillados por dichos prestadores de salud, a partir de la fecha de notificación de la prestación.*¹⁹⁷

Por lo mismo, se confirma entonces que la Ley no hace distinción en cuanto la condición de las personas¹⁹⁸, sino que es clara en determinar que cuando una persona es titular o beneficiaria de un plan complementario de salud y se haga atender en la Red de Salud Pública o Red Privada Complementaria, la compañía de seguros o de medicina prepagada deberá reembolsar los *valores planillados* que se generen por las atenciones médicas. Eso sí, *hasta el monto de lo contratado*.

Ahora bien, en las próximas líneas se presentarán los conflictos que parecen existir cuando se compara esta disposición con el texto constitucional. Se recuerda al lector que el análisis que se realizará estos puntos es un *examen de constitucionalidad*.

3.2 EL DERECHO A LA SALUD Y LA DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA

En la sección anterior se determinó que el Ecuador reconoce el derecho a la salud como un derecho humano *inalienable, universal, intransigible e indivisible* [*supra* §2.1.4.1]. Sin

¹⁹⁷ Reglamento a la Ley Orgánica de Medicina Prepagada. Artículo 7. Decreto Ejecutivo 1355. Registro Oficial Suplemento 984 de 13 de abril de 2017.

¹⁹⁸ Es decir, fue indiferente para el legislador que la persona que se haya hecho atender en la Red de Salud Pública, sea un afiliado del IESS, sea una persona de la tercera edad, discapacitada o embarazada, por decir algunos ejemplos.

embargo, es necesario recordar que la salud es un deber primordial del Estado, cuyo ejercicio se vincula a otros derechos como la seguridad social y el buen vivir.¹⁹⁹

En la Constitución de 2008, el constituyente determinó que la garantía del derecho a la salud se encuentra en manos del Estado, a través de políticas públicas y el “acceso permanente, oportuno, y *sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral* [...]”²⁰⁰; donde su efectivo goce debe ser garantizado sin discriminación alguna.²⁰¹ No olvidemos además que la Corte Constitucional, consideró que el derecho a la salud es fundamental para garantizar a las personas una vida digna y para alcanzar el buen vivir.²⁰²

En el Artículo 362 de la Constitución, se estableció que la salud se encuentra dentro de *los servicios públicos estatales, que son “universales y gratuitos en todos los niveles de atención”*.²⁰³ En este sentido, el Estado es quien tiene a su cargo “*universalizar la atención de salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura*”.²⁰⁴ Para cumplir esto, se fijó que el financiamiento público en salud provenga de fuentes permanentes del presupuesto general del Estado.²⁰⁵

Los elementos hasta aquí descritos definen el contenido esencial del derecho a la salud, que se configuran a partir del texto constitucional. En consecuencia, modificar o alterar estos elementos significaría “*desnaturalizar el contenido del derecho limitado*”²⁰⁶; y, por tanto, expedir una norma inconstitucional.

A partir de lo dicho, en las siguientes líneas se explicará porqué la Disposición General Quinta desnaturaliza el derecho constitucional a la salud. En este trabajo se sostiene que esta norma desconoce el derecho a la salud como un derecho *universal* y excluye de su goce -con las características prescritas en la constitución- a las personas titulares de un plan complementario de salud. Esto se sustenta en tres razones:

¹⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 3 y 32. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 006-15-SCN-CC*, de 27 de mayo 2015.

²⁰³ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 362. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador. 363. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador. 362. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁰⁶ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 006-15-SCN-CC*, de 27 de mayo 2015.

1. En primer lugar, esta disposición fija un valor económico a los servicios de salud prestados en la Red de Salud Pública, que no será asumido por el Estado, a pesar de que la Constitución prescribe que la salud será gratuita en todos sus niveles;
2. En segundo lugar, traslada un deber primordial del Estado a la empresa privada, pues los costos de atención médica serán cubiertos por el *contrato complementario*, antes que por el *sistema público universal, obligatorio y gratuito de salud*; y,
3. En tercer lugar, restringe la cobertura complementaria de salud de las personas.

3.2.1 VIOLACIÓN A LA GRATUIDAD DE SALUD

Debe entenderse que la regulación estatal de la prestación de servicios de salud tiene un fin primordial que es salvaguardar los derechos de los usuarios y precautelar posibles vulneraciones. Además, que el Estado debe velar porque este tipo de servicios se presten con los más altos índices de calidad. Sin embargo, la regulación del derecho a la salud no significa que el Estado pueda incumplir con uno de sus deberes primordiales: *garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce del derecho a la salud para todos sus habitantes*.

La Disposición General Quinta prescribe que serán ahora las compañías de medicina prepagada y de seguros de salud quienes deban pagar por las prestaciones de salud recibidas en la Red de Salud Pública, a pesar de que la gratuidad de estas prestaciones, por norma constitucional, deba ser asumida por el Estado.

