



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
INDOAMÉRICA**

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PORTADORAS DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Constitucional. Modalidad: Estudio de Caso

Autor:

Martínez Guamán Byron Geovanny

Tutor: Abg. Juan Pablo Santamaría Velasco, Mg.

Ambato

2020

AUTORIZACIÓN DEL AUTOR

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

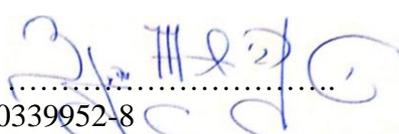
Yo **BYRON GEOVANNY MARTÍNEZ GUAMÁN** declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “**EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PORTADORAS DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP**”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato a los 18 días del mes de julio de 2020, firmo conforme

Autor: **BYRON GEOVANNY MARTÍNEZ GUAMÁN**

Firma Autor: 

C.C. Nro. 060339952-8

Dirección: Chimborazo, Riobamba, Cooperativa de Maestros 13 de Abril, Manzana B Casa 13 Avenida 11 de noviembre entre Milton Reyes y Canónigo Ramos

Correo Electrónico: geovannymartinez_7@hotmail.com.

Teléfono: 0987321437

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PORTADORAS DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP” presentado por BYRON GEOVANNY MARTÍNEZ GUAMÁN, para optar por el Título Magister en Derecho Constitucional,

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Ambato, 18 de julio del 2020

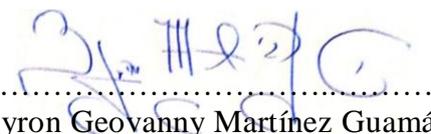


Ab. Juan Pablo Santamaría Velasco Mg.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor

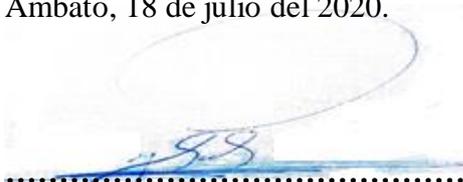
Ambato, 18 de julio del 2020.


.....
Byron Geovanny Martínez Guamán
Número de cédula: 060339952-8

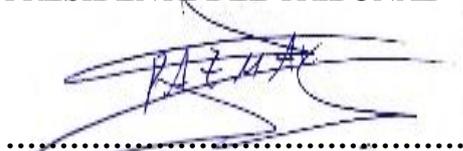
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: “EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PORTADORAS DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP”, previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 18 de julio del 2020.



.....
Ab. William Redroban Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



.....
Ab. Santiago Pazmay Mg.
VOCAL



.....
Ab. Juan Pablo Santamaría Velasco Mg.
VOCAL

DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación de Master en Derecho Constitucional, lo dedico con mucho amor a mis queridos padres Victor Martínez Asqui (+) Julieta Guamán Veloz, a mi Hija Mayte Martínez, a mi novia Ariana Chiluíza, a mis hermanos Victor y María Martínez Guamán, a mis abuelitos Octavio Guamán (+), Aurora Veloz (+), Gerardo Martínez (+), Margarita Asqui (+), a mis sobrinos, tíos, tías, primos y demás familiares, a mis amigos y a mis compañeros de clases, una dedicación de manera en especial al Supremo Creador por brindarme sus bendiciones desde el cielo, cuidarme y protegerme, les dedico todo mi vida de estudios, porque con sus consejos, hoy culmino un paso más de mi vida y de este modo poder servir con honestidad y transparencia a mi país y la sociedad.

AGRADECIMIENTO

A Dios, creador de todo lo existente, a mis queridos padres Victor Martínez Asqui (+) Julieta Guamán Veloz, a mi Hija Mayte Martínez, a mi novia Ariana Chiluiza, a mis hermanos Victor y María Martínez Guamán, a mis abuelitos Octavio Guamán (+), Aurora Veloz (+), Gerardo Martínez (+), Margarita Asqui (+), sobrinos, y demás familiares, a mis amigos y a mis compañeros de clases quienes de una u otra manera han sido mi motor para continuar en mi formación académica y culminar mi meta trazada, con estudio, trabajo, perseverancia, esmero y sacrificio, en bien personal y de la sociedad y de mi país.

Agradezco de manera imperecedera a la Universidad Indoamérica, especialmente a los catedráticos de la Escuela de Posgrado de Derecho, quienes han sabido conducir mi espíritu por el camino de la luz y la sabiduría, en pos de un mejor porvenir. De igual forma agradezco a mi Asesor de Tesis el distinguido catedrático Ab. Juan Santamaría Mg, por su constante apoyo en el mérito de la perfección investigativa, guía elocuente del conocimiento y la razón, quien con su experiencia ha sabido cimentar bases de trabajo, producción y desarrollo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

AUTORIZACIÓN DEL AUTOR.....	i
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	iii
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
ÍNDICE DE TABLAS.....	ix
RESUMEN EJECUTIVO.....	x
ABSTRACT.....	xi
Introducción.....	1
Capítulo uno.....	9
El derecho a la salud de las personas portadoras de VIH en el Estado ecuatoriano.....	9
Concepto e historia del VIH.....	9
El VIH en el Ecuador.....	14
El derecho a la salud en el Derecho internacional.....	17
El derecho a la salud como derecho fundamental en el Ecuador.....	21
Normas constitucionales.....	21
El derecho a la salud de las personas de atención prioritaria y enfermedades catastróficas.....	24
El derecho a la salud de las personas portadoras del VIH en el Ecuador.....	27
Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.....	28
Vulneración al derecho a la salud por falta de medicamentos para personas de atención prioritaria portadoras de VIH en el Ecuador.....	33
Garantías jurisdiccionales que protegen el Derecho Constitucional a la salud.....	36
Capítulo dos.....	42
Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación al derecho a la salud de las personas portadoras del VIH.....	42
La jurisprudencia como fuente de derechos constitucional de grupos de atención prioritaria.....	42
El rol de la Corte Constitucional como garantista de los derechos fundamentales.....	44
Análisis de la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional. Cuestiones preliminares.....	45
Línea de tiempo del proceso.....	46
Resumen de Admisibilidad.....	47
Análisis de la decisión impugnada.....	47

Argumentos planteados en la demanda de acción extraordinaria de protección y su contestación, y presuntos derechos vulnerados.....	49
Competencia	52
Finalidad de la acción de protección	52
Antecedentes del caso	53
Determinación del problema jurídico.....	54
Análisis de la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional. Cuestiones de fondo.....	54
Derecho a la reparación integral	55
Medida de Restitución.....	56
Medidas de garantía de no repetición.....	57
Medidas de satisfacción.....	58
Análisis crítico a la sentencia constitucional	59
Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano	60
Gravedad del asunto	61
Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial	63
Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional.....	63
Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia	64
Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional	65
Interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita	65
Interpretación del derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH	67
Métodos de interpretación	68
Propuesta personal de solución del caso.....	70
Conclusiones	72
Recomendaciones	73
Bibliografía.....	75
Anexo	79

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Hitos más importantes en el desarrollo del VIH	12
Tabla 2. Primeros casos de VIH/SIDA en el Ecuador	16
Tabla 3. Comparación de la acción de protección y la acción extraordinaria de protección	38

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA: EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PORTADORAS DE
VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 364-
16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP**

Autor:

Martínez Guamán Byron Geovanny

Tutor:

Abg. Juan Pablo Santamaría Velasco, Mg.

RESUMEN EJECUTIVO

La Constitución de 2008 protege a las personas o grupos de atención prioritaria y les reconoce derechos específicos para hacer efectivo su derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, ya que por su situación de vulnerabilidad necesitan apoyo adicional de las instituciones públicas, para llevar una vida digna. En el caso de las personas portadoras del VIH Sida se les reconoce y garantiza el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente, que incluye la entrega gratuita y oportuna de medicamentos. Ante una presunta violación de ese derecho, la persona afectada puede utilizar las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución para reclamar una tutela efectiva, imparcial y expedita ante los jueces. Ahora bien, ¿qué sucede si acude a los jueces de primer nivel, a través de la acción de protección, y no recibe la tutela adecuada? En torno a esa pregunta gira la presente investigación en la que se aplicó una metodología cualitativa en el análisis de las fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales, con el objetivo de analizar la protección del derecho la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial y el derecho a la salud a través del estudio de la sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional, de la cual se sistematizaron las características del derecho a la salud y a la tutela judicial efectiva. La conclusión principal, que corrobora la hipótesis planteada, es que si bien la Corte protegió de manera efectiva el derecho del accionante, los argumentos de su motivación se limitan al comentario de las normas constitucionales, legales e internacionales vigentes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH.

Palabras clave: derecho a la salud, tutela judicial efectiva, VIH Sida, acción de protección.

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

THEME: “HEALTH RIGHT FOR HIV CARRIERS IN ECUADOR PARTING FROM ECUADORIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE. SENTENCE ANALYSIS NO. 364-SEP-CC CASE- NO- 1470-14-EP”

AUTHOR: Martínez Guamán Byron Geovanny

TUTOR: Abg. Juan Pablo Santamaria Velasco, Mg.

ABSTRACT

The 2008 Constitution protects people or primary care groups and recognizes specific rights to make their rights for formal equality, material equality and no discrimination, effective. Due to the situation of vulnerability, additional support from public institutions is needed to live a dignified life. In the case of HIV carriers, the right to a free and specialized attention in all levels, is recognized and guaranteed in an opportune and preferential manner; which includes the provision of free and opportune medicine. In anticipation to a violation to this right, the affected person may use the jurisdictional guarantees written in the Constitution to claim an effective, impartial and quick protection before the judges. Now, what happens if the adequate protection is not received through protective action when it is assisted to first level judges? Around this question, revolves the following research in which a qualitative methodology was applied in the doctrinal, legal and jurisprudence analysis. With the objective of analyzing rights protection, effective judicial protection, quick, impartial, and the right to health through the study of sentence NO. 364-16-SEP-CC CASE. NO. 1470-14-EP of the Constitutional Court; from which the characteristics of right to health and effective judicial protection were systematized. The principal conclusion that supports the planted hypothesis, is that if the Court protected in an effective manner the petitioner's rights, the arguments of its motivation may be limited to comment the current constitutional, legal and international norms on effective judicial protection and the right to health for HIV carriers.

KEYWORDS: effective judicial protection, HIV, right to health, protection action.

Introducción

TEMA. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PORTADORAS DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Asamblea Constituyente, 2008) establece en su artículo 11.8 que: “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”; más allá del desarrollo normativo de los derechos, o a través de las políticas, el presente trabajo busca un desarrollo jurisprudencial, específicamente el que realiza la Corte Constitucional entre cuyas funciones se encuentra proteger los derechos reconocidos en el texto constitucional a todos los sujetos de derechos.

En el presente trabajo, los antecedentes deben analizarse brevemente respecto a tres cuestiones puntuales: el desarrollo de los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y el derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH, pues son los tres aspectos vinculados a la sentencia objeto de estudio.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales, el tema ha sido estudiado desde diferentes perspectivas, mismas en las que señala de manera recurrente el valor de la jurisprudencia como vía para precisar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, y para hacer una interpretación progresiva y no regresiva de los mismos (Calvo, 2014), una cláusula en virtud de la cual los derechos fundamentales para su goce efectivo deben ser interpretadas de manera progresiva, lo que permite incorporarle nuevos contenidos conforme avanzan las demandas sociales y las circunstancias en las que deben hacerse efectivos.

En el Ecuador el tema ha sido objeto de análisis en libros y artículos científicos que en ocasiones son citados en la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional. Entre los primeros se pueden citar el Manual de justicia constitucional ecuatoriana (Benavides, 2013) donde se hace un amplio análisis del

valor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su función garante de los derechos fundamentales.

Entre los artículos científicos recientes que deben ser incluidos en los antecedentes del tema objeto de estudio se encuentra La justicia constitucional ecuatoriana, donde su autor señalaba que:

No es admisible que los jueces de instancia sigan siendo jueces constitucionales, pues se puede generar un caos judicial, ya que la *abusitis* (sic) o abuso de las acciones, que no necesitan de mayores formalidades, pueden ocasionar un colapso que haga que los ciudadanos desconfíen más del sistema (Vintimilla, 2009, pág. 48).

Esa apreciación es relevante pues en la sentencia de estudio la acción extraordinaria de protección fue interpuesta contra una resolución de una jueza de instancia que afectó el derecho a la tutela judicial efectiva del accionante cuando interpuso una acción de protección solicitando medidas cautelares para que fuera garantizado su derecho a la salud.

Por lo que se refiere al derecho la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita se ha escrito también bastante en el Ecuador, sobre todo cuando se trata de las garantías jurisdiccionales de los derechos donde suelen ser recurrentes las demandas por su presunta violación; entre las publicaciones recientes, citada incluso por la Corte Constitucional en la sentencia objeto de análisis, se encuentra el libro Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano (Jaramillo, 2011) donde su autora hace una distinción entre la acción de protección y la acción extraordinaria de protección de acuerdo a su pertinencia, objetivos y efectos vulneraciones de derechos en las que procede cada una.

En cuanto al derecho a la salud, y especialmente el de las personas portadoras del virus del VIH los estudios doctrinales son más escasos, pues se trata de uno de los derechos sociales que en principio no son judicializables aunque es un tema aún en discusión (Salazar, 2013); sin embargo, al estar reconocido como tal derecho en la Constitución ecuatoriana y en varios instrumentos internacionales, sus titulares disponen de vías judiciales a través de las cuales pueden demandar ante su presunta violación (Higuera & Alonso, 2012).

Respecto al derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH en el Ecuador es fuente de referencia el Manual de Derechos Humanos, Normativa Jurídica y VIH (Nieto & Herdoiza, 2015) donde se expone toda la problemática jurídica de del derecho a la salud de las personas portadoras de VIH y algunas causas que limitan su goce efectivo, el marco conceptual del estudio lo constituye el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, el derecho a la salud, la acción de protección y la acción extraordinaria de protección, las dos últimas entendidas como garantías jurisdiccionales a través de las cuales se puede acudir a las instancias jurisdiccionales en caso de presunta violación de los derechos fundamentales, proceso en el cual se debe garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

La normativa jurídica aplicable al tema de investigación está constituida por la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Salud (Congreso Nacional, 2006) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Asamblea Nacional, 2009), las dos últimas desarrollan respectivamente el derecho a la salud y las garantías jurisdiccionales para hacerlos efectivos en caso de violación por las instituciones públicas o privadas en el país.

Adicionalmente son aplicables al tema diferentes instrumentos internacionales de los que el Ecuador es Estado parte, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969), y el Protocolo de San Salvador (OEA, 1988).

Planteamiento del problema

Los antecedentes teóricos y normativos descritos permiten hacer un análisis del derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial en un caso concreto resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. No. 1470-14-EP (2016) resultante de una acción extraordinaria de protección donde el accionante consideró vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al momento de solicitar medidas cautelares por una presunta violación de su derecho a la salud.

En ese contexto, el problema jurídico que guiará la investigación se plantea de la manera siguiente: ¿Qué argumentos utilizó la Corte Constitucional en su motivación para declarar vulnerados el derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial, y el derecho a la defensa del accionante?

El objeto de estudio de la investigación es la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional.

El campo de estudio es el Derecho procesal constitucional al cual pertenecen instituciones como la acción de protección y la acción extraordinaria de protección, así como la jurisdicción constitucional que ejercen los tribunales de primer nivel y la Corte Constitucional para tramitar y resolver las acciones mencionadas, respectivamente.

Objetivos

Objetivo central

Analizar la protección del derecho la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial y el derecho a la salud a través del estudio de una sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

Objetivos secundarios

1. Sistematizar el contenido y alcance del derecho a la salud como derecho fundamental.
2. Interpretar las normas constitucionales, legales e internacionales que configuran el derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH.
3. Valorar la protección del derecho la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial y el derecho a la salud a través de un estudio de caso.

Hipótesis

Los argumentos utilizados por la Corte Constitucional en la sentencia analizada se limitan al comentario de las normas constitucionales, legales e internacionales vigentes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial y el derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH.

Justificación

El desarrollo de la investigación se justifica desde diferentes puntos de vista, en primer lugar, porque combina el análisis teórico y legislativo con el estudio de caso donde los resultados obtenidos del primero se ponen en función del segundo; ello permite contrastar los postulados teóricos y las normas jurídicas con su aplicación práctica, misma que no tiene que ser necesariamente coincidente pues la jurisprudencia es también una vía para el desarrollo de los derechos fundamentales.

A continuación, se detallan las perspectivas desde las que el tema de investigación seleccionado para su desarrollo se justifica:

Social. El tema de investigación aborda un problema que es a la vez social y jurídico, por cuanto articula la problemática social de las personas portadoras del virus del VIH con la configuración jurídica del derecho a la salud y su tutela por los órganos jurisdiccionales.

Académica. Desde el punto de vista académico, el desarrollo de la investigación contribuye al desarrollo de la doctrina jurídica ecuatoriana en materia de derechos humanos, a través de la cual se puede realizar una mejor aplicación del Derecho vigente y una manera más acertada de la interpretación de las normas jurídicas que los regulan tanto en el plano sustantivo como en el de las garantías y acciones que a que puede recurrir su titular en caso de considerarlos vulnerados por alguna acción u omisión de los poderes públicos.

Jurídica. La relevancia jurídica del tema se proyecta especialmente en el análisis del caso seleccionado, pues su estudio permite identificar la estructura de la sentencia constitucional, la motivación que expone la Corte y la manera de abordar los derechos presuntamente violados, así como en la aplicación concreta de los principios y normas que rigen la reparación integral de los derechos de las víctimas.

Asimismo, la relevancia jurídica se manifiesta en el análisis de los argumentos expuestos en la motivación de las sentencias, mismos que en su mayoría fueron extraídos de la interpretación literal de las normas jurídicas nacionales o internacionales.

Palabras claves y/o conceptos nucleares

Derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; acceso a la justicia; derecho a la salud; desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales: aplicación de la reparación integral; vulneración de derechos fundamentales.

Normativa jurídica

La jurisdicción constitucional opera de preferencia sobre la base de los principios y normas constitucionales, o aquellas que desarrollan legalmente tales derechos y establecen las garantías para su tutela en caso de violación, a través de las diferentes acciones diseñadas por el constituyente o el legislador.

En ese sentido se utilizan en la investigación las normas de rango constitucional que establecen el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos en intereses previsto en su artículo 75, el derecho la salud de las personas con enfermedades catastróficas como son los portadores del virus del VIH reconocido en el artículo 35, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el artículo 11.2 del texto constitucional.

En el plano de las garantías jurisdiccionales las normas relevantes de rango constitucional son el artículo 88 y el 94, mismos que establecen respectivamente la acción de protección y la acción extraordinaria de protección, ambas involucradas en el caso objeto de estudio.

La normativa infra constitucional relevante para el tema son la Ley Orgánica de Salud (Congreso Nacional, 2006) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Asamblea Nacional, 2009) (LOGJCC); la primera desarrolla el derecho a la salud de las personas y las normas específicas que deben aplicarse a las personas portadoras del virus del VIH en su artículo 67, en tanto la segunda establece el procedimiento que debe seguirse en la tramitación y resolución de la acción de protección y la acción extraordinaria de protección.

Descripción del caso objeto de estudio

En síntesis, el caso objeto de estudio fue remitido por la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito que conoció de la acción de protección presentada por el ciudadano N.N por la presunta violación de su derecho

a la salud, donde solicitó medidas cautelares pues no había recibido de parte del Hospital Carlos Andrade Marín los medicamentos necesarios para mantener bajo control su enfermedad.

La acción de protección fue denegada por la jueza, argumentando que dicha acción no es la procedente para precautelar derechos cuya violación se encuentra en curso o ya cesó, pues la acción de protección, argumentó la jueza de primer nivel, es preventiva y no reparadora.

La resolución de la jueza de primer nivel fue escogida por la Sala de Selección de la Corte Constitucional por considerar que se violó el derecho la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial del accionante amparada para ello en el artículo 17 de la LOGJCC que establece como criterios de selección la gravedad del asunto, la novedad del caso e inexistencia de presente judicial, la negación de los precedentes de la Corte Constitucional y la relevancia o trascendencia social del caso (Asamblea Nacional, 2009).

Una vez seleccionado el caso para ser conocido y resuelto por la Corte Constitucional, se realizó la audiencia pública donde comparecieron las partes así como la Defensoría del Pueblo donde cada interviniente pudo presentar sus argumentos, a partir de los cuales la Corte declaró vulnerados los derechos del accionante a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial y el derecho a la salud, en virtud de lo cual decretó diferentes medidas de reparación integral de la víctima y sentó jurisprudencia obligatoria para la interpretación y aplicación de ambos derechos en casos futuros.

