



**DISCURSO DEL DOCTOR GUSTAVO JALKH,
PRESIDENTE DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA
EN EL FORO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS EN EL ACCESO A
MEDICAMENTOS: LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD**

Quito, 13 de octubre de 2017

Muy buenos días con todos y con todas.

Señor Yuri Chillán, jefe de gabinete de la Unasur y anfitrión de esta reunión; señora ministra de salud, estimada Verónica (Espinosa) y autoridades ya mencionadas por el señor jefe de Gabinete de UNASUR, solamente agregaré a las autoridades a nuestra Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, doctora Paulina Aguirre y a varios jueces y juezas que nos acompañan el día de hoy.

Cuando la señora ministra nos proponía que el Consejo de la Judicatura sea parte de este seminario, inmediatamente aceptamos y comprometimos una importancia presencia de jueces y de juezas el día de hoy, por la importancia del tema y por la necesidad de juntos encontrar respuestas a viejas y nuevas preguntas sobre el tema del funcionamiento del sistema de justicia y; particularmente sobre el tema del acceso de derechos de la salud y más aún, en el marco de una Constitución, como la Constitución ecuatoriana, basada en una decisión neo-constitucional, garantista. Basada principalmente en el acceso a los derechos de los ciudadanos y ciudadanas; y en el contexto de una definición de Estado, como Estado de derechos y de justicia, que no puede quedarse como una definición escrita.

Bienvenidos a los panelistas internacionales, de quienes tenemos la firme convicción de que aprenderemos en este intercambio de experiencias y visiones.

Nuestra Escuela de la Función Judicial estará muy atenta a las conclusiones que de aquí salgan, para tener materiales de profundización en las discusiones entre jueces y juezas, que pueden considerarse de capacitación, pero que también permitirán definir y superar dilemas éticos, que se presentan todos los días, a la hora de tomar decisiones, no solamente en el marco de los principios constitucionales, de Derecho Internacional, de tratados internacionales; sino los dilemas éticos que se presentan a la hora de tomar decisiones, que pueden afectar también la política pública de un país.

Cuando nos preguntamos sobre si una sociedad es justa, nos estamos preguntando también, qué es lo que hace esa sociedad con las cosas a las cuales les da valor, qué es lo que hace esa sociedad con su patrimonio, con sus recursos, qué hace la sociedad con los honores; en fin, qué hace nuestra sociedad con los derechos, con las obligaciones.

Una de las respuestas clásicas, que genera de alguna manera consenso, es que: justicia es darle a cada quien lo suyo, lo que le pertenece, lo que tiene derecho. Y hasta ahí las cosas pueden ser algo sencillas.

Pero las dificultades empiezan cuando nos preguntamos ¿y qué es lo suyo?, ¿y por qué lo es? y si ese aparente derecho inicial no estará afectando el derecho de otros, de la mayoría, de la minoría y; si eso tiene que ver a la hora de definir, ¿cómo se puede ser una sociedad justa utilizando de mejor manera los recursos?.

Frente a estos dilemas, algunos intentan resolverlo diciendo que al menos pueden haber tres parámetros para buscar esa justicia en una sociedad: el bienestar, la libertad, la virtud.

Y si usamos uno de esos parámetros, el bienestar, podría decirse que es la justicia que busca maximizar el bienestar de la gran mayoría, maximizar los recursos.

Esa visión puede también caer en lo que algunos critican como una visión utilitarista. Otros hablan de que busquémoslo bajo el concepto de la libertad, es decir, el respeto a los derechos individuales de cada uno. Y dentro de ese concepto igualmente, pueden haber situaciones extremadamente positivas o algunas muy críticas, el dejar hacer, dejar pasar, que cada uno se las arregle bajo el principio de libertad, u otras visiones. También dentro de este principio de libertad o de liberalismo, que busca combinarlo con la equidad y la solidaridad o la virtud.

La justicia tenemos que buscarla bajo principios de solidaridad, de virtud, de igualdad. Pero ahí también podemos encontrar a conservadores tipo talibanes o incluso al mismo Martin Luther King.

Estas tres visiones son las tradicionales de la filosofía política que suscitan reflexiones permanentes.

Pongo esto a colación sobre el tema ya relacionado con la judicialización de la salud. Debo decirles que, en lo personal, tengo más preguntas que respuestas, pero estoy seguro que aquí se presentarán dilemas como estos, qué hacer

cuando el bienestar choca con la libertad o la libertad choca con la virtud.

Simplemente, las soluciones perfectas están en encontrar justicia, combinando estos tres factores, el máximo bienestar, la maximización de los recursos para buscar el bienestar de la gran mayoría, respetando sus derechos individuales, los valores y la virtud.