Esta disposición permite que *los servicios gratuitos de salud* prestados en la Red de Salud Pública sean fijados con un valor económico que será asumido por el contrato complementario de seguro de salud o medicina prepagada. Es decir, se viola de forma directa el Art. 362 de la Constitución que prescribe que: “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 rehabilitación necesarios”²⁰⁷; el momento que las compañías que ofertan servicios complementarios de salud asumen los *valores planillados* por los servicios prestados en la Red de Salud Pública.

²⁰⁷Constitución de la República del Ecuador. Artículos 362. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

3.2.2 DESCONOCIMIENTO DE DEBERES PRIMORDIALES EN MATERIA DE SALUD

Esta norma viola la Constitución al trasladar el cumplimiento de un deber primordial del Estado a las empresas privadas. Ante la ocurrencia de una contingencia en materia de salud, los costos de las atenciones médicas serán cubiertos por el *contrato complementario*, antes que por el *sistema público universal, obligatorio y gratuito de salud*. No perdamos de vista que las prestaciones por las cuales el sistema privado debe pagar, son aquellas que fueron prestadas en la propia Red de Salud Pública, que constitucionalmente tienen un carácter gratuito.

Con el objetivo de ejemplificar esta situación, podemos llevar esta idea al absurdo, y pensar que el Legislador puede obligar a los padres de un niño, que atiende a una escuela fiscal, a cubrir los costos de la educación que recibe en ella (la educación también es gratuita en el Ecuador), por haber contratado a un profesor particular e independiente, debido a que buscó un *servicio complementario educativo* para *reforzar* sus conocimientos fuera de los horarios de clase.

Es decir, es absurdo que se obligue a pagar a la empresa privada por las prestaciones realizadas en la Red Pública.

3.2.3 RESTRICCIÓN DE LA COBERTURA DE SALUD

La obligación de asumir los costos generados por atenciones sanitarias en el sistema público por parte de las empresas privadas deviene en otra consecuencia: la *vulneración a la ampliación de la cobertura de salud*.²⁰⁸ Con la Disposición General Quinta, los titulares o beneficiarios de un seguro privado deberán destinar su cobertura complementaria a pagar las prestaciones recibidas en redes públicas de salud, que por derecho constitucional les corresponde de forma gratuita.

Por lo tanto, el Legislador al expedir esta norma, en vez de ampliar la cobertura de salud, está disminuyendo injustificadamente el ejercicio de este derecho.

3.2.4 INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD

²⁰⁸ *Id.*, Artículo 362.

Al haber realizado un análisis de la Disposición General Quinta frente al derecho constitucional a la salud se obtiene que esta norma no guarda conformidad con los preceptos constitucionales en materia de salud. Lo manifestado hasta aquí demuestra que esta norma tiene un carácter regresivo que disminuye el ejercicio del derecho a la salud.

A lo mejor el legislador ecuatoriano buscó optimizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud, que atraviesa problemas de abastecimiento a través de la transferencia de obligaciones estatales al sector privado.²⁰⁹ Sin embargo, para el análisis del presente trabajo, esta razón no representa justificación alguna para desconocer el derecho constitucional a la salud.

¿La regulación del derecho a la salud permite el desconocimiento de deberes primordiales del Estado y la eliminación de rasgos típicos y esenciales de este? Evidentemente, no [*supra* §1.3.2]. Afirmar lo contrario significaría admitir la intromisión arbitraria en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, así como la posibilidad de incumplir o negar obligaciones constitucionales a cargo del Estado.

3.3 EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA

Para analizar la Disposición General Quinta frente al derecho constitucional a la seguridad social, es importante recordar al lector la profunda diferencia que existe entre los sistemas públicos de seguridad social y los sistemas privados de asistencia de cobertura de salud.

Cuando se definió al seguro privado de salud y a los sistemas de medicina prepagada [*supra* §2.3.2], se dejó en claro que estos constituyen mecanismos *voluntarios, complementarios y privados*, que tienen como objetivo financiar servicios privados de salud. Esto quiere decir que la contratación de estos sistemas se manifiesta a través de la *autonomía de la voluntad* de las personas. De ahí que sea lógico que estas actividades se financien por el aporte de quienes contratan estos servicios, como contraprestación a los servicios de salud que reciben, y que a su vez exista un lucro por parte de las empresas que deciden incurrir en este sector del mercado.

²⁰⁹ *Vid.* Ekos. “Especial Salud y Bienestar: Actores, servicios y tendencias.” <http://www.ekosnegocios.com/negocios/especiales/documentos/salud.pdf>; y, Proyecto de Ley – Código Orgánico de la Salud, presentado por el Asambleísta William Garzón Ricaurte, mediante oficio No. 011-WGR-CEPDS-AN-2016 a la Asamblea Nacional, específicamente el artículo 5 del Proyecto.