Metodología a ser empleada

Las fuentes de información utilizadas para desarrollar la investigación, son de tipo bibliográfico y legislativo, las mismas que se encuentran en mi biblioteca particular, la biblioteca de la Universidad Tecnológica Indoamérica, la página oficial de internet de la Corte Constitucional y de otras instituciones vinculadas al tema como el Ministerio de Salud, todas ellas en idioma español pues no fue preciso recurrir a fuentes en idioma distinto.

Los métodos de investigación aplicados fueron:

Método inductivo: se aplicó al análisis de la motivación de la sentencia objeto de estudio, lo que permitió llegar a conclusiones generales sobre las características del derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial y el derecho a la salud, ambos reconocidos en la Constitución vigente.

Método Deductivo: fue aplicado al estudio de conceptos y categorías generales relacionados con el tema de investigación, para constatar su aplicación por parte de la Corte Constitucional en la sentencia analizada.

Método de análisis de casos: fue utilizado para la selección del caso relevante resuelto por la Corte Constitucional vinculado al derecho a la salud de personas portadoras del virus del VIH, donde además de ese derecho se violó la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita que como derecho reconoce la Constitución a las personas, asimismo se pudo apreciar el funcionamiento de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución como son la acción de protección y la acción extraordinaria de protección.

Test de igualdad: este método fue aplicado para analizar el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación previsto en el artículo 66.4 de la Constitución, en relación con el principio de igualdad previsto en el artículo 11.2 donde se prohíbe la discriminación por cualquier motivo, y en particular por ser una persona portadora del VIH. En relación con estas últimas la Constitución prevé un trato diferenciado en razón de la enfermedad catastrófica que padecen, pues por ser parte de los grupos de atención prioritaria tienen derecho a recibir los medicamentos necesarios para su enfermedad de manera gratuita.

Capítulo uno

El derecho a la salud de las personas portadoras de VIH en el Estado ecuatoriano

Concepto e historia del VIH

Para analizar el contenido y alcance del derecho a la salud que poseen las personas portadoras del virus de la inmunodeficiencia humana (en lo adelante de VIH), debemos conocer cuál es su concepto y características más sobresalientes, a fin de poder tener claro la conceptualización del VIH, de modo que al desarrollar el estudio del presente caso se tenga una idea clara de que significa el virus del VIH.

El enfoque básicamente médico y social de este epígrafe, que aborda algunos hitos del desarrollo de la ciencia médica y los primeros casos detectados tanto nivel internacional como en el Ecuador, tiene el propósito de contextualizar el problema jurídico que supone y los desafíos legales que implica hacer frente a una enfermedad para la cual aún no existe una cura, sino tratamientos paliativos para mejorar la calidad de vida de los portadores del virus del VIH y así hacer efectivo el derecho a la salud.

Como se trata de una enfermedad catalogada como catastrófica e incurable, esa responsabilidad estatal se acrecienta, pues no se limita a la provisión de servicios básicos de salud comunes para todos, sino de una atención especializada, permanente y oportuna con la garantía de los medicamentos necesarios para su adecuado tratamiento.

En resumen, para situar en el contexto el problema jurídico que debió enfrentar y resolver la Corte Constitucional es preciso un breve análisis de del concepto y la historia del virus del VIH y su manifestación en el Ecuador, a partir de cual se puede entender mejor tanto las normas que reconocen y garantizan el

derecho a la salud como la función de las instituciones públicas y jurisdiccionales para garantizarlo.

La Organización Mundial de la Salud define al virus de VIH como el virus de la inmunodeficiencia humana que infecta a las células del sistema inmunitario, alterando o anulando su función. La infección produce un deterioro progresivo del sistema inmunitario, con la consiguiente "inmunodeficiencia". Se considera que el sistema inmunitario es deficiente cuando deja de poder cumplir su función de lucha contra las infecciones y enfermedades (OMS, 2019, pág. 23).

Una vez definido inicialmente el virus de la inmunodeficiencia humana por la máxima autoridad sanitaria a nivel mundial y adoptada a los efectos de nuestro estudio, se puede afirmar que es un hecho notorio que cada día en el mundo existe más personas contagiadas por este virus, pues se trata de una emergencia sanitaria mundial (Secretaría de Salud, 2012), y dependiendo de su tratamiento las personas con VIH pueden o no desarrollar SIDA por lo que es importante tener claro que es VIH y que es SIDA, y qué relación existe entre ambas enfermedades (Dávila, Gil, & Tagliaferro, 2015).

El VIH daña afecta el sistema inmunológico, destruyendo las defensas del individuo, por lo cual éste puede ser víctima de enfermedades oportunistas que eventualmente, de acuerdo con la historia natural de la enfermedad, culminan con la muerte. (Dávila, Gil, & Tagliaferro, 2015, pág. 542). Esa situación la pone en riesgo de contraer infecciones graves y ciertos tipos de cáncer. SIDA significa síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Es la etapa final de la infección con el VIH. No todas las personas con VIH desarrollan SIDA (CESIDA, 2017), pero la relación entre ambas enfermedades es muy estrecha, hasta el punto que en el lenguaje común se confunden por las personas.

A partir de lo anterior se puede poner en evidencia que no es lo mismo ser portador del VIH que estar enfermo de SIDA. El VIH es un tipo de virus que afecta y deteriora el sistema inmunitario del ser humano, mientras que el SIDA es:

La etapa final de la infección por VIH. Esta fase de la infección, el sida, significa que el sistema inmunológico está dañado. Pueden pasar hasta 10 años o más desde el momento inicial de la infección por VIH hasta

llegar a ser diagnosticado con SIDA debido a que no desarrollen problemas a causa de la presencia del virus (CESIDA, 2017, pág. 4).

De esa manera se puede comprender que no toda persona portadora del VIH puede llegar necesariamente a la etapa final de la infección del virus, por lo que al ser portadora de VIH la persona requiere cierto tipo de cuidados, atenciones y estilo de vida que reduzca el riesgo de llegar a la etapa final de la enfermedad; de ahí que con una óptima atención de la de salud por parte de los hospitales públicos y privados, donde se garantice el derecho a la salud de las personas se puede garantizar su derecho a la salud y al buen vivir (Ministerio de Salud, 2019).

Lo anterior permite comprender que la prevención y la dotación de los medicamentos, así como la prestación de servicios médicos oportunos y de calidad reducen considerablemente el riesgo de que las personas infectadas por el VIH lleguen a la etapa final de la enfermedad; por tal motivo, cuando el Estado no cumple con su obligación de brindar un servicio de salud de calidad y con eficacia a ese grupo de personas de atención prioritaria, vulnera su derecho a la salud de diferentes maneras.

La obligación del Estado tiene una doble incidencia en el derecho a la salud de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA; respecto de los primeros la falta de atención médica oportuna genera que el virus de VIH puede mutar y convertirse en SIDA, que viene a ser la fase terminal de esta enfermedad cuya consecuencia sería la pérdida de la vida, lo cual puede prevenirse con la intervención asistencial efectiva por parte del Estado a través del sistema de salud.

Los profesionales de la medicina indican que el tratamiento no cura la infección, pero hace que el virus se multiplique más lento y por lo tanto no destruya las defensas del cuerpo, por lo que recomiendan a sus portadores que cumplan a cabalidad el tratamiento a fin de evitar que el virus se propague y su estado de salud deteriore esa es la razón por la cual el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a garantizar el derecho a la salud y de manera en especial a quienes se entran inmersos dentro del grupo de atención prioritaria (Ministerio de Salud Pública, 2011).

Para una mejor comprensión del VIH/SIDA como enfermedad extendida en la actualidad a todos los países del mundo, es importante tener en cuenta de manera retrospectiva los principales hitos científicos y descubrimientos en torno al virus,

así como diversos tratamientos desarrollados al respecto, ninguno de los cuales, hasta el presente, ha sido efectivo para eliminar la enfermedad y solo llegan hacia su tratamiento para mejorar la calidad de vida y prevenir complicaciones futuras.

La tabla siguiente sistematiza esos hitos más importantes en el desarrollo del VIH.

Tabla 1. Hitos más importantes en el desarrollo del VIH

Fecha	Evento
1981	Para efectos de conocimiento debemos de indicar que el SIDA empezó según la página web calcsicova coordinadora de asociaciones de VIH y SIDA oficialmente el 5 de junio de 1981.
1981	El Center for Disease Control and Prevention (Centros para el Control y Prevención de Enfermedades) de Estados Unidos convocó una conferencia de prensa donde describió cinco casos de neumonía por <i>Pneumocystis carinii</i> , al mes siguiente se constataron varios casos de sarcoma de Kaposi, un tipo de cáncer de piel.
1981	El Center for Disease Control and Prevention (Centros para el Control y Prevención de Enfermedades) de Estados Unidos convocó una conferencia de prensa donde describió cinco casos de neumonía por <i>Pneumocystis carinii</i> , al mes siguiente se constataron varios casos de sarcoma de Kaposi, un tipo de cáncer de piel.
1981	Pese a que los médicos conocían tanto la neumonía por <i>Pneumocystis carinii</i> como el sarcoma de Kaposi, la aparición conjunta de ambos en varios pacientes les llamó la atención.
1981	La mayoría de estos pacientes eran hombres homosexuales sexualmente activos, muchos de los cuales también sufrían de otras enfermedades crónicas que más tarde se identificaron como infecciones oportunistas
1981	Pruebas sanguíneas que se les hicieron a estos pacientes mostraron que carecían del número adecuado de un tipo de células sanguíneas llamadas T CD4+; la mayoría murieron en pocos meses, por la aparición de unas manchas de color rosáceo en el cuerpo del infectado
1981	La prensa comenzó a llamar al SIDA conocida como la peste rosa
1982	En 1982, la nueva enfermedad fue bautizada oficialmente con el nombre de Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS);

	hasta 1984 se sostuvieron distintas teorías sobre la posible causa del SIDA, la teoría con más apoyo planteaba que el SIDA era una enfermedad básicamente epidemiológica
1983	En 1983 un grupo de nueve hombres homosexuales con SIDA de Los Ángeles, que habían tenido parejas sexuales en común, incluyendo a otro hombre en Nueva York que mantuvo relaciones sexuales con tres de ellos, sirvieron como base para establecer un patrón de contagio típico de las enfermedades infecciosas
1984	Hasta 1984 se sostuvieron distintas teorías sobre la posible causa del sida. La teoría con más apoyo planteaba que el sida era una enfermedad básicamente, epidemiológica. Dos científicos franceses, Françoise Barré-Sinoussi y Luc Montagnier del Instituto Pasteur, aislaron el virus de sida y lo purificaron.
1986	En 1986 el virus fue denominado VIH (virus de inmunodeficiencia humana). El descubrimiento del virus permitió el desarrollo de un anticuerpo, el cual se comenzó a utilizar para identificar dentro de los grupos de riesgo a los infectados.
1995	En 1995, el Dr. Robert Gallo publicó su descubrimiento de que las citoquinas, una clase de compuestos producidos de manera natural por el organismo, podían bloquear el virus y frenar el desarrollo de la evolución del Sida. La publicación en la revista Science fue uno de los grandes descubrimientos de aquel año.
2008	Después de diversas controversias legales, se decidió compartir patentes, pero el descubrimiento se le atribuyó a los dos investigadores originales que aislaron el virus, y solo a ellos dos se les concedió el Premio Nobel conjunto, junto a otro investigador en el 2008, reconociéndolos como auténticos descubridores del virus, aceptándose que Robert Gallo se aprovechó del material de otros investigadores para realizar todas sus observaciones.

Elaborado por: Byron Geovanny Martínez Guamán

Fuente: (CALCSICOVA, 2019).

Con el surgimiento de esta peste rosa como era conocida anteriormente (Miranda & Nápoles, 2009), los Estados se han visto obligados a diseñar y aplicar políticas públicas, instituciones de salud y programas de prevención a fin de garantizar el derecho a la salud de este grupo de personas de atención prioritaria, tomando en cuenta que el VIH es una enfermedad que, de no ser trata de manera

correcta, puede ser mortal y constituir un atentado al derecho a la vida de las personas, mismo que debe ser garantizado por el Estado por todos los medios y bajo cualquier circunstancia.

El hecho es que una persona que tenga el VIH está condenado a vivir con tratamiento médico a fin de poder prolongar su vida y hacer más llevadera su enfermedad, pero la falta de atención médica y de medicinas en su estado de salud puede ser fatal y del VIH han buscado en la norma constitucional efectivizar su derecho a la salud, a fin de que las autoridades judiciales hagan cumplir el mandato constitucional a las entidades de salud, por las consecuencias que para su calidad de vida puede tener la falta de atención médica o de las medicinas requeridas para su prevención y control.

El VIH en el Ecuador

El Ecuador no escapa a las incidencias del VIH/SIDA, pues desde la aparición de la enfermedad a nivel mundial el sistema de salud comenzó a reportar casos de personas infectadas con el virus. Frente a ello, el Estado ha adquirido una obligación con efecto inmediato de garantizar el acceso al derecho a la salud de todas aquellas personas que son portadoras del VIH, a fin de poderles otorgar un servicio digno y de calidad libre de toda discriminación no solo de los portadores de VIH, sino de todos los grupos de atención prioritaria.

En el Ecuador los casos de VIH ha ido en alza y contagiando más a muchos seres ecuatorianos por lo que debido al incremento de casos positivos en muchas de las ocasiones el Estado ecuatoriano no puede dotar de medicinas a quienes están contagiados de VIH, así como a la no adopción de las medidas preventivas más comunes para evitar el contagio (Heredia, 2019).

Por cuanto las medicinas que necesita este grupo de personas portadoras de VIH llegan a ser muy costosas por lo que el Estado en muchas de las veces no tiene el presupuesto necesario para abastecer a las farmacias de los hospitales públicos con medicinas para el tratamiento de quienes poseen el virus del VIH, a lo cual debe añadirse que el costo de atender un paciente con VIH al mes es de \$700 (El Telégrafo, 2016).

Por tal motivo, quienes padecen de esta enfermedad en muchas de las ocasiones se han visto obligados a pedir a fundaciones sus medicinas, debido a que sus condiciones económicas no les alcanzan para abastecerse de su medicación por sí mismos, y no siempre le son suministradas por el Estado de manera oportuna de acuerdo a los requerimientos de su enfermedad.

Debemos de indicar que el contagio del virus de VIH en el Ecuador se da en personas que por falta de educación, pues las personas que no adoptan las medidas de prevención necesarias son presa fácil de adquirir esta enfermedad sin distinciones, pues el virus que ataca a personas de diferentes estratos sociales, aunque se propaga de forma más rápida en aquellas personas que viven en condiciones deplorables que por su condición y por satisfacer sus necesidades básicas y humanas no miden las consecuencias de sus actos (NIDA, 2006).

Además que dicha enfermedad se contagia también en personas que tienen inclinaciones sexuales por su mismo sexo, personas estas que por falta de educación e información no miden sus consecuencias y son principales víctimas del contagio del VIH (GeSIDA, 2015), razón por la cual el Ecuador, al ser un país subdesarrollado y sumergido en la desinformación y la pobreza en un amplio sector de la población, viene a ser un Estado propicio para que sus habitantes sean contagiados con este virus.

En la siguiente tabla se muestran los casos y datos más importantes sobre el desarrollo de la enfermedad en el Ecuador desde el primer caso reportado en el año 1984.

Tabla 2. Primeros casos de VIH/SIDA en el Ecuador

Casos y datos más importantes
Los primeros casos de VIH en el Ecuador fueron detectados en 1984
Las estimaciones realizadas por el MSP con el apoyo técnico de ONUSIDA, indican que para el cierre del 2017 existieron 36.544 personas viviendo con VIH-PVV en el país, y de estas, el grupo de edad entre 15 a 49 años es el más afectado por la epidemia, con mayor número de casos en hombres,
La epidemia de VIH en el Ecuador es de tipo concentrada, principalmente en personas trans femeninas (MTF) (34,8 % en Quito y 20,7 % en Guayaquil) y de hombres que tienen sexo con hombres (HSH) (16,5 % en Quito y 11,2 % en Guayaquil).
La población general la prevalencia nacional es de 0,3 en personas entre 15 y 49 años.
Para el año 2017, la tasa de prevalencia para el grupo de edad de 15 a 49, la cual es considerada sexualmente más activa es de 0,3 encontrándose por debajo del promedio latinoamericano que se registra en 0,5.
la tasa de incidencia de VIH en el Ecuador para el 2017 se encuentra en 0,22 por cada 1.000 habitantes
La prevalencia de VIH en mujeres embarazadas en el Ecuador es del 0,16; la proyección de mujeres embarazadas para el año 2018 es de 415.631
La provincia del Guayas se presenta la mayor concentración de notificación de casos nuevos en 2017, con el 31%, seguido por Pichincha con 23%, Esmeraldas con 7%, el Oro con 5%, Los Ríos y Manabí con 4,9% .
Elaborado por: Byron Geovanny Martínez Guamán Fuente: (Ministerio de Salud, 2017); (El Comercio, 2009).

Los informes presentados por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, destaca como las minorías, las poblaciones indígenas, los migrantes, las personas con discapacidad y las personas portadoras VIH (ONU, 2012), siendo víctimas más propicias de atropellos a sus derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y en los tratados internacionales y de Derechos Humanos.

En el ámbito internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la cláusula general de prohibición de discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados en su texto, y en su artículo 2 dispone que los Estados parte:

Se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (ONU, 1966).

Por su parte en el Protocolo Adicional Sobre Derechos Humanos, conocido comúnmente como Protocolo de San Salvador (OEA, 1988) ratificado por el Estado ecuatoriano mediante Resolución Legislativa No. 000, publicada en Registro Oficial 109 de 18 de enero de 1993 (Congreso Nacional, 1993), también se incorpora la obligación de no discriminación en su artículo 3, donde establece como compromiso de los Estados parte:

A garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Congreso Nacional, 1993).

Como se observa, se prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirla, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.

El derecho a la salud en el Derecho internacional

La salud es un derecho fundamental reconocido tanto a nivel internacional como en la mayoría de las Constituciones modernas, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. En este epígrafe se realiza un análisis de dicho derecho y las diversas formas en que ha sido formulado en los principales instrumentos internacionales sobre los derechos humanos y en algunos textos constitucionales.

El primero de los instrumentos internacionales dignos de analizar es la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 25 dispone que:

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, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (ONU, 1948).

Como puede apreciarse, el derecho a la salud se relaciona con otros derechos también fundamentales como un nivel de vida decoroso, bienestar y alimentación entre los más importantes para la salud física, sin dejar de mencionar aquellos relacionados con la salud emocional y psicológica como es poseer una vivienda y una vida familiar satisfactoria.

Por lo expuesto es que se considera que entre los derechos humanos y la salud de las personas existen fuertes vínculos, puesto que:

La violación o la desatención de los derechos humanos pueden tener graves consecuencias para la salud; las políticas y los programas sanitarios pueden promover los derechos humanos o violarlos, según la manera en que se formulen o se apliquen y la vulnerabilidad a la mala salud se puede reducir adoptando medidas para respetar, proteger y cumplir los derechos humanos (OMS, 2002, pág. 8).

Otro instrumento internacional relevante en cuanto al derecho a la salud es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), en cuyo artículo 12 obliga a los Estados parte a reconocer “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, así como a adoptar medidas para la alcanzar la:

Reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (ONU, 1966).

El Pacto va mucho más allá de la Declaración Universal, pues además de reconocer el derecho a la salud de las personas impone a los Estados la obligación de adoptar medidas concretas de índole preventiva y de creación de condiciones materiales para garantizar la atención sanitaria de las personas y hacer efectivo su derecho a la salud en los contextos laborales, educativos y con especial énfasis en las personas más vulnerables como los niños.

En el plano regional un instrumento de suma importancia en materia de derechos humanos es la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969), misma que aunque no reconoce expresamente el derecho a la salud de las personas como derecho fundamental, sí impone a los Estados parte la obligación de:

Adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura...en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (Barona, 2014, pág. 63).

Sin embargo, un instrumento regional sobre derechos humanos posterior a la Convención Americana de Derechos Humanos, como es el Protocolo Adicional Sobre Derechos Humanos, conocido comúnmente como Protocolo de San Salvador, desarrolló de manera sustancial el contenido de dicho derecho, pues define lo que debe entenderse por derecho a la salud, así como las obligaciones de los Estados para hacerlo efectivo.

El texto literal es el siguiente:

Artículo 10. Derecho a la salud 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de

la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables (OEA, 1988).