No siempre se logra, no siempre es posible que un juez, con el marco constitucional y legal, pueda tener suficientes elementos para automáticamente encontrar una solución que garantice el derecho, sin afectar posiblemente el bienestar de la mayoría]; o esos dilemas éticos que permitan alcanzar un mayor bienestar, pero afectando quizás el estima de una sociedad, como el respeto de la dignidad y el respeto de la libertad.

Sobre esto, evidentemente, hay grandes desafíos, grandes reflexiones filosóficas, de filosofía política y por supuesto también jurídicas.

Michael Sandel, nos plantea ese tradicional dilema ético en uno de sus libros, en los que un tranvía va a 100 kilómetros por hora, sin frenos y tiene cinco trabajadores de frente a quienes puede atropellar y sin duda matar; y hay una posibilidad de desviar su camino y solo atropellar a una persona que está en el otro lado de la vía.

¿Qué hacer? Desviar el camino y atropellar solo a uno, no matar a cinco, sino matar solo a uno. Algunos rápidamente podrían decir, si nos ponemos en una visión de bienestar, maximizar el bienestar, matar a uno es mejor que matar a cinco.

O si alguien, desde otra perspectiva, en el mismo ejemplo, dice, bueno no hay una alternativa de desvió, pero hay una persona de gran peso, de gran volumen, un gordito que si lo empujamos a la vía de pronto alcanzamos a detener el tren, matando solo a uno y no matando a cinco. Son reflexiones absolutamente teóricas, irreales.

El juez no está planteado en situaciones de esa naturaleza abstractas y de laboratorio, pero si se suscitan a la hora de tomar decisiones, que no afecte su trabajo, a lo que significa también la definición de política pública de otras funciones del Estado.

El Ecuador es un Estado garantista, tiene una Constitución de alto desarrollo de los derechos ciudadanos, no podemos retroceder en ellos y la Función Judicial está para garantizar esos derechos consagrados en la Constitución.

Y luego vienen esos otros dilemas, ya en el marco de salud; es decir, si medicamento es igual siempre a salud, si un medicamento que salva una vida puede condenar a otros a que se vea afectada su salud; son problemas profundos en los que insisto, tengo más preguntas que respuestas.

Solo concluyo esta inicial reflexión también haciendo alusión, a que en nuestro país tenemos, como en muchos y en la gran mayoría en América Latina, el control difuso de los derechos constitucionales de nuestros ciudadanos, tenemos un control difuso no un control concentrado, lo cual es bueno, es un gran avance.

Cualquier juez puede tener la posibilidad constitucional de salvaguardar derechos, incluyendo los derechos de la salud y creo que hay ejemplos muy positivos en nuestro país, de que gracias al trabajo y decisión de jueces a través de la atención, de acciones de protección, se ha logrado proporcionar, garantizar el acceso de los ciudadanos a la salud.

Pero también sin duda, hay que ponerlo en la mesa, hay decisiones polémicas que nos enfrentan a los dilemas que acabo de describir.

François Mitterrand, ex presidente de Francia en la Quinta República, cuando concluía su mandato, su segundo mandato, con lo cual acumuló 14 años de presidente de la Quinta República decía, frente al surgimiento del fortalecimiento del Consejo Constitucional Francés, control constitucional más concentrado, no el difuso, pero frente a ese surgimiento decía: que el Consejo Constitucional Francés dotado de poderes muy fuertes debía desarrollarse y consolidarse, pero que debía tener cuidado de no convertirse en un gobierno de jueces.

Es decir, que sus competencias eran deseables y necesarias en una democracia, pero que ese ejercicio de protección de derechos no pueda inmiscuirse o involucrarse en otras políticas públicas, que le pertenecen al Ejecutivo o al Legislativo, que con sus legitimidades, en las urnas ganadas, deba también tomar decisiones de política pública. Cada uno debe hacer su trabajo, sin duda.

Yo, le agradezco a la señora ministra, con esto concluyo, por habernos involucrado en este seminario, que nos parece de vital importancia.

Hay gran interés en la Función judicial en profundizar conocimientos y reflexiones sobre esto, hay gran interés en nuestros jueces, que están aquí presentes; y que estoy seguro que sabremos alimentar las reflexiones con la experiencia comparada de algunos países, siempre tratando de conciliar y en



este gran desafío, no debemos disminuir derechos por ser utilitaristas, no debemos afectar el acceso, lo logrado por nuestros ciudadanos en la Constitución. Pero al mismo tiempo tenemos que lograr el desafío de conciliar ese bien individual con lo que significa el bien general, el gran desafío que tienen ustedes el día de hoy, en este seminario internacional.

Insisto estaremos ávidos de conocer sus conclusiones.

Muchas gracias