Sin embargo, cuando hablamos del sistema de seguridad social sucede absolutamente lo contrario, pues a través de los organismos que configuran este sistema, se busca cumplir *finés generales, de atención universal y gratuita*. La seguridad social representa un “mecanismo a través del cual los individuos de una sociedad encuentran tranquilidad al saber que la calidad de su vida no sufrirá, dentro de lo posible, un menoscabo significativo a raíz de una contingencia social o económica”.²¹⁰ Dicho esto, se comprende que la seguridad social está orientada a satisfacer “las necesidades de la población por medio del seguro universal obligatorio, actividad que no puede desconocer derechos fundamentales de las personas, pues su carácter se encuentra directamente vinculado con el efectivo goce de los derechos a la salud, a una vida digna [...]”.²¹¹ Por lo mismo, el derecho a la seguridad social es un derecho humano irrenunciable; deber y responsabilidad primordial del Estado.

Es importante adentrarnos a analizar los principios de *solidaridad, obligatoriedad y universalidad*, por los cuales está regido el sistema de seguridad social, pues nos permite realizar las respectivas diferencias entre los sistemas privados y públicos de prestación de servicios de salud.

Con respecto al primer principio, se entiende que la seguridad social sea guiada por la solidaridad pues los fines de este sistema son mejorar las condiciones de vida de las personas, a través de la redistribución de los ingresos.²¹² De ahí que el segundo principio cobre relevancia pues la obligatoriedad del sistema permite su sostenibilidad en el tiempo, a través del aporte de sus afiliados, así como el derecho de recibir la protección del Seguro General Obligatorio.²¹³ Finalmente, la universalidad, como bien lo define la Ley de Seguridad Social está para garantizar “iguales oportunidades a toda la población asegurable para *acceder a las prestaciones del Seguro General Obligatorio, sin distinción* de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, *ocupación o ingresos*”.²¹⁴ Recordamos una vez más, que el seguro universal obligatorio cubre las contingencias de: *enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo,*

²¹⁰ OIT. *La seguridad social en la perspectiva del año 2000*. Ginebra: OIT, 1984, p. 121.

²¹¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No.019-09-SEP-CC*, de 3 de septiembre de 2009.

²¹² OISS. *Líneas jurisprudenciales de la Constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica*. http://www.oiss.org/IMG/pdf/Lineas_Jurisprudenciales.pdf (acceso: 14/10/2017).

²¹³ Ley de Seguridad Social. Artículo 110. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

²¹⁴ Ley de Seguridad Social. Artículo 1. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley.²¹⁵ En el marco del análisis de la Disposición General Quinta, recalamos que las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindan a través de la Red Pública Integral de Salud, como lo prescribe el artículo 369 de la Constitución.

Al respecto, vale la pena aclarar al lector que estas prestaciones a las que tiene derecho el afiliado no son donaciones, regalos que el Estado realiza a favor de sus ciudadanos; estas son *contraprestaciones* al *aporte mensual obligatorio* que realizan los ecuatorianos al Seguro Social. Estas prestaciones nacen de las aportaciones mensuales obligatorias que financian el sistema, a partir de las contribuciones tripartitas de estado-trabajador-empendedor.

Sobre la base de estas distinciones, queda evidenciado el rol que juega por un lado la seguridad social, y por otro, los seguros privados. El primero, cumple un fin general de protección universal frente contingencias de sus ciudadanos; mientras que los segundos, realizan una actividad económica de prestación de servicios complementarios de salud para quienes, libremente, deseen contratarlos.

Hechas estas precisiones, se comprende que el objetivo fundamental de la seguridad social es cubrir contingencias sociales y económicas a personas titulares del derecho a la seguridad social, con el objetivo de que estas puedan *beneficiarse de las prestaciones sanitarias sin necesidad de realizar ningún costo adicional*.

A continuación, se procederá a demostrar como a través de la Disposición General Quinta se confunde el objetivo, la finalidad y la responsabilidad del Estado frente al derecho a la seguridad social. Sobre la base de tres razones, se afirma que esta norma no guarda conformidad con las disposiciones constitucionales del derecho a la seguridad social:

1. En primer lugar, se desconoce el derecho de las personas afiliadas a la Seguridad Social a recibir cobertura por contingencias de salud;
2. En segundo lugar, las atenciones de salud prestadas en la Red de Salud Pública serán cubiertas por el afiliado a través de sus aportaciones y a través de su plan complementario de salud; y,

²¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 369. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

3. En tercer lugar, se irrespetan los recursos disponibles para satisfacer el derecho a la seguridad social.

3.3.1 DESCONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DE SALUD DEL SEGURO SOCIAL

La disposición en mención restringe el derecho a la seguridad social a personas titulares o beneficiarias de planes complementarios de salud, pues desconoce el derecho de estas personas a recibir atenciones por contingencias en materia de salud, a pesar de contar con el status de afiliado o beneficiario de la seguridad social.