Con base tanto en el protocolo como en la Convención Americana, la CIDH se ha pronunciado varias ocasiones a través de su jurisprudencia, sobre el derecho a la salud de las personas, sobre el cual ha establecido como doctrina que:

En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud (Ximenes López VS Brasil, 2006, pág. 28).

También se ha pronunciado en casos concretos en que aparece involucrado el Estado ecuatoriano, como es el Caso Albán Cornejo y otros VS Ecuador (2007), donde estableció que:

Los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas (Caso Albán Cornejo y otros VS Ecuador, 2007, pág. 35).

Otros casos que involucran al Estado ecuatoriano en referencia al derecho a la salud son Caso Vera Vera y otra vs Ecuador (Caso Vera Vera y otra vs Ecuador, 2011) y Caso Suárez Peralta VS Ecuador (Caso Suárez Peralta vs Ecuador, 2013). En el primero la CIDH responsabilizó al Estado ecuatoriano por una atención médica negligente realizada en el cuartel de la policía donde fue atendida la persona reclamante (Caso Vera Vera y otra vs Ecuador, 2011, pág. 29), por lo cual no se hizo efectivo su derecho a la salud.

En el caso Suárez Peralta vs Ecuador la CIDH estableció que “el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención

a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención” (2013, pág. 38).

Un análisis de cada uno de los casos puede verse en el estudio Derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de Ricardo (Barona, 2014).

El derecho a la salud como derecho fundamental en el Ecuador

La salud es un derecho fundamental de las personas reconocido tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en la Constitución y las leyes ecuatorianas; sin embargo, al tratarse de un derecho básicamente prestacional su reconocimiento no basta para hacerlo efectivo, sino que es necesario que el Estado cree las condiciones materiales para hacerlo efectivo, y las garantías jurisdiccionales para reclamar legalmente ante su presunta violación.

En el caso ecuatoriano la satisfacción del derecho a la salud de las personas portadoras de VIH la creación y prestación de los servicios médicos necesarios como la entrega de los medicamentos de forma gratuita y de manera oportuna, pues de lo contrario se estarían violando sus derechos constitucionales y se pondría en riesgo su vida.

Normas constitucionales

El derecho a la salud está incluido en el capítulo de los derechos del buen vivir, es un derecho fundamental y como tal está incluido en la Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 32, y desarrollado en diferentes leyes que se relaciona directa o indirectamente con el tema, comenzando por la Ley Orgánica de Salud (Congreso Nacional, 2006) que establece como autoridad sanitaria nacional al Ministerio de Salud Pública, en su artículo.

El derecho a la salud está reconocido en el artículo 32 constitucional, para su mejor comprensión es pertinente distinguir entre el derecho en sí mismo, las obligaciones que asume el Estado para asegurar su goce efectivo a todas las personas y los principios que deben regir la prestación de los servicios de salud.

a)- Derecho en sí mismo:

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 (Asamblea Constituyente, 2008).

El derecho a la salud es un derecho complejo, en el sentido de que asegurarlo a sus titulares exige una actitud positiva, intervencionista y permanente por parte del Estado a través de las instituciones públicas que garanticen tanto los servicios médicos de calidad como el suministro de todos los insumos necesarios para ello, así como las políticas pública de prevención profilaxis que deben seguir las personas para cuidar de su propia salud.

Sin embargo, cuál sea el contenido y alcance del derecho a la salud no es fácil de precisar, pues:

La salud es mucho más que ausencia de enfermedad o tener acceso a la atención médica; es un derecho fundamental que toca todos los aspectos de la vida y por eso es tan importante entender la salud del modo más amplio posible en una sociedad en la que no se respeten los derechos fundamentales no puede haber bienestar físico, mental y social, o lo que es lo mismo, vida saludable para las personas que son las titulares del derecho (Cruz Roja Española, 2014, pág. 10).

En términos parecidos se ha expresado la Organización Mundial de la Salud, al precisar que:

Derecho a la salud significa que los gobiernos y las autoridades públicas han de establecer políticas y planes de acción destinados a que todas las personas tengan acceso a la atención de salud en el plazo más breve posible. Lograr que eso ocurra es el reto al que tienen que hacer frente tanto la comunidad encargada de proteger los derechos humanos como los profesionales de la salud pública (OMS, 2002, pág. 7).

También el derecho a la salud ha sido objeto de interpretación por el Comité de Derechos Económicos y Sociales de la ONU, y por la CIDH, pues si bien el derecho a la salud está reconocido tanto en los instrumentos internacionales de

derechos humanos como en la mayoría de las constituciones actuales, su contenido y alcance debe ser precisado por vía de la interpretación.

Según el referido Comité de la ONU,

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano...entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud (ONU-CES, 2000, pág. 3).

Por su parte la CIDH como intérprete de la Convención Americana de Derechos humanos ha sentado su doctrina al respecto, y en su interpretación ha señalado que “la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación” (Caso Suárez Peralta vs Ecuador, 2013, pág. 38).

Como puede apreciarse en las citas transcritas, el derecho a la salud supone un conjunto de prerrogativas y obligaciones, libertades y responsabilidades tanto de las personas como del Estado, y sobre este último pesa además la obligación de crear las condiciones materiales, institucionales, sanitarias y de servicios para que tal derecho sea efectivo respecto de sus titulares, pues de lo contrario estaría violando tanto sus obligaciones internacionales como aquellas que le impone la propia Constitución.

Esta apreciación está prevista también en el artículo 32 del texto constitucional, donde por una parte se prevén las obligaciones del Estado para hacer efectivo el derecho a la salud, y por otra los principios en base a los cuales deben ser prestados tales servicios. Entre las obligaciones se encuentra garantizar el derecho a la salud “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” (Asamblea Constituyente, 2008).

Para hacer efectivo ese derecho fundamental reconocido a todas las personas el Estado debe guiarse por los principios de “equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional” (Asamblea Constituyente, 2008), conforme se prevé en el propio artículo 32.

Pues bien, tanto las obligaciones del Estado como la aplicación de los principios que deben cumplirse para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud deben realizarse a través del Sistema Nacional de Salud previsto en los artículos 358 al 366 del propio texto constitucional, en los que se detalla cada una de las formas de actuación de las instituciones públicas, su finalidad y las entidades autorizadas a prestar servicios de salud (entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias).

Un principio importante en la materia es la obligación, prevista en el artículo 365 del texto constitucional, de que por ningún motivo los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia, así como las previsiones presupuestarias que deben destinarse a la salud pública, cuyo financiamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado, debiéndose financiar a través del presupuesto estatal las instituciones estatales de salud, con la posibilidad de 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 (Asamblea Constituyente, 2008).

El derecho a la salud de las personas de atención prioritaria y enfermedades catastróficas

Como se ha visto, el derecho a la salud está reconocido a nivel constitucional, donde se establecen tanto su contenido y alcance general como los principios por los que debe regirse el sistema nacional de salud, mismos que han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Salud; sin embargo, es bien sabido que

los derechos fundamentales deben adaptarse a las necesidades de las personas y sus expectativas, especialmente de aquellas que requieren tratos o atenciones especiales en razón de sus circunstancias personales.

Es lo que sucede con el grupo de las personas de atención prioritaria, previsto en el artículo 35 del texto constitucional, dentro de las que se encuentran aquellas que padecen enfermedades catastróficas o de alta complejidad, mismas que recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. Respecto a tales personas, el Estado ecuatoriano se obliga, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del texto constitucional, a garantizarles la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente (Asamblea Constituyente, 2008).

Para comprender el sentido y alcance de tales normas, es preciso conocer cuáles son las enfermedades catastróficas, sus características y su incidencia en la salud de las personas que la padecen, su entorno familiar y el sistema de salud.

En primer lugar se trata de “enfermedades de baja incidencia y alto costo por lo cual las denominamos catastróficas,” (Tobar, 2014, pág. 16). Según el propio autor, son un tipo de enfermedad con alto grado de complejidad en diferentes planos:

El clínico: en muchas ocasiones hay incertidumbre sobre las modalidades de abordaje. El económico: los importantes costos que involucran su diagnóstico y atención comprometen la sostenibilidad de los tratamientos y repercuten sobre las finanzas de quienes deben pagar. El ético: la diseminación del uso de nuevas tecnologías terapéuticas puede resultar más acelerada que la generación de evidencias confiables sobre su seguridad y beneficios terapéuticos, lo que a menudo convierte al paciente en un conejillo de indias sobre el cual se ponen a prueba tratamientos sin la evidencia científica necesaria. El distributivo: los sistemas de salud se hacen cargo de financiar los tratamientos, concentran una gran parte de sus recursos sobre unos pocos pacientes que, desafortunadamente, tienen poca o ninguna probabilidad de sanar (Tobar, 2014, págs. 13-14).

Sus características esenciales residen en que representan un alto costo económico, generan severos daños en la salud de quienes la padecen, registran bajo impacto en la carga de enfermedad, su financiación desde el presupuesto de los

hogares resulta insustentable, presentan una curva de gastos diferente a las enfermedades comunes, la mayor parte del gasto se destina a medicamentos, su cobertura es definida por vía judicial, la protección social de la población frente a las enfermedades catastróficas plantea dilemas de puja distributiva en la financiación sanitaria (Tobar, 2014, págs. 13-14).

A partir de esos criterios se puede apreciar la importancia de que sea el Estado y no el paciente o la propia persona quien asuma los costos de tratamientos y medicinas que requieren las personas afectadas, tal como se prevé en la legislación ecuatoriana vigente, misma que cuando no se cumple efectivamente abre para las personas afectadas al posibilidad de recurrir a la vía judicial en busca de protección a sus derechos.

La expresión normativa de las enfermedades catastróficas en el Ecuador se encuentra en el Acuerdo Ministerial 1829. Inclusión de enfermedades raras para bono Joaquín Gallegos Lara, cuyo artículo 1 establece lo siguiente:

Se considerarán enfermedades catastróficas, raras y huérfanas, las que cumplan las siguientes definiciones. Enfermedades catastróficas: Son aquellas patologías de curso crónico que suponen un alto riesgo para la vida de la persona, cuyo tratamiento es de alto costo económico e impacto social y que por ser de carácter prolongado o permanente pueda ser susceptible de programación. Generalmente cuentan con escasa o nula cobertura por parte de las aseguradoras. Criterios de inclusión para las enfermedades catastróficas. Que impliquen un riesgo alto para la vida; Que sea una enfermedad crónica y por lo tanto que su atención no sea emergente; Que su tratamiento pueda ser programado; Que el valor promedio de su tratamiento mensual sea mayor al valor de una canasta familiar vital, publicada mensualmente por el INEC; y, Que su tratamiento o intervención no puedan ser cubiertos, total o parcialmente, en los hospitales públicos o en otras instituciones del Estado ecuatoriano, lo cual definirá el Ministerio de Salud Pública (Ministerio de Salud Pública, 2012).

Pues bien, las personas que padecen ese tipo de enfermedades se encuentran entre los grupos de atención prioritaria; el concepto de vulnerabilidad se aplica a

aquellos sectores o grupos de la población que por su condición de edad, sexo, estado civil y origen étnico se encuentran en condición de riesgo que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores condiciones de bienestar.

Los organismos internacionales han buscado definir qué personas pertenecen a los grupos de atención prioritaria, con el fin de garantizar derechos inherentes al ser humano como el derecho a la vida, derecho a la educación, derecho a una vida digna y de manera en especial garantizar el derecho a la salud a las personas portadoras de VIH, ya que por ser considerados como grupos de atención prioritaria y gozar de doble vulnerabilidad este grupo tendrá una atención preferente por parte del Estado garantizando una atención en el sistema de salud de óptima calidad (Poveda, Carrillo, Carrillo, & Mackay, 2017).

En el epígrafe siguiente se analizan los derechos particulares de las personas portadoras de VIH como grupo vulnerable de atención prioritaria, así como las obligaciones concretas que recaen sobre el Estado ecuatoriano como garante del derecho a la salud de todas las personas.

El derecho a la salud de las personas portadoras del VIH en el Ecuador

Con independencia de que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se rigen en su ejercicio y aplicación por el principio de igualdad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2, en el caso de grupos vulnerable o de atención prioritaria la propia norma constitucional autoriza que se apliquen políticas de acción afirmativa, a través de las cuales asegurar un ejercicio más efectivo de los derechos de las referidas personas.

Por tal razón, la atención médica para todas las personas debe estar enmarcada en un principio de igualdad, no discriminación y de buen trato a todos y todas, especialmente a quienes son portadoras de VIH, garantizando un acceso eficiente y de óptima calidad tanto a los servicios públicos como a los medicamentos y tratamientos necesarios para atenderse su enfermedad.

Del contenido del artículo 67 de la Ley Orgánica de Salud (Congreso Nacional, 2006) se deduce que las personas portadoras del VIH en el Ecuador se encuentran blindadas, protegidas, salvaguardadas por una norma de rango

constitucional que dicho artículo desarrolla, pues dispone la atención prioritaria y gratuita de las personas con enfermedades catastróficas, lo que supone la obligación del Estado de adoptar diferentes medidas para hacer efectivos esos derechos.

Sin embargo, esos derechos, a juzgar por la opinión de algunas de las personas sujetas al régimen de atención prioritaria y reportajes de diversos medios de comunicación nacionales (Ecuavisa, 2019) (El Comercio, 2019), se encuentra solo en letra de la ley, lo que puede acreditarse además con la existencia de varias de acciones jurisdiccionales presentadas contra las instituciones de salud del Estado (Trujillo, 2019), por el no cumplimiento del derecho a la salud de las personas portadoras del VIH, infringiendo las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La violación del derecho a la salud de las personas portadoras de VIH, que por tal razón pertenecen al grupo de atención prioritaria, ya que padecen una enfermedad catastrófica, se puede dar en dos sumersiones distintas: la infracción del literal del artículo 67 de la Ley Orgánica de Salud acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud) o la negativa de acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, especialmente cuando no reciben de forma gratuita y oportuna los medicamentos o los servicios especializados que requieren (Congreso Nacional, 2006).

Cuando alguna de esas normas legales, o las dos, son desconocidas por las instituciones del sistema de salud pública, surge para la persona afectada con la enfermedad catastrófica, particularmente el VIH, el derecho a recurrir a la vía judicial para hacer efectivos sus derechos, ya sea a través de la acción de protección o la acción extraordinaria de protección, solicitando medidas cautelares o de reparación en dependencia de las circunstancias del caso.

Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación

La discriminación es un fenómeno social que afecta a diversos grupos de personas, o a sus integrantes individualmente considerados, y se puede manifestar a través del trato, las palabras, las actitudes o la omisión de deberes para con las personas consideradas vulnerables, pues como afirma acertadamente Héctor Islas

Azaïs, “el lenguaje de la discriminación se alimenta de la carne y la sangre de personas puestas históricamente en situación de vulnerabilidad” (Islas, 2005, pág. 5).

En la Constitución de 2008 la igualdad tiene al menos dos connotaciones distintas, pues en ocasiones es considerada un principio rector para el ejercicio de los derechos, y en su desarrollo concreto es un derecho de las personas; la distinción es importante porque en ambos casos admite ciertas restricciones al principio, en virtud del principio de acción afirmativa que también afecta a la igualdad como derecho o como principio general.

Como principio general la igualdad está prevista en el artículo 11.2 constitucional, donde se declara como principio que “todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Asamblea Constituyente, 2008). Lo contrario de la igualdad es la discriminación de las personas por cualquier motivo, y en tanto violación de ese principio cardinal de Estado de Derecho está proscrita en el texto constitucional, en una enumeración que no constituye numerus clausus, pues además de las expresamente señaladas el juzgador podrá determinar otras causas que generan discriminación, y prohibirlas.

Las razones concretas por las que el texto constitucional prohíbe la discriminación son las siguientes: etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, entre las causas genéricas que deben ser interpretadas por el legislador o el juez se encuentran las siguientes: cualquier distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

Aquí el criterio para determinar si hay discriminación o trato discriminatorio es el objeto o resultado de la acción u omisión: habrá trato discriminatorio cuando tenga por objeto o resultado la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales, excepto en los casos de acción afirmativa.

La propia norma constitucional dispone que las personas que incurran en algún tipo de discriminación, ya sea de obra o de palabras, en contextos públicos o

privados, serán sancionadas conforme a la ley; para determinar al alcance de esas sanciones es preciso remitirse al Código Orgánico Integral Penal, mismo que tipifica como delito la discriminación en su artículo 176, en los términos siguientes:

Discriminación. La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (Asamblea Nacional, 2014).

La única justificación legal para omitir el principio de igualdad o dar trato preferente a un grupo de personas o a individuos particulares es que con ello se garantice una mejor protección de las personas o grupos vulnerables o históricamente discriminados, trato distinto que autoriza el propio artículo 11.2 constitucional, al señalar que “el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Asamblea Constituyente, 2008).

Entre esas personas que deben recibir un trato distinto, diferenciando y desigual, en sentido positivo respecto de la mayoría, se encuentran las personas con enfermedades catastróficas, y para el caso del presente estudio las personas portadoras de VIH, reconocida como una causa de discriminación y por tanto prohibida expresamente en la Constitución.

Por otra parte, la Constitución establece la igualdad como un derecho en su artículo 66.4 mismo que dice: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Asamblea Constituyente, 2008), al reconocer y garantizar a toda persona el derecho a la igualdad y a no ser discriminados ni discriminadas por ningún motivo.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 11.2, aquí la igualdad es un derecho subjetivo de las personas que se expresa en dos dimensiones distintas: igualdad formal, es decir igualdad en la ley (la ley no puede establecer distinciones que vulneren el derecho a la igualdad), e igualdad ante la ley (al aplicar la ley se debe dar el mismo trato a todas las personas, y su aplicación debe ser uniforme) (Seco, 2017).

Respecto de este derecho subjetivo aplica lo dicho respecto a la discriminación, que constituye un delito cuando no se justifica en alguna medida de acción afirmativa dispuesta para corregir la discriminación tradicional del que han sido víctima las personas o grupos de personas vulnerables.

Desde el punto de vista de la legislación infra constitucional debe considerarse relevante el ya citado Código Orgánico Integral Penal que dispone en su artículo 5.5 la igualdad como principio procesal, en virtud del cual:

Es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad (Asamblea Nacional, 2014).

En el plano internacional el derecho a la igualdad tiene amplio reconocimiento; así la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7 dispone que: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

De igual manera la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 1 que:

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

o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (OEA, 1969).

También el Pacto de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la ONU en 1966 establece la igualdad entre todas las personas y prohíbe la discriminación por cualquier motivo, en los términos previstos en su artículo 26:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (ONU, 1966).

En ese contexto normativo internacional y nacional, donde la igualdad es una regla del trato entre las personas, cabe preguntarse cuáles son las razones por las cuales determinadas personas o grupos de personas deben ser beneficiadas con un trato preferencial o diferenciado respecto a los demás, cuando el principio de igualdad, que es además un derecho subjetivo, prescribe lo contrario, es decir exige igualdad de consideración y trato en el plano formal y material.

La razón, una de las razones, está precisamente en asegurar el goce efectivo de los derechos de esas personas o grupos tradicionalmente discriminados, o que por su situación actual se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y no pueden ejercer de manera efectiva sus derechos si no es a condición de recibir un trato diferenciado, positivo, de las instituciones públicas, ya que no se encuentran en igualdad de condiciones materiales respecto a la sociedad en general.

Precisamente la acción afirmativa o discriminación inversa tienen ese objetivo, reducir la desigualdad (Begné, 2012) y asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas o grupos tradicionalmente marginados y discriminados o actualmente en situación de vulnerabilidad (Barrere, 1998), como es el caso de las personas portadoras del VIH objeto de la presente investigación.

El artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación (ONU, 1965), se encuentra que la discriminación positiva o la acción afirmativa, que se produce cuando se observa las diferencias y

se favorece a un grupo de individuos y se resta importancia a los derechos de otros, en cambio la discriminación negativa se concreta cuando se realiza un perjuicio, una valoración previa que contradiga las observaciones científicas o las disposiciones legales con el afán de causar perjuicio a otro.

En síntesis, de lo dicho se puede colegir que los Estados están en la obligación de garantizar la protección igualitaria y la consecuente no discriminación consagrada en los textos constitucionales como principio básico y como un derecho fundamental ratificado en instrumentos internacionales, por lo que resulta un compromiso mundial de respetar y garantizar efectivamente los derechos humanos que se fundan en aquel principio de igualdad y no discriminación para quienes son portadores del VIH.