Las prestaciones sanitarias a las que tienen derecho los afiliados del Seguro Social Ecuatoriano, serán asumidas ahora por las compañías que presten servicios complementarios de salud, con cargo a los planes adiciones y privados de las personas, más no por los fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social supuestamente destinados para aquello.

Los afiliados al Seguro Social Ecuatoriano, a pesar de haber realizado aportes obligatorios al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con el fin de gozar del derecho constitucional a la seguridad social, verán disminuida su cobertura de salud *privada y complementaria* cuando deban pagar por las atenciones recibidas en la Red de Salud Pública.

3.3.2 DOBLE EROGACIÓN DE FONDOS PARA COBERTURAS DE SALUD EN LA RED PÚBLICA DE SALUD

Lo manifestado en el punto anterior, nos lleva concluir que las atenciones de salud prestadas en la Red de Salud Pública serán cubiertas por el afiliado en dos momentos:

1. Cuando el afiliado aporte mensualmente a la seguridad social de forma obligatorio; y,
2. Cuando la empresa privada de medicina prepagada o de seguros de salud *cancele o reembolse a la institución de la Red Pública Integral de Salud, los montos o valores que por atenciones médicas en sus unidades se hayan efectuado a personas que también sean titulares y/o beneficiarios de seguro privado de salud y/o medicina prepagada, hasta el monto del plan contratado.*

Es decir, independiente de que la salud en el Ecuador sea gratuita en todos sus niveles, el afiliado que aporta mes a mes al Seguro Social realiza las contribuciones monetarias necesarias para tener acceso a la cobertura de contingencias que se prestan a través de la Red Pública Integral de Salud. Justamente, el artículo 49 de la Ley de Seguridad Social prescribe que “las prestaciones de enfermedad y maternidad se financiarán anualmente con las aportaciones de los asegurados”.²¹⁶ Por consiguiente, el hecho de que una norma de carácter orgánico desconozca el derecho a la seguridad social a aquellas personas titulares de un seguro privado, evidentemente vulnera la Norma Suprema.

3.3.3 VIOLACIÓN A LOS RECURSOS DISPONIBLES PARA CONTINGENCIAS EN MATERIA DE SALUD

Como se mencionó anteriormente, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se financia a través de los aportes que realizan los trabajadores, los empleadores y el Estado. De esta forma, el Seguro General de Salud Individual y Familiar, que protege al asegurado y a su familia en las contingencias de enfermedad y maternidad, mantiene un Fondo Presupuestario de Prestaciones de Salud, que como lo establece el artículo 111 de la Ley de Seguridad Social, se financiará con los recursos provenientes de la aportación de los afiliados, personal y patronal, así como por la contribución financiera obligatoria del Estado.²¹⁷ Teniendo en consideración esto, la Disposición General Quinta *irrespeto los recursos disponibles para satisfacer el derecho a la seguridad social*, el momento en que se ignora los aportes que han realizado sus afiliados y obliga a cubrir los costos de las atenciones médicas con cargo al plan complementario de salud.²¹⁸

3.3.4 INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN GENERAL QUINTA FRENTE AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho fundamental a la seguridad social aparece delimitado en el texto constitucional y, dentro de este ámbito delimitado, no se permite restricción alguna. A través de la Disposición

²¹⁶ Ley de Seguridad Social. Artículo 49. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

²¹⁷ Ley de Seguridad Social. Artículo 111. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

²¹⁸ *Vid.*, Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 073-15-SEP-CC*, de 17 de noviembre de 2015: “La obligación de respetar el derecho a la seguridad social por parte del Estado [...] consiste en [...] *el respeto hacia el uso de los recursos disponibles...*”.

General Quinta se desvirtúa y confunde el fin de la seguridad, ya que los titulares de este derecho deberán afrontar las contingencias de enfermedad atendidas en la Red de Salud Pública, con una erogación adicional a las aportaciones obligatorias que realizan a esta institución.

Esta norma permite que el IESS desconozca estas aportaciones que realizan sus afiliados con el fin de recibir, entre otros, cobertura por contingencias sanitarias.

Por lo tanto, ¿Regular el derecho a la seguridad social permite desconocer los aportes mensuales que realizan los afiliados de la Seguridad Social ecuatoriana para tener acceso a la cobertura de contingencias de salud? Definitivamente, no. Aceptar esto, significaría permitir la eliminación de rasgos esenciales del derecho a la seguridad social.

En la última sección de este trabajo de investigación se realizó un estudio de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada frente a dos derechos constitucionales: el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. Este análisis constitucional de la norma en mención tuvo el fin de establecer si es que el contenido de esta norma guarda o no conformidad con el texto constitucional.

Partiendo de la idea de que los derechos no son absolutos y que necesitan de regulación para su correcto ejercicio, se llegó a la conclusión de que esta norma vulnera derechos constitucionales pues atenta contra rasgos nucleares y esenciales del derecho a la salud y a la seguridad social. A través de la Disposición General Quinta, el legislador incumplió con la promoción del ejercicio de los derechos como deber primordial del Estado, pues exige a empresas privadas a cumplir con obligaciones exclusivas de este en materia de salud y seguridad social.

Al analizar esta disposición en el marco del derecho constitucional a la salud y la seguridad social evidentemente existe una violación al artículo 11, numeral cuarto de la Constitución, que prescribe que: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.²¹⁹ Tampoco se respeta el artículo 11, numeral octavo, pues esta disposición está lejos de desarrollar el contenido del derecho a la salud y seguridad social. En realidad, es inconstitucional por tener un carácter regresivo que disminuye, menoscaba y anula

²¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

injustificadamente el ejercicio de los derechos.²²⁰ Por último, a través de la expedición de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada, el legislador violó directamente el artículo 84 de la Constitución, pues no cumplió con su obligación de adecuar, formal y materialmente, esta ley a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. Al contrario, restringió el contenido y desnaturalizó los derechos que reconoce la Constitución.

III. CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación ha tenido como objeto realizar un análisis constitucional de la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada, que entró en vigencia el pasado 17 de octubre de 2016.

A lo largo de este estudio se ha podido llegar a una serie de conclusiones: (i) que la regulación de los derechos fundamentales debe aprobar el test limitaciones legítimas y no afectar en el contenido esencial de los derechos [*supra* §1]; (ii) que, el derecho a la salud y la seguridad constituyen prerrogativas no contingentes ni alterables de sus titulares [*supra* §2]; y, (iii) que la Disposición General Quinta no guarda conformidad con las disposiciones constitucionales en materia de salud y seguridad social [*supra* §3].

Sobre la regulación de los derechos fundamentales:

Primero, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, que tiene por finalidad el respeto y garantía de los derechos constitucionales, los cuales constituyen límites para el ejercicio del poder público. El principio de supremacía constitucional obliga a que toda norma de rango inferior deba mantener correspondencia con los preceptos constitucionales.

Segundo, los derechos fundamentales necesitan del desarrollo legal para su correcta ejecución. No obstante, esta potestad encuentra un límite en el contenido esencial de los derechos constitucionales.

Tercero, para que una limitación a los derechos fundamentales sea legítima, esta debe respetar el contenido esencial del derecho; aprobar el test de limitaciones legítimas; y, ser realizada por quien tenga las competencias para ello, honrando el principio de reserva de ley y rigidez de la norma suprema.

²²⁰ *Ibíd.*

Sobre el derecho a la salud y a la seguridad social:

Primero, el derecho a la salud y la seguridad constituyen prerrogativas no contingentes ni alterables de sus titulares. Estos derechos son obligaciones primordiales del Estado, quien deberá garantizar su efectivo goce, respetar y desarrollar su contenido, con base en lo prescrito por la Constitución.

Segundo, el derecho a la salud en el país se encuentra garantizado por el Estado, a través de su acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud. Además, los servicios públicos estatales de salud son universales y gratuitos en todos sus niveles de atención.

Tercero, el derecho a la seguridad social es un derecho humano, irrenunciable, que tiene como fin garantizar una vida digna a todas las personas. El Seguro General Obligatorio se guía por el principio de universalidad, así como por el principio de obligatoriedad. Las prestaciones de salud de contingencias de enfermedad y maternidad que se brindan a través de la Red Pública Integral de Salud, son contraprestaciones a los aportes que realizan los asegurados. Por otro lado, los servicios que ofrecen las compañías de medicina prepagada y compañías de seguros de salud tienen como característica esencial perseguir un fin *complementario*, como consecuencia de una decisión privada y voluntaria de sus titulares para obtener mecanismos de protección en materia de salud.

Sobre la Disposición General Quinta y el derecho a la salud y a la seguridad social:

Primero, la Disposición General Quinta contraviene rasgos nucleares del derecho a la salud y a la seguridad social, ya que exige a empresas privadas a cumplir con obligaciones exclusivas del Estado en los ámbitos de salud y seguridad social, incumpliendo con la promoción del ejercicio de los derechos como deber primordial del Estado.

Segundo, esta norma impone un costo a las prestaciones de salud en la Red de Salud Pública sólo para aquellas personas que cuenten con un servicio complementario de medicina prepagada o de seguro de salud. Esto, atenta contra el financiamiento del sistema de salud pública, así como a la ampliación de la cobertura de salud.