Vulneración al derecho a la salud por falta de medicamentos para personas de atención prioritaria portadoras de VIH en el Ecuador

El reconocimiento de un derecho presupone lógicamente su violación por terceras personas, pues de lo contrario no sería preciso tal reconocimiento a través de la ley. La violación del derecho se configura cuando es incumplida alguna de las exigencias previstas en la norma jurídica, o cuando se deduce de los principios de conformidad con los cuales deben ser aplicados o garantizados por parte de las autoridades competentes.

En el caso del derecho a la salud de las personas con enfermedades catastróficas, además de las exigencias generales que se derivan de su derecho a la salud reconocido a nivel constitucional para todas las personas, tanto la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008) como la Ley Orgánica de la Salud (Congreso Nacional, 2006) establecen su derecho a atención prioritaria en salud como la entrega gratuita de los medicamentos, pues al tratarse de enfermedades catastróficas el paciente o su familia por lo general no están en condiciones de cubrir los gastos que supone el tratamiento permanente que requieren.

Reduciendo el espectro de la investigación a las personas portadoras del VIH uno de los problemas que denuncian con frecuencia en los medios de comunicación es la falta de medicamentos o su entrega tardía o extemporánea (El Comercio, 2019), como puede apreciarse en diferentes reportes de la prensa

nacional, que dan cuenta de las demandas de las personas portadoras del VIH y los reclamos por incumpliendo de su derecho a la salud por parte del Estado.

En tal sentido es un hecho que los grupos de atención prioritaria han sido sujetos constantes de vulneración de derechos humanos, de ahí que las altas cortes han visto la necesidad de reivindicar sus derechos a través de sus sentencias, pues debido a la falta de atención por parte del Estado y sus agentes estatales, los magistrados han obligados a reconocer derechos fundamentales y derechos constitucionales en sus diferentes fallos a favor de las personas de atención prioritaria y personas con enfermedades catastróficas dentro de ellos personas portadoras de VIH (Ecuavisa, 2019).

El derecho a la salud de las personas de atención prioritaria y de manera en especial las personas que poseen enfermedades catastróficas ha sido el grupo social que más procesos judiciales ha iniciado en contra del Estado por cuanto (Acevedo & Valenti, 2017), el mismo no ha cumplido con su obligación de garantizar este derecho constitucional; de ahí que quienes padecen enfermedades catastróficas han visto la necesidad imperiosa de iniciar recursos constitucionales para que su derecho sea atendido de manera rápida, eficaz y oportuna, ya que una persona que no posee un estado de salud de óptimas condiciones no podría ser beneficiario de derechos conexos a su estado de salud.

El más afectado es siempre el derecho a recibir los medicamentos de forma gratuita y oportuna; la falta de medicamentos por parte del sistema de salud pública para personas portadoras de VIH, ha causado que este grupo impulse el ejercicio de sus derechos garantizados en la Constitución vigente, en base a lo dispuesto en su artículo 50 donde se establece su derecho “a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente”, mismo que con frecuencias es violado por el Estado a no dotarlos de los insumos necesarios, con merma en su calidad de vida y exponiéndoles incluso a la muerte.

Según el portal Web del diario el Comercio da a conocer que en el Ecuador hay 22 fármacos para estos pacientes, fármacos que van desde medicinas básicas o llamadas de primera línea, con ocho fórmulas; siete de segunda; y tres de tercera, el tratamiento más fuerte, el resto (cuatro) son los denominados PTMI, para prevenir la transmisión materno-infantil, para su adquisición, el Estado invirtió el

año pasado USD 10,1 millones; superior a lo reportado en el 2017, cuando fueron 6,4 millones, según dijo en marzo el Ministerio de Salud (Heredia, 2019).

Por su parte Danilo Manzano activista por los derechos de las diversidades sexuales en el propio reportaje citado hizo pública la falta de fármacos que existen en las diferentes casas de salud para quienes son portadores del VIH indicando que el Estado ecuatoriano a través del Seguro Social debe tener los medicamentos e insumos necesarios para los pacientes con VIH en su farmacias a fin de entregar la cantidad y dosis necesaria a quienes son portadores de VIH y que de no ser así estaría el Estado cometiendo una violación al derecho a la salud de las personas portadoras de VIH (Heredia, 2019).

Señaló asimismo que en su opinión no se pueden seguir dando los desabastecimientos de medicinas para los portadores de VIH, pues son vidas humanas las que están en juego por falta de medicamentos, de ahí que sería un acto discriminatorio el solo pensar que estos hechos se repitan, y que las farmacias de los hospitales de salud pública no cuenten con las suficientes medicinas para los grupos de atención prioritaria, pues la falta de medicinas y la falta de reactivos para elaborar la prueba de CD4 en la actualidad no permite conocer cifras exactas de cuantas personas son portadoras de VIH/ vulnerado de este modo el derecho a la salud (Heredia, 2019).

El Estado ecuatoriano a través del Ministerio de Salud Pública ha manifestado que este problema del desabastecimiento de medicinas no solo depende de esta institución estatal que el problema va más allá y que se debe a tres razones: demoras en la entrega de las medicinas por parte de los proveedores, falta de cotización de productos y largos procesos de contratación, que son problemas que no está en manos del Estado sino del sistema de contratación pública para la adquisición de los medicamentos pero que se busca brindar soluciones (Ecuadorinmediato, 2019).

El Estado, a fin de garantizar el derecho a la salud, ha creado una forma de adquirir de una forma más rápida y eficaz los medicamentos para personas portadoras de VIH, por lo que se ha optado realizar compras por ínfima cuantía que se trata de una figura de contratación que tiene un techo de compra no mayor a USD 7 000 dólares para tratar de adquirir los medicamentos que para la presente fecha

no abastece a quienes son portadores del VIH/SIDA por cuanto el número de pacientes con VIH aumentó. En el 2018 hubo 311 pacientes nuevos y los cuatro primeros meses del 2019 ya hay 103 más (Ecuadorinmediato, 2019).

Lo reportes de prensa citados son suficientes para acreditar que en el país es frecuente la violación del derecho a la salud de las personas portadoras del VIH, principalmente en la modalidad de entrega tardía o no entrega de los medicamentos requeridos para mantener su enfermedad bajo control; el incumplimiento en las entregas de los medicamentos no solo afecta su calidad de vida y su derecho al buen vivir, sino que pone en riesgo su derecho a la vida por cuanto ello depende de tales medicamentos que por disposición constitucional se les deben entregar de forma gratuita, eficaz y oportuna.

Garantías jurisdiccionales que protegen el Derecho Constitucional a la salud

El goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana y las leyes complementarias no solo depende de la buena voluntad de los destinatarios de las obligaciones que impone, sino de la existencia de normas que los obliguen a ello, así como de mecanismos legales que puedan utilizar los titulares de tales derechos cuando son vulnerados o se impide su ejercicio por acciones u omisiones públicas o privadas (Ferrajoli, 2006).

Ante casos de violación o desconocimiento de los derechos, es el propio ordenamiento jurídico quien dispone los mecanismos que pueden utilizar la persona afectada para hacer valer sus derechos, mismos que en la ciencia jurídica reciben el nombre de garantías y cuya función es precisamente otorgar mecanismos legales para asegurar el respeto a los derechos, prevenir su violación o detener violaciones en curso a través de la intervención oportuna de los poderes públicos (Stornini, 2010).

Por lo general se habla de tres tipos de garantías básicas respecto de los derechos fundamentales: las garantías jurisdiccionales, garantías administrativas y las garantías sociales. En este estudio interesan las primeras, es decir las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución ecuatoriana para que las personas

puedan acudir a las instituciones judiciales del país en busca de protección a sus derechos.

Previamente es importante señalar que el texto constitucional vigente establece diferentes garantías con el propósito de garantizar el goce efectivo de los derechos que reconoce a todas las personas o grupos, como son la acción de protección, el habeas corpus, el habeas data, el acceso a la información pública, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección (Cordero & Yépez, 2015).

De las garantías mencionadas interesa analizar brevemente la acción de protección y la acción extraordinaria de protección, pues fueron las utilizadas en la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional (2016) objeto de la presente investigación. Es importante señalar que cada una tiene un objetivo distinto, procede ante órganos jurisdiccionales distintos, aunque su finalidad es similar: garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Tabla 3. Comparación de la acción de protección y la acción extraordinaria de protección

Criterios	Acción de protección	Acción extraordinaria de protección
Texto constitucional	Artículo 88. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.	Artículo 94. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.
Objetivo	Amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución	Garantizar los derechos fundamentales ante violaciones por acción u omisión en sentencias o autos definitivos.
Procede...	1-Cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.	1-Contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

	2-Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales. 3-Cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.	2-Cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.
Se interpone ante...	Juezas y jueces de primer nivel (artículo 167 de la LOGJCC).	La Corte Constitucional
Ley aplicable	LOGJCC	LOGJCC

Elaborado por: Byron Geovanny Martínez Guamán.

Fuente: Constitución de la República del Ecuador, 2008 y LOGJCC.

Como puede apreciarse, aunque la acción de protección y la acción extraordinaria de protección cumplen una misma finalidad de asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas, es importante tener en cuenta sus diferencias en cuanto a objetivos, circunstancias en las que procede y órgano jurisdiccional ante el que se debe interponer para que cumplan sus funciones adecuadamente.

Sin embargo, las dos garantías están sujetas a lo dispuesto en el artículo 86 del texto constitucional, donde se establecen los principios que deben conservarse en su tramitación:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.
2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:
 - a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.
 - b) Serán hábiles todos los días y horas.
 - c) Podrán ser propuestas

oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia (Asamblea Constituyente, 2008).

Todos esos principios deben cumplirse tanto en la jurisdicción ordinaria donde procede la acción de protección, como en la jurisdicción constitucional donde procede la acción extraordinaria de protección, y en ambos casos es obligatorio atenerse a las disposiciones de la LOGJCC donde se desarrollan las dos garantías.

Adicionalmente, en el caso de la acción de protección debe observarse y cumplirse el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial en el que se establece la obligación de juezas y jueces de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa

calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido (Asamblea Nacional, 2009).

Por su parte, en la tramitación de la acción extraordinaria de protección deben observarse las disposiciones de la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009), pues se trata de una acción de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, misma que debe regirse por los principios específicos previstos en su artículo 4 como son el debido proceso, la aplicación directa de la Constitución, la gratuidad de la justicia constitucional, el inicio por demanda de parte, el impulso de oficio, la concentración, la celeridad, el saneamiento de las formalidades no esenciales, la publicidad la subsidiariedad, además de lo dispuesto en el artículo 8 que exige un procedimiento sencillo, rápido y eficaz y la oralidad en todas sus fases.

En cualquier caso, sin importar el derecho concreto objeto de la controversia judicial, deben observarse los principios y regla del debido proceso, así como garantizarse la tutela judicial expedita e imparcial de los derechos del accionante, pues como se verá en el análisis de la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional (2016) lo que se discute no es el derecho a la salud de la persona portadora de VIH a recibir sus medicamentos, sino la actuación del tribunal que conoció de la acción de protección donde se presume la violación de derecho al debido proceso en su exigencia de motivación, así como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Capítulo dos

Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación al derecho a la salud de las personas portadoras del VIH

La jurisprudencia como fuente de derechos constitucional de grupos de atención prioritaria

El tema de las fuentes del Derecho ha sido ampliamente discutido en la teoría del Derecho, pues se trata de definir criterios para identificar de dónde emana el Derecho o qué normas son obligatorias y cuáles no, a partir de su origen.

Por ejemplo, es evidente que la ley es fuente primordial del Derecho, pues en ellas en la función legislativa o en general los poderes públicos con potestad para dictar disposiciones jurídicas de alcance general establecen los derechos y obligaciones de las personas, así como las infracciones en que puedan incurrir y las sanciones aplicables.

Pero cuando se trata de fuentes distintas a la ley las opiniones aparecen divididas, pues no existe acuerdo en que los principios generales del Derecho, la jurisprudencia o la costumbre sean fuentes del Derecho, a menos que expresamente así lo disponga el ordenamiento jurídico de manera expresa (Mouchet & Zorraquín, 2012, págs. 193-240).

Limitándonos aquí a la jurisprudencia, puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que emana de las sentencias dictadas por los tribunales. Los fallos que interpretan en determinado sentido una ley, los que la definen o precisan, los que complementan sus lagunas, constituyen, en efecto, precedentes que inspiran tanto a los obligados a cumplir el derecho como a los mismos jueces, que en lo sucesivo han de guiarse

seguramente por los fallos anteriores (Mouchet & Zorraquín, 2012, pág. 232).

Otra definición la señala como “conjunto de principios, doctrinas, contenidas en las decisiones de ciertos tribunales. La jurisprudencia puede ser: interpretativas, cumple con la función de interpretar a la ley. Integradoras, su función es de cubrir las lagunas que pudieran existir en las leyes” (Reyes, 2012, pág. 35).

Como tal la jurisprudencia debe “buscarse en las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado, y se manifiesta como una repetición, como una forma habitual o uniforme de pronunciarse, forma que denota influencia de unos fallos sobre otros” (Antinori, 2006, pág. 40).

A partir de esos presupuestos teóricos se puede entrar en el estudio de la jurisprudencia como fuente del Derecho en el Ecuador y su incidencia en los derechos de las personas, para lo que es preciso remitirse al texto constitucional vigente, mismo que en su artículo 11.8 dispone que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”. (Asamblea Constituyente, 2008),

De ese precepto constitucional se puede deducir que en el Ecuador la jurisprudencia es fuente del Derecho, pues es uno de los medios reconocidos constitucionalmente para el desarrollo del contenido de los derechos fundamentales.

También se puede deducir el carácter de fuente del Derecho que tiene la jurisprudencia a partir de las funciones de la Corte Nacional de Justicia previstas en el artículo 184, una de las cuales es “desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración” (Asamblea Constituyente, 2008); una vez sentado como jurisprudencia un fallo reiterado por la Corte Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85, “para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala” (Asamblea Constituyente, 2008).

En síntesis, se puede afirmar que en el Ecuador la jurisprudencia de la Corte Nacional tiene carácter de fuente del Derecho, pues así está reconocida como

tal; sin embargo, no se trata de cualquier decisión judicial, sino de aquella que se ha expresado en al menos tres fallos reiterando la misma doctrina, misma que una vez sentada como jurisprudencia es obligatoria tanto para la propia Corte Nacional, que debe seguir los criterios establecidos en el artículo 185 constitucional para modificarla o eliminarla, como para el resto de los tribunales que integran la función judicial en la jurisdicción ordinaria.

El rol de la Corte Constitucional como garantista de los derechos fundamentales

Lo dicho respecto a la jurisprudencia como fuente de Derecho a través de los fallos de triple reiteración se aplica solo a la justicia ordinaria, pues la jurisdicción constitucional cuenta con sus propios principios de funcionamiento y su ley procesal particular, aunque comparte con la jurisdicción ordinaria las normas que regulan la acción de protección, así como la facultad de desarrollar el contenido de los derechos a través de su jurisprudencia.

Sin embargo, respecto a las garantías de los derechos fundamentales la Corte Constitucional tiene una posición preeminente, pues es la propia Constitución quien le atribuye expresamente esa función, como se establece en el artículo 429 “la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia constitucional” (Asamblea Constituyente, 2008).

Para hacer efectiva esa posición preeminente de protección de los derechos fundamentales, la Corte ejerce jurisdicción nacional, y tiene como una de sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 436 constitucional “ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante” (Asamblea Constituyente, 2008).

Asimismo corresponde a la Corte Constitucional conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que

una o varias de ellas son contrarias a la Constitución, conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública y expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión (Asamblea Constituyente, 2008).

De esta última función de expedir sentencias vinculantes se desprende el carácter de fuente de Derecho que tienen sus decisiones, mismas que tienen efecto erga omnes, es decir, que son de obligatorio cumplimiento para las personas públicas y privadas, naturales o jurídicas en todo el territorio nacional a donde se extiende su jurisdicción.

Las funciones atribuidas a la Corte Constitucional la confiaran como el garante por excelencia de los derechos fundamentales, pues le corresponde revisar tanto las leyes y resoluciones de los poderes públicos de alcance general como sus decisiones particulares cuando afecten derechos fundamentales, actuando en este último caso siempre a instancia de parte.

Sin embargo, esa función garantista de los derechos fundamentales atribuida a la jurisdicción no las ejerce únicamente la Corte Constitucional, pues en el caso de la acción de protección como se vio en su momento, corresponde tramitarla y resolverla a las juezas y jueces de la jurisdicción ordinaria, particularmente a las juezas y jueces de primer nivel como se prevé en el artículo 167 de la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009).

En el caso objeto de estudio de la presente investigación se podrá apreciar todo el proceso, pues la jueza de primer nivel negó la acción de protección que luego fue aprobada por la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección interpuesta por el accionante.

Análisis de la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional. Cuestiones preliminares

En este apartado se analiza la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional desde dos puntos de vista distintos. En primer lugar las cuestiones preliminares que se relacionan con la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la acción, su interpretación de la finalidad de la acción extraordinaria de protección y los antecedentes de hecho y de Derecho en que se sustenta la demanda.

Se trata de cuestiones formales que deben estar presentes en cada sentencia de la Corte y que no generan mayores problemas de interpretación o aplicación, pues solo se debe acreditar cada uno de esos extremos de conformidad con lo dispuesto en la constitución y en la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009).

Antes de entrar en ese análisis conviene presentar una cronología de la sentencia objeto de estudio, desde la acción de protección recurrida hasta la sentencia de la propia Corte Constitucional.

Línea de tiempo del proceso

Fecha	Diligencia
22 de agosto de 2014 a las 16:54	Jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito negó la petición de medidas cautelares solicitadas por el referido accionante.
10 de septiembre 2014	Presentación de la acción extraordinaria de protección ante la CCE.
16 de septiembre de 2014	Secretario de la CCE certifica que en relación a la acción extraordinaria de protección N.º 1470-14-EP, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.
8 de octubre de 2014 a las 13:18	La Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la acción extraordinaria de protección.
30 de octubre de 2014	Por el sorteo realizado correspondió la sustanciación de la causa a la Jueza Constitucional Tatiana Ordeñana Sierra.
2 de diciembre de 2014 a las 10:10	Se constata que la Jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito no ha dado

	contestación a los argumentos expuestos en la demanda contentiva de la acción extraordinaria de protección.
16 de diciembre de 2014, a las 09:00.	Audiencia pública.
15 de noviembre de 2016	La CCE expide la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP.

Elaborado por: Byron Geovanny Martínez Guamán.
Fuente: (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016).

Resumen de Admisibilidad

El resumen de admisibilidad de la sentencia de la Corte Constitucional incluye los aspectos preliminares que se consideran a continuación, mismos que son el análisis de la decisión impugnada, los argumentos planteados en la demanda de acción extraordinaria de protección, los derechos constitucionales presuntamente violados, los argumentos de la pretensión, los de la contestación a la demanda y la convocatoria a audiencia pública.

Análisis de la decisión impugnada

Un análisis de los principales aspectos de la decisión impugnada se presenta a continuación, donde se relacionan las pretensiones concretas del demandante con los argumentos expuestos por la Jueza para negarla.

Pretensiones del demandado:

- Que se le entreguen inmediatamente los medicamentos identificados en la demanda, esto es el medicamento Efavirenz, que debía ser entregado en su cita médica que tuvo el jueves 14 de agosto pasado.
- Que, en lo posterior se le entreguen puntualmente los medicamentos antirretrovirales identificados en el presente libelo de petición de medidas cautelares.

- Que se entreguen los medicamentos antirretrovirales a todos los afiliados con VIH que se les haya prescrito tomarlos, de acuerdo a la receta médica prescrita a cada paciente;

- Que se realicen las adquisiciones de dichos medicamentos de una manera previsiva, sin esperar que estos se acaben o estén a punto de agotarse para recién iniciar el proceso de adquisición; y, de este modo, evitar los desabastecimientos de antirretrovirales.

- Que, de conformidad con el artículo 34 de la LOGJCC se delegue a la Defensoría del Pueblo la supervisión de las medidas cautelares que se dispongan.

Frente a esas pretensiones, que fueron denegadas, la Jueza alegó lo siguiente:

- Las medidas cautelares ya dejarían de ser precisamente cautelares para convertirse en medidas de reparación que, claro deben ser adoptadas u ordenadas dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales, porque las medidas cautelares tienen por objeto prevenir y no reparar.

- Si el Juez Constitucional concede las medidas cautelares estaría prejuzgando y estableciendo en el auto que otorga la medida cautelar que cese la violación de derecho, lo que considero no es correcto, dado que la violación de derechos se declara en sentencia.