Tercero, se confunde el rol de la Seguridad Social y los seguros privados frente a contingencias de enfermedad atendidas en la Red de Salud Pública. Con la entrada en vigencia de esta norma existirá una doble erogación por parte de los afiliados al Instituto de Seguridad

Social que cuenten con un contrato de servicios complementarios de salud. Ahora, serán las empresas privadas quienes releven al Estado en el deber actuar frente contingencias sociales.

Sobre la base de estas conclusiones, se puede afirmar que la Disposición General Quinta de la Ley de Medicina Prepagada es una norma que restringe derechos constitucionales y violenta la Norma Fundamental, por lo tanto, es *inconstitucional*.

Al ser una norma que restringe el contenido de los derechos, el Legislador ni si quiera puede justificar su intervención en el derecho fundamental aplicando el test de proporcionalidad. No obstante, para concluir con el análisis de la norma objeto de este trabajo, se aplicará el test de proporcionalidad para ahondar en razones sobre la inconstitucionalidad de la norma. La Disposición General Quinta:

1. No aprueba el test de proporcionalidad, pues:
 - a. No es una medida *idónea*:
 - i. El fin constitucional de la Disposición General Quinta es financiar las atenciones médicas prestadas en la Red de Salud Pública, incluyendo una nueva forma de financiamiento para el sistema de salud pública. A través de un cruce de cuentas entre esta red y las empresas que oferten planes complementarios de salud, se pretende aplicar un “orden de prelación de pagos”, donde las empresas privadas sean las primeras en cubrir los costos generados por las atenciones recibidas por sus usuarios en el sistema público, hasta el monto de lo contratado.
 - ii. Financiar el sector público de salud aparenta ser un fin constitucionalmente legítimo. Sin embargo, establecer una nueva forma de financiamiento para la Red Pública de Salud a costa de la restricción de los derechos de las personas, es *inconstitucional*. El derecho a la salud en el Ecuador es un deber primordial del Estado, así como un derecho *universal e inalienable*. La Constitución manifiesta de forma expresa que el financiamiento público en salud deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado²²¹ y que

²²¹ El artículo 366 de la Constitución prescribe: “Art. 366.- El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado.” Sin embargo, el Proyecto de Ley - Código Orgánico de la Salud, buscará introducir de forma expresa nuevas fuentes de financiamiento. Específicamente el artículo 5 prescribe: “[...] El financiamiento público en salud será oportuno, regular, suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado, *así como de otras fuentes. Las atenciones*

los servicios públicos estatales de salud son gratuitos en todos los niveles de atención. Además, en el caso de los afiliados a la Seguridad Social que cuenten con un plan complementario de salud, las atenciones que reciban en la Red de Salud Pública ya son financiadas por las aportaciones obligatorias que se realizan a la institución.

- iii. Por lo tanto, esta es una intervención negativa que afecta derechos fundamentales. No es una medida idónea, ya que no es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
- b. No es una medida *necesaria*²²²:
 - i. Toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido. Si bien el planteamiento de escenarios alternativos corresponde al Legislador y al Juez Constitucional, es posible encontrar medidas alternativas que funcionen como nuevas formas de financiamiento que no contravengan el texto constitucional, ni que afecten el contenido del derecho de los ciudadanos. Como ejemplo, se podría considerar aumentar las inversiones no privativas de los recursos del Seguro de Salud; aumentar la constitución de reservas para futuras contingencias de salud; o, inclusive aumentar el porcentaje de aportación al Seguro General de Salud Individual y Familiar.²²³
 - ii. Con estas medidas, se podría mejorar la posición del Sistema Nacional de Salud, sin desmejorar la posición de las personas titulares de un plan complementario

de salud en la Red Pública Integral de Salud se realizarán bajo el principio de gratuidad, mediante el cual ninguna persona que resida en el territorio nacional realizará pagos directos por dichas atenciones en el punto de servicio, sin perjuicio de los mecanismos de aporte que definan las autoridades competentes del Estado para asegurar la sostenibilidad del financiamiento del sistema de salud"; y el artículo 50: "Los recursos financieros del Sistema Nacional de Salud.- Los recursos provenientes del Presupuesto General del Estado destinados para financiar prestaciones de salud; las pre asignaciones definidas para financiar prestaciones de salud; las contribuciones obligatorias para la salud de la Seguridad Social; los aportes directos e indirectos de los hogares a los seguros privados, empresas de atención integral de salud prepagada y prestadores de salud y las donaciones nacionales e internacionales y otro aportes de carácter solidaria, progresivo u obligatorio, son considerados fuentes de financiamiento del Sistema Nacional de Salud."

²²² Al no haber aprobado el test de idoneidad, no se debería analizar la necesidad de esta medida. Sin embargo, por cuestiones académicas se aplicará este subprincipio.