- Las medidas cautelares pretendidas por el accionante, no se encasillan dentro de lo establecido en el artículo 26 de la LOGJCC.

- Lo que se busca es remediar el supuesto daño causado, lo que contraría en esencia con la finalidad de estas medidas, ya que para este propósito la Constitución ha previsto de la acción de protección, que procede cuando un derecho que si existe, haya sido vulnerado, es una acción declarativa y reparadora.

- Se determina que la vía no es la adecuada conforme a las pretensiones del accionante.

- De las pretensiones del accionante la juzgadora no podría llegar a establecer una posible temporalidad de lo solicitado, por lo cual no se cumpliría con los presupuestos fácticos establecidos en la norma del artículo 33 de la LGJCC en su inciso tercero.

- La acción presentada es un asunto que está sometido a otra garantía constitucional, por más que el legitimado activo se esfuerza por conectar sus pretensiones con los presupuestos de una medida cautelar sin lograrlo, pues lo que pretende es remediar a su criterio ciertas vulneraciones de derechos constitucionales.
- El accionante no explica ni expone claramente una relación circunstanciada de los hechos, sustentada con los elementos probatorios que demuestren la existencia de los elementos componentes y esenciales de la acción constitucional de medida cautelar.
- No se cumple con los requisitos de procedencia establecidos en la legislación para este tipo de garantía constitucional, y concederla de esta forma, sería un desacierto que altera la esencia y propósito de la justicia constitucional consagrada en el artículo 87 de la CE (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016).

Argumentos planteados en la demanda de acción extraordinaria de protección y su contestación, y presuntos derechos vulnerados

Al ser negada la demanda por la jueza de primer nivel el demandante acudió ante la Corte Constitucional e interpuso una acción extraordinaria de protección donde expuso los derechos presuntamente vulnerados y los argumentos en que se sustentan sus afirmaciones, mismos que podrán ser o no acogidos en la sentencia de la Corte Constitucional. A continuación se presenta un resumen de ambos elementos.

El demandante alegó básicamente la vulneración de tres derechos fundamentales: las garantías del debido proceso relacionada con la motivación, el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita y el derecho como persona perteneciente a un grupo humano de atención prioritaria.

Lo esencial de los argumentos en que fundamenta esas presuntas violaciones se resume a continuación.

- No se cumplió con los estándares que ha establecido la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia para considerar a una resolución como motivada; esto es, argumentación racional y coherencia lógica.
- La Jueza hizo caso omiso de que había una amenaza inminente de violación de sus derechos constitucionales, como es el deterioro irreversible de su salud y la pérdida de la vida.
- El argumento de la Jueza es contradictorio cuando señala que otorgar medidas cautelares socavaría la definición constitucional del artículo 87 de la CE, ya que las medidas cautelares no solo sirven para evitar una violación, sino también para hacerla cesar.
- Resultaba evidente que las circunstancias eran, en todo caso, tremendamente graves y urgentes; resultaba, en consecuencia, también evidente que al legitimado activo no se lo podía dejar sin una protección adecuada a las circunstancias en las cuales él estaba atravesando.
- Para la señora Jueza la función de "hacer cesar" una violación de derechos constitucionales no es propia de las medidas cautelares sino de otras garantías. Esa interpretación anti-garantista conspiró gravemente con contra del principio y garantía de motivación.
- La Jueza confunde uno de los objetivos de la medida cautelar; esto es, hacer cesar la violación de un derecho, con la reparación integral.
- La argumentación de la sentencia es atentatoria a derechos constitucionales.
- La Jueza incurre en una visión reducida de la petición de medidas cautelares, en tres momentos; al considerar que este mecanismo solo sirve para evitar una violación, mas no para hacerla cesar; al razonar que este mecanismo tutelar es necesariamente accesorio a una garantía jurisdiccional y al recortar la eficacia de las medidas cautelares previstas en el artículo 87 de la Constitución.
- Se privó al legitimado de un mecanismo que si bien era idóneo para solventar su situación de urgencia no resultó eficaz por interpretaciones que socavaron el sentido y fin de la institución de medidas cautelares.

- La Jueza no hizo uso de herramientas que son idóneas para una eficaz protección de derechos, como son: la optimización de principios constitucionales y la modulación constitucional.

- La decisión de la Jueza vulnera sus derechos como grupo de atención prioritaria, a recibir atención preferente y especializada, en tanto, la Jueza no consideró que al ser portador de VIH, constituye parte de uno de dichos grupos, y que la situación de urgencia en la que se encontraba amenazaba gravemente sus derechos, resultando indispensable e impostergable adoptar las medidas cautelares adecuadas a dicha situación (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016).

Además de los argumentos expuestos por el demandado, fueron convocados a la audiencia pública tres sujetos procesales, dos en calidad de supuestos responsables de la vulneración de derechos del accionante y la Defensoría Pública en defensa éste.

Los argumentos esenciales presentados por cada uno de los actores son los siguientes:

1. Representante legal del Hospital Carlos Andrade Marín argumentó que jamás ha vulnerado derecho alguno que le asiste al paciente; añade que más bien, ha precautelado en todo momento su salud procurando brindar la atención correcta y oportuna.

2. Representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social señaló que la resolución impugnada no violó norma constitucional alguna, proveniente de un acto u omisión ilegítima que haya causado daño inminente; que en la demanda se cita normas legales que no guardan ninguna relación con el propósito y fines que persigue la acción extraordinaria de protección; y en razón de ello solicita se rechace la acción extraordinaria de protección, por no existir violación de derechos constitucionales.

3. El representante de la Defensoría del Pueblo fue el más prolijo en su argumentación, y en lo principal expuso lo siguiente:

- Se vulneró el derecho a acceder a la protección de los derechos mediante los mecanismos designados para los mismos pues al momento de negar las medidas cautelares, (mecanismo idóneo para la protección de los derechos de la vida y de la

salud), se dejó en indefensión al peticionario pues no se permitió el acceso efectivo e inmediato a la protección de sus derechos.

- Al amparo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el derecho a la salud es inherente a la persona física y está vinculado a la situación de la misma, de manera que, la vulneración de este derecho puede generar como efecto la vulneración de la integridad de la persona.

- El derecho a la salud de las personas que viven con VIH, este derecho establece como un mínimo el cumplimiento del tratamiento correspondiente a su enfermedad y a su condición, y con esto claramente vamos a referirnos a la entrega de los medicamentos antirretrovirales, que en este caso resultan esenciales para garantizar la dignidad.

- En las personas con VIH, a las que se les ha imposibilitado continuar con su tratamiento por falta de provisión de medicamentos, se puede hablar de una vulneración grave al derecho a la salud por su condición; y, por tal razón, cuando se presenta esta situación, se está tratando implícitamente de una amenaza grave o inminente al derecho a la vida (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016).

Competencia

Dentro del presente caso de estudio la Corte Constitucional se declaró competente para conocer y pronunciarse sobre acción extraordinaria de protección interpuesta, en virtud de lo establecido en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 63 y 191 numeral 2 literal d de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y de acuerdo con el artículo 3 numeral 8 literal c y tercer inciso del artículo 46 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 10)

Finalidad de la acción de protección

Dentro del presente caso en estudio se debe de indicar que toda acción de protección planteada por cualquier común de los ciudadanos tiene como

finalidad hacer prevalecer los derechos fundamentales garantizados en la Constitución de la República del Ecuador; en la demanda el accionante manifiesto que se violó su derecho a recibir una atención y medicinas de calidad por parte del Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Carlos Andrade Marín, lo que supone un atentado contra el derecho fundamental a la vida al no recibir sus medicinas, razón por la cual puede decaer y provocar su muerte, razón está que le obligo a solicitar en primera instancia medidas cautelaras a fin de hacer prevalecer su derecho a la salud y a la vida.

En su interpretación la Corte Constitucional consideró que:

La acción extraordinaria de protección, establecida en el artículo 94 de la Constitución de la República, es una garantía jurisdiccional creada por el constituyente para proteger los derechos constitucionales de las personas en contra de cualquier vulneración que se produzca mediante sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia que se encuentren firmes o ejecutoriadas. Así, esta acción nace y existe para garantizar y defender el respeto de los derechos constitucionales y el debido proceso. Por consiguiente, tiene como fin proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos de las personas que, por acción u omisión hayan sido vulnerados por decisiones judiciales (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 10).

Más allá de esas precisiones, la Corte Constitucional transcribió el artículo 94 constitucional donde se establece el objeto y finalidad de la acción extraordinaria de protección.

Antecedentes del caso

La sentencia objeto de análisis fue emitida en respuesta a la Acción Extraordinaria de protección iniciada el 10 de septiembre del año 2014 en donde el señor NN, por sus propios y personales derechos, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la resolución dictada el 22 de agosto del año 2014, a las 16:54, por la Jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, quien negó la petición de medidas cautelares solicitadas por el referido accionante.

La pretensión concreta y los argumentos en virtud de los cuales fue denegada por la Jueza mencionada se presentaron con anterioridad, en el análisis de la decisión impugnada.

Determinación del problema jurídico

Luego del resumen de admisibilidad la Corte Constitucional determinó el problema resolver, mismo que planteó de la siguiente manera: La resolución dictada el 22 de agosto de 2014, a las 16:54, por la Jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, ¿vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República? (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 1)

Como puede apreciarse, el problema no radica en si las instituciones de salud pública demandada a través de la acción de protección violaron o no el derecho a la salud del accionante, sino que se analiza si la actuación de la Jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito violó o no los derechos del accionante a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial del accionante, previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República.

Para responder a esa pregunta la Corte Constitucional analizó varios aspectos en la parte expositiva de la sentencia que se analizan en el apartado siguiente.

Análisis de la Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional. Cuestiones de fondo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009), la sentencia que emite la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección o la sentencia del juez de primer nivel en la acción de protección, debe contener los siguientes apartados:

- Antecedentes (que incluyen la identificación de la persona afectada y de la accionante, la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción.

- Fundamentos de hecho (relación de los hechos probados relevantes para la resolución).

- Fundamentos de derecho (argumentación jurídica que sustente la resolución).

- Resolución (declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar) (Asamblea Nacional, 2009).

Los elementos del primer apartado, es decir, de los antecedentes ya fueron analizados con anterioridad, en el presente epígrafe se analizan los restantes, aquellos que abordan las cuestiones de fondo a partir de las cuales debe pronunciarse el órgano jurisdiccional.

Derecho a la reparación integral

Toda persona que haya sido víctima de violación a sus derechos tiene derecho a su reparación integral en los términos previstos en la Constitución vigente. Efectivamente, en el artículo 86 del texto constitucional que dispone sobre los principios que rigen las garantías jurisdiccionales se establece que (Asamblea Constituyente, 2008):

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

La reparación integral incluye un amplio conjunto de medidas o acciones que pueden adoptar los órganos jurisdiccionales de acuerdo a los derechos vulnerados y sus consecuencias; entre ellas se encuentran las medidas de restitución y compensación, las medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición, la restitución del derecho y rehabilitación, la compensación material del daño y reparación física (Junco, 2016).

En el caso de la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009) en su artículo 18 dispone que la reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

Su determinación concreta corresponde al juzgador en cada caso concreto, pues como ha establecido la CIDH:

Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la restitución in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización (Caso Garrido y Baigorria vs Argentina, 1998).

En la sentencia objeto de estudio, como la Corte Constitucional decretó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial, expedita del accionante, así como su derecho a la salud, dispuso como medidas de reparación integral la restitución, las garantías de no repetición y medidas de satisfacción.

Medida de Restitución

Como medida de reparación integral, la restitución de un derecho violado consiste en “el restablecimiento de la situación anterior al momento en que se presentó la violación manifiesta, comprendiendo como algunos de sus elementos el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes” (Godínez, 2017, pág. 9).

En el caso objeto de estudio, esto es la sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional, la medida de restitución dispuesta por la Corte Constitucional fue la de “dejar sin efecto jurídico la decisión objeto de la presente acción extraordinaria de protección”, es decir, la resolución

dictada el 22 de agosto de 2014 a las 16:54, por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 40).

En lugar de dicha resolución resolvió declarar la vulneración del derecho del accionante por la casa de salud y la emisión de las presentes medidas de reparación integral. Para ejecutar la medida fue designada la propia Corte Constitucional a través de la sentencia con efecto inmediato desde que la decisión esté en firme.

Medidas de garantía de no repetición

Las medidas garantías de no repetición son otra de las vías a través de las cuales se puede hacer efectiva la reparación integral, y como tales están previstas en el artículo 18 de la LOGJCC. Dichas garantías pueden definirse como aquellas medidas que “tienen como objetivo impedir que hechos violatorios de los derechos humanos, similares a los que han sido probados en cada caso, vuelvan a reiterarse en el futuro” (Romina, 2013, pág. 55).

Entre esas medidas es común que se incluyan “reformas institucionales...fortalecimiento de la independencia judicial, protección de defensores y defensoras de derechos humanos, acceso a la información, libertad de expresión, educación en derechos, cumplimiento de las resoluciones internas e internacionales en la materia” (INDH, 2018, pág. 5).

Según doctrina de la propia Corte Constitucional, “la garantía de que el hecho no se repita tiene como fin que ante la vulneración de derechos constitucionales por un determinado acto u omisión, se asegure que estos hechos no vuelvan a generarse” (Sentencia No. 146-14-SEP-CC, 2014, pág. 38).

En la sentencia objeto de estudio, la Corte Constitucional se pronunció por separado respecto a los dos derechos cuya violación decretó.

Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial violado por la resolución de la jueza de primer nivel, dispuso que:

Con el objeto de que no se repitan actuaciones judiciales restrictivas y formalistas de las reglas jurisprudenciales establecidas por esta Corte

en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC, el Consejo de la Judicatura, a través de su representante legal, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia entre las juezas y jueces que tienen competencia para conocer garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, por medio de atento oficio a las judicaturas, con el contenido de la presente sentencia (Sentencia No. 146-14-SEP-CC, 2014, pág. 40).

Con respecto al segundo derecho violado, es decir el derecho a la salud del accionante, dispuso como garantía de no repetición:

Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal, oficie a las casas de salud que integran el régimen de seguridad social en el sentido que no podrán, por cuestiones meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas portadoras de VIH la medicación que forma parte de su tratamiento médico, conforme a la valoración médica de cada uno de los pacientes. El representante legal de la institución deberá informar sobre el cumplimiento de la medida dentro del término de veinte días (Sentencia No. 146-14-SEP-CC, 2014, pág. 38).

Medidas de satisfacción

La LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009) dispone entre las medidas de reparación integral la satisfacción de la víctima del derecho violado en su artículo 18. La satisfacción de la víctima por lo general tiene un carácter simbólico en dependencia de los daños sufridos probados durante el proceso judicial; así se pueden incluir en ella medidas para conseguir la cesación de las violaciones continuadas, la verificación histórica de los hechos juzgados y la publicación de la verdad, una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, o una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, entre otras (Martínez, 2015, pág. 497).

En el caso de la sentencia cuyo análisis se realiza en la presente investigación, la Corte Constitucional dispuso como medida de satisfacción la emisión y publicación de la sentencia en los términos siguientes:

a)- La emisión y publicación de la presente sentencia “constituyen en sí mismas medidas de satisfacción de los derechos a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y al derecho a la salud, vulnerados por la autoridad jurisdiccional y administrativa, respectivamente; tomando en cuenta que, los razonamientos expuestos en la misma para decidir, constituyen precedentes jurisprudenciales vinculantes para casos posteriores.

b)- Tanto el Consejo de la Judicatura como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de sus representantes legales, efectúen la publicación de la presente sentencia en sus respectivos portales web institucionales, por medio de un hipervínculo ubicado en un lugar visible y de fácil acceso de su página principal. Dicha publicación, deberá permanecer por el término de seis meses.

c)- Ordenar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal, que ofrezca disculpas públicas a la víctima. Las disculpas públicas deberán ser publicadas por una ocasión en un diario de circulación nacional; así como, en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el término de tres meses (Sentencia No. 146-14-SEP-CC, 2014, pág. 41).

d)- El texto de la disculpa deberá ser el siguiente:

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, representado legalmente por su Director General, reconoce la vulneración al derecho constitucional a la salud, declarada por la Corte Constitucional en la sentencia N.º 364-16-SEP-CC, dentro del caso N.º 1470-14-EP. Por lo tanto, ofrece sus disculpas públicas a la víctima por el daño causado por dicha vulneración. Asimismo, el Instituto reconoce su deber de respetar y proteger sus derechos constitucionales de quienes hacen uso de los servicios de la institución en todas las actividades que desarrolla (Sentencia No. 146-14-SEP-CC, 2014, pág. 39).

Análisis crítico a la sentencia constitucional

En los epígrafes anteriores del presente capítulo se ha presentado en sus partes más significativas de la sentencia objeto de estudio de conformidad con su estructura, así como algunas consideraciones teóricas respecto a cada ítem abordado. En el presente, que constituye la parte final de la investigación, se

exponen adicionalmente las consideraciones de autor sobre cuatro aspectos que completan el análisis precedente.

En primer lugar, se aborda la importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano, donde se pondrá de manifiesto la singularidad del caso resuelto en la sentencia y las consecuencias teóricas y prácticas de su solución jurisdiccional.

En segundo lugar, se realiza una apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional, donde se señalan algunas críticas a dicha argumentación, que por la trascendencia del caso pudo ser mejor elaborada e incluir otros aspectos relacionados con los derechos cuya tutela se solicitó en la demanda de acción extraordinaria de protección.

En tercer lugar, se hace un análisis de los métodos de interpretación empleados por la Corte Constitucional en su motivación de la sentencia, donde se puede apreciar una exposición argumental endeble y basada en su mayor parte en argumentos de autoridad, argumentos autorreferenciales y de autores cuya interpretación de los derechos en cuestión no va más allá de su comentario literal.

Finalmente, se avanza en una propuesta personal de solución del caso que difiere en algunos puntos respecto a la adoptada por la Corte Constitucional, especialmente en cuanto a la reparación integral del daño inmaterial ocasionado y las medidas concretas adoptadas en el caso.

Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano

Para valorar la importancia del caso y determinar su relevancia dentro de la realidad constitucional ecuatoriana es preciso recurrir a lo que dispone la LOGJCC en su artículo 25 respecto a los criterios que debe seguir la Sala de Selección, que es la que decide qué casos de los provenientes de acciones de protección interpuestas en los tribunales de primer nivel serán conocidos por Corte Constitucional.

Al efecto la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009) dispone que todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas a la Corte Constitucional para su eventual conocimiento y eventual selección y revisión; una

vez recibidas, es discrecional de la Corte seleccionar aquellas sentencias sobre las que se pronunciará, sin necesidad de ofrecer motivación alguna respecto a las no seleccionadas; en cuanto a las seleccionadas emitirá un Auto de Admisión donde se expondrán brevemente las causas que justifican la selección, mismas que son: gravedad del asunto, novedad del caso e inexistencia de precedente judicial, negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional y relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

Su importancia para el Derecho Constitucional y el Derecho procesal Constitucional ecuatoriano radica en que por primera vez la Corte Constitucional se pronunció sobre los estándares que deben respetarse en la tramitación de la acción de protección por los jueces de primer nivel cuando la demanda se refiere al derecho a la salud de las personas; asimismo estableció la responsabilidad del sistema público de salud en cuanto a garantizar el derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH, lo que incluye el tratamiento oportuno y la entrega de los medicamentos correspondientes para precautelar su derecho a la salud.

También es importante señalar que la Corte estableció estándares mínimos que deben respetar los jueces de primer nivel en la acción de protección, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial de los derechos, y la manera en que debe ser materializado el derecho a la reparación integral de las víctimas en su modalidad de medidas de satisfacción, al exigir al ente público responsable de la vulneración del derecho del accionante a publicar una nota de disculpas y adoptar medidas tendientes a la no repetición de los hechos.

Para un análisis más ponderado, utilizaremos los mismos criterios fijados en la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009) para seleccionar una sentencia sobre la que se pronunciará la Corte Constitucional.

Gravedad del asunto

La gravedad del asunto puede colegirse a partir de las dos preguntas formuladas por la Corte Constitucional en la sentencia objeto de análisis. En primer lugar, la Corte se preguntó si en la decisión de la jueza de primer nivel se violó el

derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el artículo 75 de la Constitución.

El segundo problema que se planteó la Corte Constitucional fue precisar si la falta de receta y entrega de un medicamento antiretroviral a una persona portadora del virus de VIH, por parte de una institución de la red pública de salud, debido a la falta de existencias, vulnera el derecho a la salud, recogido en el artículo 32 de la Constitución de la República.

El asunto sub júdice puede considerarse grave desde ambas perspectivas, razón por la cual se activaron las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y la LOGJCC para precautelar los derechos presuntamente vulnerados.

En el plano material, la gravedad del caso se manifiesta en las consecuencias que puede tener para una persona portadora del virus del VIH la no entrega de los medicamentos necesarios para mantener su enfermedad bajo control; de hecho, de esos medicamentos y su entrega oportuna depende, además del derecho a la salud de la persona, su derecho a la vida porque la única manera de controlar la enfermedad es con la utilización de los antirretrovirales cuando corresponda, según las prescripciones médicas.

Asimismo, la gravedad es perceptible en la violación de preceptos constitucionales como el que reconoce el derecho a la salud de las personas, en particular las que padecen enfermedades catastróficas como los portadores del virus del VIH, mismo que está reconocido además en las leyes ecuatorianas y en instrumentos internacionales de los que el Estado ecuatoriano es parte, y en relación con los cuales la Corte tiene la obligación de pronunciarse a través del control de convencionalidad, para verificar la adecuación del Derecho internos a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En síntesis, se trata de un asunto grave de violación de dos derechos diferentes por parte de autoridades públicas distintas: el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita violado por la jueza de primer nivel, y el derecho a la salud que fue violado por la administración del HCAM, institución que debió entregar el medicamento correspondiente de acuerdo a las prescripciones médicas del paciente.

Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial

Este ítem supone dos criterios distintos, como son la novedad del caso en relación con la actualidad constitucional y jurisdiccional de país, lo que puede ser entendido como un caso relevante a nivel social que dimana de una necesidad no satisfecha de las personas, que puede o no haber sido objeto de pronunciamiento jurisdiccional, y por otra la existencia o no de una decisión judicial anterior de carácter vinculante o no pero entendida como precedente judicial digno de atención.

En este apartado nos interesa únicamente la novedad jurisprudencial, es decir la ausencia de precedentes anteriores fijados por la propia Corte Constitucional. Para verificar su ausencia bastaría con verificar los registros de la propia Corte Constitucional para constatar si existe o no un precedente judicial aplicable al asunto sub júdice, caso en el cual no sería preciso pronunciarse, excepto para modificar el precedente.

Al ser constatado ese extremo, la Corte seleccionó el caso para emitir sobre él el precedente judicial correspondiente, con carácter erga omnes.

No obstante, lo señalado es importante añadir que si bien no existía precedente en cuanto a la violación del derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH como consecuencia de la falta de receta y entrega de un medicamento antiretroviral, si lo había respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, pues la propia Corte en su motivación se remite a sentencias anteriores que delimitan el contenido y alcance de ese derecho.

Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional

Este ítem está parcialmente respondido en el anterior: al no existir un precedente judicial fijado por la propia Corte Constitucional, mal se podría acreditar su negación por la Jueza de primer nivel que conoció de la acción de protección interpuesta por el accionante, motivada por la violación de su derecho a la salud al no recibir los medicamentos antirretrovirales necesarios para controlar su enfermedad de manera oportuna.

Por nuestra parte sí consideramos que existió una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita del que es titular toda persona que se sienta vulnerada por una autoridad pública en sus derechos o intereses; al existir efectivamente una violación del derecho a la salud de accionante por no recibir los medicamentos antiretrovirales necesarios para controlar su enfermedad, lo que incluso podía provocar la muerte.

Considero que la Jueza debió otorgar las medidas cautelares solicitadas, pues a nuestro juicio se cumplían los requisitos previstos en la Constitución y la LOGJCC para que proceda la acción de protección.

Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia

El asunto resulto en la sentencia de la Jueza de primer nivel es de relevancia y trascendencia nacional, desde el punto de vista jurídico, pues en diferentes instancias de la administración de justicia se han presentado de forma recurrente casos de personas con enfermedades catastróficas, incluidas personas portadoras del virus del VIH, por no recibir a tiempo los medicamentos que por ley les corresponden, lo que pone en peligro su derecho a la salud, a la vida y al buen vivir cuya satisfacción corresponde a al Estado a través de las instituciones del sistema de salud pública.

El incumpliendo de esas obligaciones es una infracción de las normas constitucionales y legales vigentes en el Ecuador, así como de instrumentos internacionales de derechos humanos cuya observancia corresponde controlar la Corte Constitucional a través del control de convencionalidad.

Cuando existe una violación de esos derechos deben activarse las garantías jurisdiccionales para corregir la actuación de los poderes públicos obligados a satisfacerlos, pero en lugar de proteger al accionante, la Jueza de primera instancia negó la acción de protección y las medidas cautelares solicitadas, lo que puso en grave riesgo el derecho a la salud del accionante y su derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial para la protección directa y eficaz de los derechos como lo prescribe la Constitución en su artículo 88.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional

Los elementos expuestos en literal anterior del presente epígrafe permiten deducir que cuando la Sala de Selección de la Corte Constitucional seleccionó el caso objeto de análisis, ya tenía una posible solución de la demanda de acción extraordinaria de protección, pues al esclarecer cada uno de los aspectos en que se fundamenta la selección debe implícitamente considerar la manera en que resolverá en su sentencia definitiva.

En lo que sigue se presentan los principales argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la motivación de la sentencia, así como las fuentes que utilizó para ello, ya que se trata de un caso de notable relevancia para el Derecho constitucional ecuatoriano, tanto sustantivo como procesal.

Interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita

Como se explicó anteriormente, la argumentación de la Corte Constitucional se organizó en torno a dos preguntas concretas, la primera de las cuales es la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial del accionante por parte de la Jueza de primer nivel.

La Corte consideró que efectivamente ocurrió tal violación, y en su argumentación utilizó tres fuentes básicas: los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho mencionado, su propia jurisprudencia y dos autores que han escrito sobre la materia, mismo que se reseñan a continuación.

Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969), en cuyo artículo 25.1 se reconoce el derecho a la protección judicial que tiene toda persona, dicho artículo ya fue analizado con anterioridad en la presente investigación, pero es importante en la argumentación de la Corte porque ésta, además de control de constitucionalidad, está facultada para realizar control de convencionalidad para verificar la adecuación del ordenamiento jurídico nacional a dicha convención, así como a la jurisprudencia de la CIDH.

Su propia jurisprudencia para señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial “constituye en el derecho que tiene toda persona de

acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas” (Sentencia N.º006-13-SEP-CC, 2013, pág. 33).

En cuanto a la tutela judicial efectiva recurrió asimismo a su propia jurisprudencia, al reafirmar que la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita se cumple en tres momentos: primero, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales; segundo mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho, tercero a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos (Sentencia N.º 142-14- SEP-CC, 2014).

Artículo 27 de la LOGJCC respecto a las medidas cautelares y su procedencia; una vez declarada con lugar la acción extraordinaria de protección, la Corte estableció dos reglas jurisprudenciales con carácter vinculante, erga omnes, cuyo contenido es el siguiente:

- a). Cuando la jueza o juez, al conocer la petición de una medida cautelar solicitada de manera autónoma, advierta, de la lectura integral de la demanda y hechos relatados en ella, que los mismos no se encasillan dentro de la amenaza de un derecho, sino que guardan relación con un hecho en el que se alegue una presunta vulneración de un derecho, deberá enmendar el error de derecho en que incurrió el solicitante y tramitar la medida cautelar solicitada en conjunto con la garantía jurisdiccional de conocimiento que corresponda. Para tal efecto, deberá observar las reglas jurisprudenciales dictadas en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC, dentro del caso No. 0561-12-CN (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 25):
- b). Cuando la jueza o juez conozca una garantía jurisdiccional constitucional con fundamento en un patrón fáctico similar al presente caso; esto es, en el que se haya demostrado la falta de prescripción o suministración de un medicamento antirretroviral a una persona portadora de VIH, que forma parte de su tratamiento médico integral por parte de un centro de la red pública de salud, debido a causas ajenas a las estrictamente médicas, deberá declarar la vulneración del derecho constitucional a la salud (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 26).

Interpretación del derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH

Al primer problema planteado la Corte Constitucional dio una respuesta a favor del accionante, considerando que en la sentencia de la jueza de primer nivel se violó el derecho a la tutela judicial, imparcial y expedita del accionante.

Adicionalmente, y en virtud de los principios de que rigen la justicia condicional (*iura novit curia*, economía procesal, concentración, celeridad y en aras de una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita) se planteó un segundo problema, esta vez referido concretamente a los derechos de las personas portadoras de VIH, objeto de la acción de protección ante la Jueza de primer nivel, que denegó las medidas cautelares.

El texto literal del segundo problema es el siguiente: La falta de receta y entrega de un medicamento antiretroviral a una persona portadora del virus de VIH, por parte de una institución de la red pública de salud, debido a la falta de existencias, ¿vulnera el derecho a la salud, recogido en el artículo 32 de la Constitución de la República. (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 26).

Con ese problema la Corte pretendió resolver dos cuestiones importantes: a)- determinar si una solicitud con las características presentadas por el accionante, cumple con los presupuestos de concesión de una medida cautelar dictada en el conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, en la especie, acción de protección y; b)- determinar si, de los elementos aportados por el solicitante, y reconocidos por la judicatura; así como, de las intervenciones de las partes y terceros con interés en la acción extraordinaria de protección, se puede advertir la real existencia de la vulneración a derechos constitucionales; más concretamente el derecho a la salud (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 26).

En su argumentación la Corte expuso diversos argumentos en relación con el contenido y alcance del derecho a la salud de los que resaltamos los más importantes:

El derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión.

Al incumplirse con esas exigencias impuestas al Estado, los presupuestos de procedibilidad de las medidas cautelares solicitadas estaban plenamente justificados, ya que el accionante fue privado de la entrega de la medicación de antirretrovirales que forma parte de su tratamiento integral y que venía recibiendo de manera periódica por parte del HCAM.

La falta de entrega oportuna del medicamento al accionante, portador de VIH, no se le reconoció su derecho a la salud, al no garantizarse su tratamiento médico y atención integral, lo que supone una vulneración a su derecho constitucional a la salud en relación con el derecho a recibir una atención prioritaria, especializada y gratuita como grupo de atención prioritaria.

Métodos de interpretación

Lo que podemos llamar la estrategia argumentativa del a Corte Constitucional en el caso objeto de análisis en realidad es bastante simple, y no se corresponde con la gravedad del asunto, la novedad del caso y la relevancia o trascendencia social en virtud del cual fue elegido por la Sala de Selección para sentar jurisprudencia de carácter vinculante erga omnes.

En toda la sentencia, para responder a las dos preguntas que se formuló, la alta Corte utilizó en la mayor parte de la argumentación el método de la interpretación literal, mismo que consiste en transcribir los artículos de las normas jurídicas, constitucionales o legales, que consideró relevantes al caso, y a partir de ellas extraer conclusiones respecto a la violación o no del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la salud del accionante.

También utilizó, aunque en menor medida, el método deductivo, pues a partir de la regulación jurídica del derecho a la salud o su expresión convencional

en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos relevantes al caso, dedujo que la jueza de primer nivel violó el derecho a la tutela judicial efectiva del accionante al no aprobar las medidas cautelares solicitadas.

En nuestra opinión, consideramos que la Corte además de los métodos de interpretación mencionados, debió utilizar argumentos provenientes de la doctrina nacional donde se interpreta y fija por esa vía el sentido y alcance de cada uno de los derechos involucrados en el caso, así como jurisprudencia de la CIDH más apegada al caso debatido, pues por ejemplo en la cita que hace de dicha jurisprudencia en la sentencia (Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., 2016, pág. 34) no es un argumento que sostenga la conclusión a la que arribó la Corte Constitucional.

Efectivamente, en la cita transcrita del caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador (2015) la CIDH se refiere al acceso a los medicamentos por parte de las personas portadoras del virus del VIH como presupuesto para asegurar a tales personas “el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Pero en el contexto en que la Corte recurre esa interpretación de la CIDH no se refiere al acceso a los medicamentos (puede ser que los medicamentos existan como tal, pero la persona no pueda acceder a ellos en razón del precio u otra circunstancia), sino a su entrega oportuna por parte de la entidad de salud pública competente.

Por tanto, la Corte utiliza de manera inadecuada, por impertinente, una interpretación realizada por la CIDH en un contexto distinto que no cubre el supuesto de hecho que debía resolver en el caso sub júdice.

Adicionalmente, la Corte debió incluir en su argumentación datos y estadísticas respecto a la relevancia social del caso, por ejemplo, solicitando al HCAM y al IESS información relevante sobre los procesos de adquisición, entrega y reposición de medicamentos, así como las principales dificultades que lo afectan para satisfacer el derecho de las personas portadoras del virus del VIH a recibir sus medicamentos de manera oportuna.

Esas estadísticas hubieran permitido a la Corte poseer mayores argumentos en cuanto a las medidas a adoptar en la parte resolutive de la sentencia, pues probablemente derivó de un caso puntual en el que además los medicamentos fueron entregados unos días después de la fecha que le correspondía al accionante,

una jurisprudencia irrelevante por cuanto no se logró demostrar ni por el accionante ni por la Corte en su motivación, que se tratara de hechos recurrentes de violación de los derechos de las personas portadoras del virus del VIH.

Por otra parte, tampoco la Corte dio respuesta a los argumentos planteados por los terceros intervinientes en el proceso, ni rebatió sus argumentos presentados en la contestación a la demanda, extremo que debió ser referido en la sentencia, bien para negarlo o para rebatirlos, pero quedaron sin una contestación negativa o positiva, pues no se incluyeron hechos o argumentos legales para rebatirlos.

Finalmente, la Corte utilizó una parte importante para establecer diferencias entre la acción de protección que corresponde conocer a los jueces de primer nivel y la acción extraordinaria de protección que corresponde a la Corte Constitucional. A nuestro juicio no parece importante ese extremo, primero porque ya la propia Corte había establecido doctrina vinculante al efecto (se cita a sí misma en sentencias anteriores) y segundo porque la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008) es muy clara al respecto, como también lo es la LOGJCC (Asamblea Nacional, 2009) en cuanto a la procedencia de cada una de las acciones y sus alcances en cuanto a la protección de los derechos fundamentales y su idoneidad para tutelarlos a través de una u otra vía jurisdiccional.

Propuesta personal de solución del caso

De lo dicho anteriormente se puede deducir que asumiendo la posición de la Jueza Constitucional ponente, este autor hubiera resuelto el caso en el mismo sentido, declarando la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita del accionante por parte de la Jueza de Primer Nivel, y violado el derecho a la salud del accionante por no haber recibido el medicamento antiretroviral necesario para controlar su enfermedad, que en caso se trató de una persona portadora del virus del VIH.

La diferencia, sin embargo, hubiera estado en la motivación de la sentencia, donde a mi juicio debieron emplearse otros argumentos, adicionales a los esgrimidos por la Corte, para fundamentar adecuadamente la decisión, para hacer efectivo el derecho del accionante pero también de los demandados, a la motivación

de la sentencia; entre esos argumentos debió hacerse mayor énfasis en el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita y no simplemente mencionar y comentar los instrumentos internacionales de derechos humanos o jurisprudencia de la CIDH, por demás irrelevante en la parte donde se cita en la sentencia.

Asimismo, respecto a la violación del derecho a la salud hubiera empleado información estadística y datos de las instituciones públicas involucradas, para constatar si se trató de un hecho aislado o de conductas reiteradas violatorias del derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH y si por causa de ello hubiera fallecido alguna persona.

Desde un punto de vista más general, habría analizado el contenido y alcance del derecho a la salud de las personas y la violación del principio de igualdad que supone entregar de manera gratuita medicamentos a un grupo de personas, en este caso a los portadores del virus del VIH y no al resto de la sociedad, en el caso que también padezca alguna enfermedad; para ello lo habría analizado como una excepción al principio de igualdad con base en la acción afirmativa prevista en el texto constitucional.

Respecto a las medidas de reparación integral estoy de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional, excepto en lo que se refiere a las garantías de no repetición, pues dispuso que las casa de salud del sistema de salud pública “no podrán por cuestiones meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas portadoras de VIH la medicación que forma parte de su tratamiento médico”; desde mi posición de juez hubiera dispuesto que dichas casas de salud no podrán, BAJO NINGÚN CONCEPTO, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas portadoras de VIH la medicación que forma parte de su tratamiento médico.

Conclusiones

1. El derecho a la salud ha evolucionado desde ser una mera exigencia moral hasta convertirse en un derecho cuya satisfacción debe ser asegurada por el Estado a todas las personas sin distinción, lo que supone además que en caso de violación la persona puede recurrir a la vía judicial en busca de tutela, misma que según la Constitución ecuatoriana debe ser efectiva, expedita e imparcial.

2. En cuanto a su alcance, el derecho a la salud es reconocido a todas las personas sin distinción, mismas que tienen acceso a los servicios públicos o privados en las condiciones previstas en la ley, y en el caso del sistema público de salud incluye a toda persona que acuda a sus instituciones donde debe recibir un servicio de calidad, eficiente y de calidez por parte de los facultativos médicos y el resto del personal que labora en dichas instituciones.

3. Por lo que se refiere a su contenido, como puede colegirse el derecho no consiste en la obligación estatal de que la persona esté sana, sino a recibir los cuidados y atenciones que requiera por parte de las instituciones de salud, lo que incluye en algunos casos la entrega gratuita de los medicamentos de manera oportuna.

4. Este último caso aplica a las personas con enfermedades catastróficas que pertenecen al grupo de atención prioritaria entre los que se encuentran las personas portadoras del virus del VIH que de conformidad con el artículo 35 constitucional y 67 de la ley Orgánica de Salud tienen derecho a atención prioritaria en salud y a recibir sus medicamentos antirretrovirales de manera gratuita, pues de ello depende su derecho a la salud, al buen vivir y en última instancia a la vida.

Recomendaciones

1. Para dar cabal cumplimiento a la obligación del Estado de satisfacer el derecho a la salud y especialmente el de las personas portadoras del virus del VIH, debe imponerse a todas las instituciones públicas del sistema de salud la decisión adoptada por la Corte Constitucional, así como a los tribunales de primer nivel que conozcan de las acciones de protección relacionadas con el tema, para que en ningún caso nieguen el derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial que corresponde asegurar a todas las personas.

2. Lo mismo debe hacerse en el caso de la argumentación jurídica, es decir en la motivación de la sentencia, para que tengan en consideración todos los argumentos legales y doctrinales utilizados por la Corte Constitucional, mismos que incluyen tratadistas ecuatorianos de renombre, leyes nacionales, instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la propia de la Corte, pues en ocasiones se advierte sentencias de primera instancia que no tienen una motivación suficiente, como el caso de la de la jueza de primera instancia que negó las medidas cautelares solicitadas sin una adecuada motivación.

3. Ante la negativa de la jueza de primera instancia la Sala de Selección de la Corte Constitucional escogió la resolución de aquella para pronunciarse, pues consideró que se trataba de un asunto grave, novedoso respecto del cual no existía precedente judicial y de trascendencia social; en su sentencia la Corte dio la razón al accionante y declaró vulnerados su derecho a la tutela judicial efectiva, expedita e imparcial, así como su derecho a la salud, razón por la cual dispuso la reparación integral de los derechos del accionante a través de medidas de restitución, garantía de no repetición y medida de satisfacción.

4. Si bien estamos de acuerdo con la solución de la Corte y las medidas de reparación integral decretadas, consideramos que debió utilizar los principales métodos de interpretación jurídica delineados en la doctrina para dar mayor consistencia su fallo, pues en un caso tan trascendente sólo utilizó el método de interpretación literal de las normas invocadas de rango constitucional, legal e internacional en materia de derechos humanos; asimismo, se recomienda para ese tipo de casos utilizar estadísticas que demuestren que la violación reiterada o no del derecho a la salud de las personas portadoras del virus del VIH y la actuación de las

instituciones públicas de salud en esos casos, pues de un único caso derivó una decisión erga omnes sin la certeza de que se trate de una violación generalizada.