²²³ Además, no olvidemos que "no se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales"; *vid.* Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales...* *Óp. cit.*, pp. 525-527.

de salud. Por lo tanto, es evidente que existen medios alternativos para cumplir con el fin de encontrar nuevas formas de financiamiento de la salud, afectando al derecho a la salud y a la seguridad social en un menor grado.

- c. No es una medida *proporcional*²²⁴:
 - i. Para aprobar el test de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
 - ii. La afectación negativa que causa la intervención del Legislador en el derecho a la salud y a la seguridad social a partir de la expedición de la Disposición General Quinta, no justifica la realización del fin perseguido. Como se demostró, existe una restricción del contenido de estos derechos y un desconocimiento de obligaciones primordiales del Estado. En este caso, el Estado no está generando ni garantizando las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de estos dos derechos. Con esta norma, sucede todo lo contrario: se está negando la atención gratuita de la salud, así como la cobertura de prestaciones médicas para los afiliados de la Seguridad Social, titulares o beneficiarias de un plan complementario de salud.
 - iii. En consecuencia, no se justifica la intervención en el derecho a la salud y a la seguridad social.
2. No respeta el contenido esencial del derecho a la salud y seguridad social:
 - a. Una norma infra legal modifica rasgos típicos, esenciales y nucleares del derecho a la salud y a la seguridad social, pues el derecho a la salud deja de ser *universal* y *gratuito*; y la seguridad social deja de cubrir las contingencias de salud a afiliados que hayan contratado un plan de medicina prepagada o de seguros de salud.
3. No respeta el principio de reserva de ley y rigidez de la constitución:
 - a. A través de esta disposición se altera el contenido esencial e identidad del derecho a la salud y a la seguridad social. La Asamblea tiene únicamente competencia para

²²⁴ De igual forma, no sería necesario aplicar el test de proporcionalidad estricta. Sin embargo, a través de este análisis se evidencia que la Disposición General Quinta no cumple con ninguno de los subprincipios de la proporcionalidad.

desarrollar el contenido de los derechos constitucionales, *no para restringirlos*. El principio de rigidez existe justamente para *evitar la fácil alteración del contenido de estos derechos*.

En consecuencia, queda demostrado que la Disposición General Quinta es una intervención negativa al derecho a la salud y a la seguridad social que suprime parte de los rasgos esenciales de estos derechos, sin una justificación legítima. Ahora, será función de la Corte Constitucional pronunciarse sobre este asunto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Alexy, Robert. “La fórmula del peso”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Alvear, José. *Introducción al Derecho de Seguros*. Quito: Edino, 1995.

Arbaléaz, Mónica. “La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. DS Vol. 14, Núm. 2 (2006).

Ávila, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos”. *Los Derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

Ávila, Ramiro. “Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Serie de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1ra. Edición, 2008.

Benavides, Jorge. “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”. *Ius Humani Revista de Derecho*. Vol. 5 (2016).

Benitez de Lugo, Luis. *Tratado de Derecho de Seguros*. Madrid: Editorial Reus S.A, 1986.

Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3era. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1997.

Burneo, Ramón Eduardo. *Derechos y Garantías constitucionales en el Ecuador. Evolución y Actualidad*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Calvo León, Jorge Iván. “Principios de la Seguridad Social”. *Revista Jurídica de Seguridad Social* (2005).

- Cea, José Luis. “Garantías Constitucionales en el Estado Social de Derecho”. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 10, No. 1 (1993).
- Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social. *Responsabilidad de los Estados*. <http://www.seguridadsocialparatodos.org/sites/default/files/modulo5.pdf>.
- Chávez, Juan Carlos. *El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional*. Tesis para la obtención de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2010.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. Miguel Carbonell (ed.), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Consejo de Salud Suramericano. *Acciones en salud*. <http://www.unasursg.org/es/consejo-salud-suramericano>.
- Córdova, Paúl. *Derecho Procesal Constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2015.
- Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- García, Octavio. *Teoría y práctica de la seguridad social*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2003.
- González Ortega, Santiago *et al.* La institucionalidad Normativa y Función de los Sistemas de Seguridad Social. Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015.
- Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2da. Edición, 2003.
- Humanium. *Derecho a la Salud*. <http://www.humanium.org/es/derecho-salud/>.
- Humblet, Martine y Silva, Rosinda. *Seguridad Social: Normas para el Siglo XXI*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2002.
- Jiménez Campo, Javier. *Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999.
- Lorenzo, Magdalena. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1. de la Constitución Española*. Granada: Editorial Gomares, 1996.