Bibliografía

- Acevedo, C., & Valenti, G. (2017). Exclusión social en Ecuador. Buen Vivir y modernización capitalista. *Polis. Revista Latinoamericana*, 1-20.
- Antinori, N. (2006). *Conceptos básicos del Derecho*. Mendoza: Universidad del Aconcagua.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial de 9 de marzo.
- Asamblea Nacional. (22 de octubre de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial de 22 de octubre.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral penal*. Quito: Registro Oficial de 10 de febrero.
- Barona, R. (2014). Derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília*, 62-72.
- Barrere, M. d. (1998). Igualdad y "discriminación positiva": un esbozo de análisis teórico-conceptual. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 1-27.
- Begné, P. (2012). Acción afirmativa, una vía para reducir la desigualdad. *Ciencia Jurídica, Universidad de Guajuato*, 11-16.
- Benavides, J. E. (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito : Corte Constitucional del Ecuador/CEDEC.
- CALCSICOVA. (2019). *Historia del VIH y Sida*. Valencia: CALCSICOVA.
- Calvo, N. (2014). Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. *Vis Iuris*, 141-161.
- Caso Albán Cornejo y otros VS Ecuador (CIDH 22 de noviembre de 2007).
- Caso Vera Vera y otra vs Ecuador (CIDH 19 de mayo de 2011).
- Caso Suárez Peralta vs Ecuador (CIDH 21 de mayo de 2013).
- Caso Garrido y Baigorria vs Argentina (CIDH 27 de agosto de 1998).
- CESIDA. (2017). *Guía de estilo sobre VIH/SIDA*. Madrid: CESIDA.

- Congreso Nacional. (1993). *Resolución Legislativa No. 000*. Quito: Registro Oficial 109 de 18 de enero.
- Congreso Nacional. (2006). *Ley Orgánica de Salud*. Quito: Registro Oficial de 22 de diciembre.
- Cordero, D., & Yépez, N. (2015). *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*. Quito: INREDH.
- Cruz Roja Española. (2014). *Comprendiendo el derecho humano a la salud*. Madrid: Cruz Roja Española.
- Dávila, M., Gil, M., & Tagliaferro, Z. (2015). Conocimiento de las personas que viven con el virus del VIH/SIDA sobre la enfermedad. *Revista de Salud Pública*, 541-551.
- Ecuadorinmediato. (23 de mayo de 2019). Hospital Carlos Andrade Marín, desabastecido de 6 fármacos para tratamiento de VIH. *Ecuadorinmediato*.
- Ecuavisa. (15 de diciembre de 2019). Antirretrovirales escasean para pacientes con VIH en Ecuador. *Ecuavisa*.
- El Comercio. (3 de diciembre de 2009). Ecuador detectó el primer caso de VIH en 1984 y hoy son 19 894 afectados. *El Comercio*.
- El Comercio. (30 de mayo de 2019). Pacientes de VIH alertan sobre falta de medicinas. *El Universo*.
- El Telégrafo. (28 de noviembre de 2016). El tratamiento contra el VIH cuesta \$ 700 al mes. *El Telégrafo*.
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *Doxa*, 15-31.
- GeSIDA. (2015). *Documento Informativo sobre la infección por el VIH*. Barcelona: GeSIDA.
- Godínez, W. (2017). ¿Qué y cómo restituir violaciones a derechos humanos? Lineamientos para una reparación integral del daño. *Amicus Curiae*, 6-28.
- González Lluy y otros vs Ecuador (CIDH 1 de septiembre de 2015).
- Heredia, V. (1 de octubre de 2019). Poca prevención para evitar transmisión de VIH. *El Comercio*.
- Higuera, D., & Alonso, E. (2012). Derechos Sociales fundamentales, problemática hermenéutica en el derecho a la salud en Colombia. *Via Iuris*, 11-30.

- INDH. (2018). *Reparaciones*. México: INDH.
- Islas, H. (2005). *Lenguaje y discriminación*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Jaramillo, V. (2011). *Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Junco, M. (2016). *El mecanismo de reparación integral y su aplicación en la legislación ecuatoriana*. Guayaquil: UCSG.
- Martínez, A. (2015). Los mecanismos de reparación integral (RIT) como elementos unificadores del ordenamiento internacional y el derecho nacional en busca de la consolidación del Ius Commune Interamericano. *Iustitia*, 487-504.
- Ministerio de Salud. (2017). *Boletín Anual VIH/SIDA y Expuestos perinatales 2017*. Quito: MSP.
- Ministerio de Salud. (2019). *Prevención, diagnóstico y tratamiento de la infección por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) embarazadas, niños, adolescentes y adultos*. Quito: MSP.
- Ministerio de Salud Pública. (2011). *Programa Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA e ITS*. Quito: MSP.
- Ministerio de Salud Pública. (2012). *Acuerdo Ministerial 1829. Inclusión de enfermedades raras para bono Joaquín Gallegos Lara*. Quito: Registro Oficial de 27 de septiembre.
- Miranda, O., & Nápoles, M. (2009). Historia y teorías de la aparición del virus de la inmunodeficiencia humana. *Revista Cubana de Medicina Militar*, 63-72.
- Mouchet, C., & Zorraquín, R. (2012). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- NIDA. (2006). *¿Quién corre riesgo de infectarse con el VIH y cómo se convierte el VIH en SIDA?* Washington: NIDA.
- Nieto, J., & Herdoiza, M. (2015). *Manual de derechos humanos, normativa jurídica y VIH*. Quito: CEPVVS.
- OEA. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José: OEA.
- OEA. (23 de abril de 1988). *Protocolo de San Salvador*. San Salvador: OEA.
- OMS. (2002). *Veinticinco preguntas sobre salud y derechos humanos*. Ginebra: OMS.

- OMS. (2019). *VIH/SIDA*. Ginebra: OMS.
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Nueva York: ONU.
- ONU. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Nueva York: ONU.
- ONU. (1966). *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York: ONU.
- ONU. (16 de diciembre de 1966). *Pactode Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: ONU.
- ONU. (2012). *Principios y directrices para la integración de los derechos humanos en las estrategias de reducción de la pobreza*. Nueva York: ONU.
- ONU-CES. (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General No. 14/2000*. Nueva York: ONU.
- Poveda, G., Carrillo, V., Carrillo, S., & Mackay, R. (2017). Inclusión económica y social de los grupo vulnerables en Ecuador. *II Congreso Virtual Internacional Desarrollo Económico, Social y Empresarial en Iberoamérica* (págs. 88-106). Málaga: Universida de Málaga.
- Reyes, L. (2012). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Red Tercer Milenio.
- Romina, B. (2013). *Las medidas de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: alcances y criterios para su determinación*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- Salazar, S. (2013). Fundamentación y estructura de los derechos sociales. *Revista de Derecho*, 69-93.
- Seco, J. M. (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. *Derechos y Libertades*, 55-89.
- Secretaría de Salud. (2012). *Manual de Procedimientos Estandarizados para la Vigilancia Epidemiológica del VIH/SIDA*. México: SSM.
- Sentencia N.º006-13-SEP-CC, Caso N.º0614-12-EP. (Corte Constitucional del Ecuador 28 de marzo de 2013).
- Sentencia N.º 142-14- SEP-CC, Caso No. 0007-12-EP (Corte Constitucional de Ecuador 1 de octubre de 2014).

Sentencia No. 146-14-SEP-CC, Caso N.º 1773-11-EP. (Corte Constitucional del Ecuador 1 de octubre de 2014).

Sentencia Nro. 364-16-SEP-CC., Caso No. 1470-14-EP (Corte Constitucional 15 de noviembre de 2016).

Stornini, C. (2010). Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador. *FORO, Revista de Derecho*, 103-138.

Tobar, F. (2014). *Respuestas a las enfermedades catastróficas*. Buenos Aires: CIPPEC.

Trujillo, Y. (16 de agosto de 2019). Pacientes esperan respuesta favorable de la Corte Constitucional sobre medicamentos judicializados. *El Comercio*.

Vintimilla, J. (2009). La justicia constitucional ecuatoriana . *IurisDictio*, 38-54.

Ximenes López VS Brasil (CIDH 4 de julio de 2006).

Anexo

Anexo 1. Sentencia No. 364-16-SEP-CC CASO. NO. 1470-14-EP de la Corte Constitucional

Quito, D. M., 15 de noviembre de 2016

SENTENCIA N.º 364-16-SEP-CC

CASO N.º 1470-14-EP

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El 10 de septiembre de 2014, el señor NN¹, por sus propios y personales derechos, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la resolución dictada el 22 de agosto de 2014, a las 16:54, por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, que negó la petición de medidas cautelares solicitadas por el referido accionante.

El secretario general de la Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el 16 de septiembre de 2014, certificó que en relación a la acción extraordinaria de protección N.º 1470-14-EP, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

Mediante auto dictado el 8 de octubre de 2014 a las 13:18, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, conformada por las juezas constitucionales Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra y Ruth Seni Pinoargote, admitió a trámite la presente acción extraordinaria de protección.

En virtud del sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión ordinaria del 30 de octubre de 2014, correspondió la sustanciación de la causa a la jueza constitucional Tatiana Ordeñana Sierra.

¹ La Corte Constitucional, considerando la problemática que presenta el caso concreto, a fin de salvaguardar el derecho a la identidad del accionante reconocido en el artículo 66 numeral 28 de la Constitución de la República y en atención al pedido del ciudadano accionante que obra a fojas 26 del expediente constitucional, durante el desarrollo de toda la sentencia utilizó la abreviación "NN", lo cual se encontrará incluido en las citas textuales que constan en la presente sentencia. No obstante, para la notificación correspondiente a las partes procesales se incluirá el nombre completo del accionante. 

Decisión judicial impugnada

La decisión judicial impugnada es la resolución dictada el 22 de agosto de 2014, a las 16:54, por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, que en lo principal expresa lo siguiente:

TERCERO.- Según lo establecido en el artículo 27 de la LOGJCC, las medidas cautelares proceden: "cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho. (...)", en la presente causa, el accionante solicita medidas cautelares, en virtud de que no se le han entregado los medicamentos antirretrovirales de nombre "Efavirenz, cápsulas de 600 mg" en su cita médica de 14 de agosto de 2014 por parte del Hospital Carlos Andrade Marín, y lo que solicita son medidas cautelares urgentes y necesarias destinadas a evitar un perjuicio irremediable, como podría ser el irreversible deterioro de su salud y hasta la misma muerte; por consiguiente cabe el siguiente análisis: 1) El accionante lo que pretende con la presente solicitud es: a) Que se le entreguen inmediatamente los medicamentos identificados en la demanda, esto es el medicamento Efavirenz, que debía ser entregado en su cita médica que tuvo el jueves 14 de agosto pasado; b) Que, en lo posterior se le entreguen puntualmente los medicamentos antirretrovirales identificados en el presente libelo de petición de medidas cautelar; c) Que se entreguen los medicamentos antirretrovirales a todos los afiliados con VIH que se les haya prescrito tomarlos, de acuerdo a la receta médica prescrita a cada paciente; d) Que se realicen las adquisiciones de dichos medicamentos de una manera previsiva, sin esperar que estos se acaben o estén a punto de agotarse para recién iniciar el proceso de adquisición; y, de este modo, evitar los desabastecimientos de antirretrovirales; e) Que, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se delegue a la Defensoría del Pueblo la supervisión de las medidas cautelares que se dispongan; situación que nos lleva al siguiente análisis: 1.- Al respecto la autora Verónica Jaramillo Huilcapí, en su libro "Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, I Edición, 2011, p. 117 establece: "(...) En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la adopción de medidas cautelares persigue: a) Evitar la violación de un derecho; b) Hacer cesar la violación de un derecho; o; c) Hacer cesar la amenaza de la violación de un derecho. En el caso de la letra b) las medidas cautelares ya dejarían de ser precisamente cautelares para convertirse en medidas de reparación que, claro deben ser adoptadas u ordenadas dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales, porque las medidas cautelares tienen por objeto "prevenir" y no "reparar". Además si el juez constitucional concede las medidas cautelares basado en la letra b) estaría prejuzgando y estableciendo en el auto que otorga la medida cautelar que cese la violación de derecho, lo que considero no es correcto, dado que la violación de derechos se declara en sentencia (...)" Asimismo, la antes mencionada autora en su p.121 establece: "(...) Para la concesión de medidas cautelares, ha menester, la existencia de un perjuicio grave e inminente, esto es que está pronto por suceder, (viene de la raíz latina *imminens, nentis – immineri*, que significa amenazar), (...)"- 2.- El autor Luis Cueva Carrión, en su libro "Medidas Cautelares Constitucionales", Ed. Cueva Carrión, 2012, I Edición, p. 48-49, se manifiesta: "(...) Características de las

medidas cautelares: (...) 7.1 Provisionalidad.- (...) 'Las providencias cautelares están siempre destinadas a durar por un tiempo limitado. En efecto, cuando el proceso principal llega a su conclusión, desaparece el problema mismo en virtud del cual se concedieron; o el derecho ha sido reconocido existente, y podrá recibir plena satisfacción; o bien ha sido declarado inexistente y la medida cautelar deberá ser revocada' (en 7. LIEBMAN, Marco Tulio: ob. Cit. Pág. 163) (...)- 7.2 Preventividad.- Ya hemos dicho que las medidas cautelares no juzgan sobre el fondo del asunto principal, se las adopta para evitar un mal posterior, por eso su carácter es eminentemente preventivo. Su extensión en el tiempo debe estar limitada solamente a lo necesario para evitar la violación de los derechos de los justiciables." 3.- En este sentido, las medidas cautelares pretendidas por el accionante, no se encasillan dentro de lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que establece: "Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.- Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. (...)", pues del análisis al que llega la juzgadora se desprende que lo que se busca es REMEDIAR el supuesto daño causado, lo que contraría en esencia con la finalidad de estas medidas, ya que para este propósito la Constitución de la República ha previsto de la acción de protección, que conforme a lo establecido en su artículo 88, ésta procede cuando un derecho que sí existe, haya sido vulnerado, es una acción declarativa y reparadora, que contempla el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por consiguiente, se determina que la vía no es la adecuada conforme a las pretensiones del accionante. 4.- Así mismo, de las pretensiones del accionante la juzgadora no podría llegar a establecer una posible temporalidad de lo solicitado, por lo cual no se cumpliría con los presupuestos fácticos establecidos en la norma del artículo 33 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales que en su inciso tercero, señala: " (...) En el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, (...)", situación que no ha sido delimitada por el accionante y que no se puede presumir por la juzgadora. 5.- Se debe considerar que para la concesión de las medidas cautelares existen dos presupuestos: 1.- Periculum in mora y, 2.- Fumus boni iuris. Al respecto de lo establecido por el accionante, no existiría un periculum in mora. CUARTO.- La acción que nos ocupa es un asunto que está sometido a otra garantía constitucional, por más que el legitimado activo se esfuerza por conectar sus pretensiones con los presupuestos de una medida cautelar sin lograrlo, pues lo que pretende es remediar a su criterio ciertas vulneraciones de derechos constitucionales, sin explicar ni exponer claramente una relación circunstanciada de los hechos, sustentada con los elementos probatorios que demuestren la existencia de los elementos componentes y esenciales de la acción constitucional de medida cautelar; es decir, no se cumple con los requisitos de procedencia establecidos en la legislación para este tipo de garantía constitucional, y concederla de esta forma, sería un desacierto que altera la esencia y propósito de la justicia constitucional consagrada en el artículo 87 de la Norma Suprema; además, conforme lo expresado en el considerando anterior, no se ha cumplido con lo establecido en el artículo 26 de la



LOGJCC, al respecto de la garantía de medidas cautelares, analizado ut supra.- QUINTO.- Por las consideraciones antes expuestas, y en aplicación de las disposiciones del artículo 87 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 26, 27 y 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esta autoridad RESUELVE: Negar la Petición de Medidas Cautelares presentada por el señor NN...

Argumentos planteados en la demanda

El legitimado activo, en lo principal, señala que se vulnera la garantía del debido proceso relacionada con la motivación, puesto que no se cumpliría con los estándares que ha establecido la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia para considerar a una resolución como motivada; esto es, argumentación racional y coherencia lógica. Además, que la jueza habría hecho caso omiso al hecho que había una amenaza inminente de violación de sus derechos constitucionales, como es el deterioro irreversible de su salud y la pérdida de la vida.

En este sentido, agrega que el argumento de la jueza es contradictorio, en tanto, señala que uno de los momentos para solicitar las medidas cautelares, "... identificado con la letra b, sería el de hacer cesar la violación de un derecho; sin embargo, por otra parte, la señora jueza afirmó que en el caso de dicha letra b, las medidas cautelares dejarían de ser precisamente cautelares, porque las medidas cautelares tienen por objeto prevenir y no reparar...". En su opinión, el criterio señalado socavaría la definición constitucional del artículo 87 de la Constitución, ya que las medidas cautelares no solo sirven para evitar una violación, sino también para hacerla cesar.

En el mismo orden de ideas, expone que:

Sea que la señora Jueza haya pensado que la situación del peticionario era de amenaza inminente, sea que la señora Jueza haya supuesto que dicha situación era de violación en curso, resultaba evidente que las circunstancias eran, en todo caso, tremendamente graves y urgentes; resultaba, en consecuencia, también evidente que al legitimado activo no se lo podía dejar sin una protección adecuada a las circunstancias en las cuales él estaba atravesando.

Lamentablemente, para la señora Jueza la función de "hacer cesar" una violación de derechos constitucionales no es propia de las medidas cautelares sino de otras garantías





jurisdiccionales. Esta interpretación anti-garantista conspiró gravemente con contra del principio y garantía de motivación.

Añade, que la jueza confunde uno de los objetivos de la medida cautelar; esto es, hacer cesar la violación de un derecho, con la reparación integral. Asimismo, considera que confunde este último concepto con remediación. Señala que ello se da siendo que, conforme al artículo 87 de la Constitución, es posible dictar una medida cautelar sin prejuzgar sobre el asunto de fondo. Tal confusión, la lleva a la juzgadora a reprochar al accionante la falta de elementos probatorios, los mismos que por disposición expresa del artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no son necesarios, olvidando la razón de ser de las medidas cautelares, esto es, dar una solución jurídica oportuna a la situación precisamente de urgencia donde las pruebas son de difícil o imposible consecución. Por lo tanto, estima que la argumentación de la sentencia, es atentatoria a derechos constitucionales.

Por otra parte, alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, en razón que la jueza incurre en una visión reducida de la petición de medidas cautelares, en tres momentos; a saber: 1. Al considerar que este mecanismo solo sirve para evitar una violación, mas no para hacerla cesar. 2. Al razonar que este mecanismo tutelar es necesariamente accesorio a una garantía jurisdiccional. 3. Al recortar la eficacia de las medidas cautelares previstas en el artículo 87 de la Constitución.

En este contexto, señala que "... se privó al legitimado de un mecanismo que si bien era idóneo para solventar su situación de urgencia (...) no resultó eficaz por interpretaciones que socavaron el sentido y fin de la institución de medidas cautelares".

De igual forma, sostiene que existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita cuando no se hace uso de herramientas que son idóneas para una eficaz protección de derechos, como son: la optimización de principios constitucionales y la modulación constitucional.

Finalmente, alega que la resolución impugnada vulnera sus derechos como grupo de atención prioritaria, a recibir atención preferente y especializada, en tanto, la jueza no consideró que al ser portador de VIH, constituye parte de uno de dichos grupos, y que la situación de urgencia en la que se encontraba amenazaba gravemente sus derechos, resultando indispensable e impostergable adoptar las medidas cautelares adecuadas a dicha situación.

Derechos constitucionales presuntamente vulnerados

El legitimado activo sostiene que la resolución objetada vulnera los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; y, por conexidad los derechos como persona perteneciente a un grupo humano de atención prioritaria; los cuales, están contenidos en los artículos 76 numeral 7 literal I, 75, 35 y 50 de la Constitución de la República, respectivamente.

Pretensión

El accionante solicita, se declare la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; y, los derechos como persona perteneciente a un grupo humano de atención prioritaria. En consecuencia, pide se deje sin efecto la decisión judicial del 22 de agosto de 2014. Además, en razón que la medida cautelar no habría sido dictada oportunamente, solicita, que la Corte Constitucional ordene al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, practique las pruebas de resistencia para determinar su actual estado de salud.

Contestación a la demanda

De la revisión integral del expediente formado en la Corte Constitucional, se observa que la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, no ha dado contestación a los argumentos expuestos en la demanda contentiva de la acción extraordinaria de protección, tal como se le ordenara en la providencia dictada el 2 de diciembre de 2014 a las 10:10, y notificada el 3 de





diciembre de 2014, conforme se desprende de la razón sentada por la actuario que obra a foja 31 de los autos.

Procuraduría General del Estado

El abogado Marcos Arteaga Valenzuela, en su calidad de director nacional de Patrocinio, delegado del procurador general del Estado, sin emitir pronunciamiento de fondo, comparece ratificando la intervención del doctor Jimmy Patricio Carvajal, en la audiencia efectuada el martes 16 de diciembre de 2014, y señala casilla judicial para recibir notificaciones que le correspondan.