- Martínez Molina, Dunia. “Los procedimientos de reforma constitucional. ¿Garantías de supremacía constitucional? El caso ecuatoriano. Entrevista a Richard Ortiz.” *Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos*, No. 3 (2015).
- Ministerio Coordinador de Desarrollo Social. *La institucionalización normativa y funcional de los sistemas de seguridad social*. Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2013.
- Nogueira, Humberto. “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. *Revista Ius et Praxis* (2005), Vol. 11, No. 2.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2004.
- OIT. *La seguridad social en la perspectiva del año 2000*. Ginebra: OIT, 1984, p. 121.
- OISS. *Líneas jurisprudenciales de la Constitucionalización de la Seguridad Social en Iberoamérica*. http://www.oiss.org/IMG/pdf/Lineas_Jurisprudenciales.pdf.
- OMS. Salud y Derecho Humanos. Nota descriptiva N°32. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>.
- Organización de las Naciones Unidas. *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.
- Organización de las Naciones Unidas. Salud y Bienestar: Por qué es importante. http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/3_Spanish_Why_it_Matters.pdf.
- OPS. *Directora de la OPS urge a diplomáticos de la OEA a apoyar la salud para el desarrollo*. http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=13223&Itemid=135&lang=es.
- Ossa, Efrén. *Teoría General del Seguro. La Institución*. Tomo I. Bogotá: Ed. Temis, 1988.
- Parejo Alfonso, Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Vol. 1, Num. 3 (1981).
- Parra Vera, Oscar. “La protección del Derecho a la Salud a través de los casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *El derecho a la salud, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Serie DESC, 2003.
- Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

- Pinto, Juan Montaña. “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (ed.). Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 217.
- Reyes Blanco, Otilio, Rains, Oslund y Sam, Franklin. “Teoría del Bienestar y el Óptimo de Pareto como problemas microeconómicos”. *Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas* Vol. 2, No. 3 (2014).
- Rodríguez Mesa, Rafael. *Estudios sobre Seguridad Social*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2012.
- Sarmiento, Libardo. “De los derechos, las garantías y los deberes”. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Bogotá, 1997.
- Sollari, Enzo. “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 20, No. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho (1993).
- Shultz, Jim. *El presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales*. Cochabamba: Fundación FORD, 2002.
- Tórtora Aravena, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, No. 2 (2010).
- UNAM. “Principales modelos de seguridad social y protección social”. *La seguridad y protección social en México*. México: UNAM, 2012.
- Villaverde Menéndez, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Vivante, Cesar. *Derecho comercial, del contrato de seguro*. Buenos Aires: Ediciones EDIAR, 1952.

Plexo normativo

- Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud (2005). De la Organización Mundial de la Salud.
- Constitución (Alemania). 11 de agosto de 1919.

Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Declaración Iberoamericana de Seguridad Social de Buenos Aires (1972).

Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944).

Decisión para el Establecimiento del Consejo de Salud Suramericano de la UNASUR (2008).

Ley Orgánica que regula a las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y a las de seguros que oferten cobertura de asistencia médica. Registro Oficial No. 863 de 17 de octubre de 2016.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 3. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley de Seguridad Social. Registro Oficial, Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

Ley Orgánica de Salud. Artículo 2. Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Artículo 3. Registro Oficial No. 670 de 25 de septiembre de 2002.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 (2015).

Proyecto de Ley – Código Orgánico de la Salud, mediante oficio No. 011-WGR-CEPDS-AN-2016 presentado a la Asamblea Nacional.

Reglamento a la Ley Orgánica de Medicina Prepagada. Artículo 7. Decreto Ejecutivo 1355. Registro Oficial Suplemento 984 de 13 de abril de 2017.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-473*, de 15 de enero de 1991.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T 406*, de 5 de junio de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T- 336*, de 31 de julio de 1995

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-022/96* de 3 de octubre de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-978*, de 8 de agosto de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-595*, de 5 de marzo de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-859*, 25 de septiembre de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-236/03*, de 2 de agosto de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-463/08*, de 14 de mayo de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-791/11*, de 20 de octubre de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-791/11*, de 20 de octubre de 2011.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 019-09-SEP-CC*, de 06 de agosto de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 0012-09-SIS-CC*, de 08 de octubre de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 048-13-SCN-CC*, de 04 de septiembre de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0028-11-TI*. Examen de Constitucionalidad del Convenio. Dictamen No. 005-13-DTI-CC de 5 de marzo de 2013.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 146-14-SEP-CC*, de 01 de octubre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N. 002-14-SIN-CC*, de 14 de agosto de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 003-14-SIN-CC*, de 17 de septiembre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 006-15-SCN-CC*, de 27 de mayo 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 273-15-SEP-CC*, de 17 de noviembre de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 073-15-SEP-CC*, de 17 de noviembre de 2015.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 287-16-SEP-CC*, de 31 de agosto de 2016.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No 198.

Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Caso No. 29/4/40*, de 29 de abril de 1940.

Tribunal Constitucional Chileno. Sentencia para el análisis de la Ley Orgánica Constitucional sobre Partidos Políticos. Diario Oficial de 7 de marzo de 1987.