Hospital Carlos Andrade Marín (HCAM)

Comparece César Sebastián Bohórquez Jácome, en calidad de coordinador general jurídico del Hospital Carlos Andrade Marín (HCAM) y en lo principal, alega que la representación judicial y extrajudicial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), la ejerce su director general. De manera que, la gerente general y/o el director administrativo del HCAM, no están facultados con dicha competencia, en razón que esta casa de salud es una entidad dependiente del IESS. No obstante, señala que el accionante acude regularmente al HCAM, desde el año 2003, en razón de ser un paciente portador del virus VIH, en este sentido, precisa que:

El día 14 de agosto de 2014, fecha a la cual acudió a consulta se le prescribió la medicación correspondiente a su tratamiento, faltando la entrega del medicamento EFAVIREZ debido al desabastecimiento de medicinas en el hospital, sin embargo el día 26 de agosto del presente año dicho medicamento fue entregado al paciente para un lapso de dos meses, tan es así, que la próxima cita a esta casa de salud fue el día 21 de octubre de 2014, en la cual se le volvió a entregar la medicación completa para dos meses más.

De ahí que, considera que el HCAM jamás ha vulnerado derecho alguno que le asiste al paciente. Argumenta que más bien, ha precautelado en todo momento su salud procurando brindar la atención correcta y oportuna.

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)

Comparece el abogado Iván Morales Parra, en calidad de abogado patrocinador del IESS; y, en lo principal, señala que la resolución impugnada no violó norma constitucional alguna, proveniente de un acto u omisión ilegítimo que haya causado "daño inminente". Más aún, considera que en la demanda se cita normas

legales que no guardan ninguna relación con el propósito y fines que persigue la acción extraordinaria de protección.

Agrega que el accionante ha sido atendido el 14 de agosto de 2014, por el doctor Fernando Mosquera Jácome, quien le prescribió zidovudina+lamivudina por un mes; y no se prescribió “efavirenz”, porque no había en el hospital. Sin embargo, el 26 de agosto de 2014, habría sido atendido por el doctor Fredy Torres, quien le prescribió dos frascos de “efavirenz”, por cuanto ya existía en la farmacia, para así garantizarle dos meses de medicación. El siguiente control se habría dado el 21 de octubre de 2014, en el cual se le habría prescrito medicación completa para dos meses.

Concluye que: “Con esto queda en evidencia de la señora Jueza Constitucional que el médico tratante de ninguna manera violó un derecho constitucional en contra del paciente NN, por el contrario, ha tenido un tratamiento periódico, se le ha suministrado la medicina adecuada dentro de los periodos establecidos...” (sic). Razón por la cual, solicita se rechace la acción extraordinaria de protección, por no existir violación de derechos constitucionales.

Defensoría del Pueblo

En calidad de *amicus curiae*, mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2014, comparecen José Luis Guerra Mayorga y Daniela Oña, director y funcionaria de la dirección general tutelar de la Defensoría del Pueblo, respectivamente, indicando en lo principal, que existe una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita contemplado en el artículo 75 de la Constitución de la República, puesto que:

... en el caso que nos compete se vulneró el derecho a acceder a la protección de los derechos mediante los mecanismos designados para los mismos pues al momento de negar las medidas cautelares, (mecanismo idóneo para la protección de los derechos de la vida y de la salud en el caso del señor NN), se dejó en indefensión al peticionario pues no se permitió el acceso efectivo e inmediato a la protección de sus derechos (sic).

Por otra parte, tomando como antecedente la regulación que recibe el derecho a la salud en nuestra Constitución, en el Pacto Internacional de Derechos





Económicos Sociales y Culturales y en el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, resaltan que el derecho a la salud es inherente a la persona física y está vinculado a la situación de la misma, de manera que, la vulneración de este derecho puede generar como efecto la vulneración de la integridad de la persona.

En este contexto, señalan que:

... desde la perspectiva del derecho a la salud de las personas que viven con VIH, este derecho establece como un mínimo el cumplimiento del tratamiento correspondiente a su enfermedad y a su condición, y con esto claramente vamos a referirnos a la entrega de los medicamentos antirretrovirales, que en este caso resultan esenciales para garantizar la dignidad...

Concluyen que, en el caso de las personas con VIH, a las que se les ha imposibilitado continuar con su tratamiento por falta de provisión de medicamentos, se puede hablar de una vulneración grave al derecho a la salud por su condición; y, por tal razón, cuando se presenta esta situación, se está tratando implícitamente de una amenaza grave o inminente al derecho a la vida.

Audiencia pública

Conforme lo dispuso la jueza constitucional sustanciadora, Tatiana Ordeñana Sierra, mediante providencia del 2 de diciembre de 2014, se convocó a las partes procesales para ser escuchadas en audiencia pública el 16 de diciembre de 2014, a las 09:00. A foja 62 del expediente constitucional consta la razón actuarial, en virtud de la cual se indica que en la diligencia intervinieron el legitimado activo con su abogado José Luis Nieto Espinoza; el abogado Iván Morales Parral, en representación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; la abogada Daniela Oña, en representación de la Defensoría del Pueblo; el señor Edwin Hidalgo, en representación de la Coalición ecuatoriana de personas que viven con VIH; y el abogado Jimmy Patricio Carvajal, en representación de la Procuraduría General del Estado.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre la presente acción extraordinaria de protección en virtud de lo establecido en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 63 y 191 numeral 2 literal d de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y de acuerdo con el artículo 3 numeral 8 literal c y tercer inciso del artículo 46 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

La acción extraordinaria de protección, establecida en el artículo 94 de la Constitución de la República, es una garantía jurisdiccional creada por el constituyente para proteger los derechos constitucionales de las personas en contra de cualquier vulneración que se produzca mediante sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia que se encuentren firmes o ejecutoriadas. Así, esta acción nace y existe para garantizar y defender el respeto de los derechos constitucionales y el debido proceso. Por consiguiente, tiene como fin proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos de las personas que, por acción u omisión hayan sido vulnerados por decisiones judiciales.

Esta garantía jurisdiccional procede en contra de sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia, que se encuentren firmes o ejecutoriados, en los que por acción u omisión se haya vulnerado el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.





De esta forma, la esencia de esta garantía es tutelar los derechos constitucionales, a través del análisis que este órgano de justicia constitucional realiza respecto de las decisiones judiciales.

Determinación del problema jurídico para la resolución del caso

Previo a plantearse el problema jurídico a resolverse en el presente caso, esta Corte considera oportuno precisar que, si bien el accionante alega la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; y a recibir una atención prioritaria, especializada y gratuita como grupo de atención prioritaria. Ahora bien, se advierte que tal fundamentación, en lo principal, se dirige a demostrar la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; y en un contexto de interdependencia, su derecho a recibir una atención prioritaria, especializada y gratuita como persona calificada como grupo de atención prioritaria. En tal razón, este Organismo sistematizará el análisis del caso en concreto, a partir de la formulación y solución del siguiente problema jurídico:

1. La resolución dictada el 22 de agosto de 2014, a las 16:54, por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, ¿vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República?

Es necesario, antes de analizar el problema jurídico que se plantea, señalar las connotaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República. El artículo constitucional señalado dispone lo siguiente: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".

Por su parte, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en su artículo 25.1, reconoce el derecho bajo el nombre “protección judicial”, en los siguientes términos:

Protección Judicial.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En este sentido, la Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre este derecho, argumentando que:

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o también conocida como la tutela judicial efectiva, es probablemente uno de los derechos y garantías de gran relevancia dentro del ámbito procesal y constitucional, específicamente en lo que concierne al debido proceso (...). A la hora de definir o interpretar el alcance de la tutela jurisdiccional efectiva, se podría indicar en términos generales que este constituye en el derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas²...

De esta forma, se advierte la articulación e interdependencia entre el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y las garantías al debido proceso. En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, esta Corte conforme a la jurisprudencia constitucional, ha determinado que esta comporta tres momentos. Así, mediante la sentencia N.º 142-14- SEP-CC, se pronunció:

... el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita se cumple en tres momentos: primero, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el artículo 168 de la Constitución; en segundo lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y finalmente, a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos, es decir, la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita va más allá del simple acceso gratuito a la justicia; implica una serie de actuaciones por parte del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República.

² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 006-13-SEP-CC, caso N.º 0614-12-EP.



Por lo tanto, este Corte analizará si en el caso *sub iudice*, se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, sobre la base de los criterios antes expuestos.

En este punto, es oportuno resaltar que la petición de medidas cautelares en el presente caso, se resolvió de manera directa sin que medie mayor sustanciación procesal. Es decir, presentada la demanda, la jueza competente no consideró pertinente hacer uso de la posibilidad de convocar a audiencia, conforme lo permite el artículo 36 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ni emitió providencia alguna a partir de la cual se ordene determinada actuación procesal. Así, en su primera providencia, el auto del 22 de agosto de 2014, a las 16:54, la jueza avocó conocimiento de la solicitud y resolvió negar la petición de las medidas cautelares. Esta resolución y el auto del 15 de septiembre de 2014, mediante el cual se dispuso remitir el proceso a la Corte Constitucional por haberse presentado acción extraordinaria de protección, son las únicas actuaciones procesales de la juzgadora.

Estas circunstancias particulares del caso en estudio, propias del trámite de las medidas cautelares –avocó conocimiento y resolución, en un mismo y único auto– dando lugar a que esta Corte proceda a analizar de manera conjunta, si la resolución objetada cumple con los dos primeros momentos del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; esto es: acceso a la justicia y actuación del juzgador conforme al principio de la debida diligencia.

Acceso a los órganos de la administración de justicia y actuación del juzgador conforme al principio de la debida diligencia

En el caso *sub iudice*, se observa que el 19 de agosto de 2014, el legitimado activo, considerando que sus derechos a la vida y salud se encontraban en grave amenaza, con fundamento en los artículos 87 de la Constitución de la República y 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el patrocinio de un abogado particular, presentó solicitud de medidas cautelares. El conocimiento de la mencionada solicitud recayó en la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito.

La referida jueza, dando cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que regulan el procedimiento para la sustanciación de las medidas cautelares, en auto dictado el 22 de agosto de 2014 a las 16:54, resolvió negar la referida petición en su primera providencia.

En este escenario constitucional, corresponde determinar si la resolución objetada cumple con los dos primeros momentos del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; esto es, el acceso a la justicia y la sustanciación del proceso con apego al principio de la debida diligencia.

El denominado "acceso a la justicia", implica que los órganos de administración de justicia del país permitan que las personas puedan acceder con sus peticiones al sistema de justicia, sin establecer obstáculos insalvables que imposibiliten aquella acometida.

Por su parte, de acuerdo con el segundo parámetro, los operadores de justicia deben actuar con sujeción al principio de la debida diligencia para resolver el caso puesto a su conocimiento. La "debida diligencia", se refiere a la actuación pronta y prolija por parte de las autoridades jurisdiccionales; esto es, en un tiempo razonable y dando trámite a la causa con apego a la normativa pertinente, con el objeto de dar efectiva protección a los derechos e intereses de las partes.

En el presente caso, resulta oportuno hacer referencia a la normativa constitucional, la interpretación auténtica de dicha normativa emanada de este máximo organismo de administración de justicia constitucional, y las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que se ocupan de desarrollar la naturaleza, procedencia y alcance de las medidas cautelares.

En este sentido, la Constitución de la República en el artículo 87, establece: "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho".





**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

Caso N.º 1470-14-EP

Página 15 de 43

Esta Corte Constitucional, al analizar el artículo 87 de la Constitución, ha expresado que "... el constituyente ecuatoriano consagró una garantía jurisdiccional por la cual, el operador judicial, frente a la amenaza o violación de derechos constitucionales, puede analizar la gravedad y urgencia del caso y, de considerarlo necesario, dictar determinadas medidas temporales a fin de proteger derechos constitucionales"³.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 26 señala: "Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos" y en el artículo 27, dispone:

Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.

En este orden de ideas, esta Corte Constitucional, al abordar la procedencia de las medidas cautelares, en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC, caso N.º 0561-12-CN, definió las situaciones que merecen ser analizadas por medio de las medidas cautelares. Estas situaciones se verifican cuando los derechos constitucionales se ven amenazados, o ha ocurrido una violación a los mismos:

Para el caso de la violación de los derechos, la situación es clara desde el momento en el que el ejercicio pleno de un derecho constitucional o un derecho humano es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, la persona ha sido ya víctima de una intervención vulneratoria; la acción de medidas cautelares debe ser solicitada conjuntamente con la garantía jurisdiccional correspondiente.

El presupuesto de la amenaza, tal como se encuentra prevista en nuestra Constitución en el artículo 87, se refiere a cuando un bien jurídico que, sin ser necesariamente afectado

³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 058-15-SEP-CC, caso N.º 0614-11-EP.

o lesionado, se encuentra en tránsito de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración suceda. Ello se relaciona también de manera directa con la inminencia del daño y justifica una urgente necesidad de actuación por parte de las juezas y jueces constitucionales que conocen estas medidas, de lo contrario, el daño se consumaría, convirtiendo en inefectiva la medida solicitada. En este caso, lo que procede es la presentación de una solicitud de medidas cautelares autónomas y su concesión, en caso de que ello fuere pertinente.

En función de lo expuesto, queda claro que las medidas cautelares proceden ante dos supuestos: a) cuando existe la amenaza de una vulneración de un derecho constitucional, en cuyo caso, el objetivo es cesar la amenaza o evitar la transgresión del derecho; y b) cuando existe la violación del derecho, supuesto en el cual, el objetivo es cesar la vulneración del mismo. El supuesto que motiva la activación de las medidas cautelares y el objetivo que se persigue con la misma, determina su forma de presentación.

Dicho de otro modo, si la medida cautelar está destinada a prevenir la violación de un derecho –cesar la amenaza– esta deberá presentarse de forma autónoma; mientras que, si el objetivo es cesar una violación que ya ha ocurrido, esta deberá presentarse de forma conjunta con la garantía jurisdiccional pertinente para acreditar la vulneración del derecho alegado.

No obstante, no debe dejarse de lado que, independientemente de la forma en que se presente la medida cautelar –autónoma o conjunta– lo trascendental es tutelar el derecho objeto de la medida; ya sea, evitando la vulneración de un derecho que está siendo amenazado, o bien, cesando una violación ya existente. Desde las perspectivas del derecho cuya amenaza o violación se alega, la no adopción de medidas cautelares oportunas y efectivas, en principio, puede derivar en la consumación de un daño o la profundización de sus consecuencias.

En función de lo dicho, el Organismo constitucional en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC, caso N.º 0561-12-CN, generó las siguientes reglas jurisprudenciales en relación a las solicitudes de medidas cautelares:

- b) La concesión de medidas cautelares procede en caso de amenazas o violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, con diferencia de objeto entre uno y otro supuesto:



- i. En caso de amenazas, el objeto de las medidas será prevenir la ocurrencia de hechos que se consideren atentatorios a derechos reconocidos en la Constitución. La amenaza se da cuando un bien jurídico no se encuentra afectado o lesionado, sino, en camino de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración se verifique. En este caso, por no verificarse todavía una vulneración del derecho constitucional, procederá la presentación de las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales de manera autónoma.
- ii. En caso de violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, el objeto será cesar dicha situación. Se consideran como tales, aquellas situaciones en las que el ejercicio pleno de un derecho reconocido en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita. En dicho caso, las medidas cautelares deberán ser necesariamente solicitadas en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, se deberá condicionar la concesión de la medida cautelar a la constatación de un daño grave que pueda provocar efectos irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.
- c) Para la concesión de las medidas cautelares, autónomas o en conjunto, la jueza o juez constitucional requerirá la verificación previa de los presupuestos previstos en el artículo 27, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicha verificación deberá ser razonable y justificada, la que se expondrá en la resolución que las concede.

En el caso en concreto, se observa que la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, al fundamentar su decisión de negar las medidas cautelares, hizo relación al hecho que el accionante buscaba, a través de la solicitud de medidas cautelares, remediar el supuesto daño causado. En criterio de la jueza, para este propósito la Constitución ha previsto la acción de protección. Por otra parte, la judicatura consideró que la solicitud no cumplió con los elementos de temporalidad, especificación e individualización –positiva o negativa– a cargo del destinatario de la medida cautelar. Además, expuso que, de lo alegado por el accionante, no se verifica el *periculum in mora*, como presupuesto para otorgar la medida cautelar. De manera expresa, señala que:

La acción que nos ocupa es un asunto que está sometido a otra garantía constitucional, por más que el legitimado activo se esfuerza por conectar sus pretensiones con los presupuestos de una medida cautelar sin lograrlo, pues lo que se pretende es remediar a su criterio ciertas vulneraciones de derechos constitucionales, sin explicar ni exponer claramente una relación circunstanciada de los hechos, sustentada con los elementos probatorios que demuestren la existencia de los elementos componentes y esenciales de la acción constitucional de medida cautelar ...



De lo expuesto, se advierte que la jueza negó la solicitud de medidas cautelares fundamentada en el hecho que los presupuestos fácticos presentados por el accionante se corresponden con el objeto y ámbito de tutela por medio de la garantía de acción de protección y no con la solicitud de medidas cautelares, en razón que, lo que se persigue es la reparación de un daño causado por la violación de un derecho.

En principio, el criterio de la judicatura aparentemente coincide con la regla jurisprudencial establecida por esta Corte en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC. No obstante, es importante efectuar algunas puntualizaciones necesarias, a fin de evidenciar la lectura formalista que la jueza efectuó del precedente establecido por la Corte Constitucional. Así, si bien es cierto que la acción de protección es el medio idóneo para declarar la vulneración de un derecho constitucional y reparar el mismo; la jueza, en su razonamiento, pasó por alto que la solicitud de medidas cautelares procede también con el objetivo de hacer cesar la violación de un derecho. En tal evento, dicha solicitud se presenta de manera conjunta con la garantía que se considera oportuna. De darse este supuesto, en la primera providencia se debe calificar la medida cautelar solicitada, y se debe sustanciar la causa hasta que en sentencia se resuelva la existencia o no de la vulneración del derecho constitucional.

La jueza no consideró que, de no existir la opción de otorgar una medida cautelar previo a resolverse el fondo del litigio constitucional, la vulneración puede producir efectos irremediables; en cuyo caso, estaríamos frente a la imposibilidad de restituir el derecho vulnerado a su estado anterior cuando se dicte la sentencia. Es ahí donde radica la importancia de la medida cautelar conjunta. Ello puesto que, de proceder y otorgarse la misma, a más de suspender en ese momento la violación que se acusa, en el supuesto que en sentencia se declare la vulneración de un derecho, la reparación integral a través de –entre otras– medidas de remediación, *prima facie*, resulta factible.

De ahí que, el razonamiento expresado por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, en el sentido que, la medida cautelar solicitada en el presente caso, se subsume en los presupuestos de la acción de protección y por lo tanto se la niega, implica obviar la normativa constitucional,





legal y las reglas jurisprudenciales dadas por esta Corte, en el sentido que la medida cautelar puede también presentarse de manera conjunta.

Además, la jueza en mención, basada en un criterio doctrinario, expresamente señala que, cuando las medidas cautelares tienden a hacer cesar la violación de un derecho, ésta deja de ser cautelar para convertirse en medida de reparación. Dicho argumento está fuera de contexto y no corresponde a la naturaleza de las medidas cautelares previstas en el artículo 87 de la Constitución. Esta Corte se ha pronunciado en un sentido distinto, respecto a la medida cautelar en conjunto, en la sentencia de jurisprudencia vinculante N.º 001-10-PJO-CC, caso N.º 0999-09-JP:

La medida cautelar cumple la función de suspender provisionalmente el acto presuntamente violatorio de derechos constitucionales, hasta que vía sentencia, se declare o no dicha vulneración. En otras palabras, la medida cautelar puede ser adoptada en primera providencia, cuando a criterio del juez existan presunciones de una posible vulneración de derechos constitucionales que no pueda esperar a la sentencia, pero aquello no implica un pronunciamiento de fondo y, por tanto, no puede generar un efecto propio de una garantía de conocimiento, como en efecto es la acción de protección.

De modo que, la concesión de una medida cautelar dictada en el contexto de una garantía de conocimiento, dada su naturaleza y alcance, jamás puede considerarse como una suerte de reparación integral, pues la naturaleza de cada una es distinta a la de la otra, aunque ambas procedan ante supuestos que puedan generar un determinado evento –una vulneración de derechos constitucionales que sea actual–. La diferencia entre el presupuesto de concesión de la una y la otra, es que al momento de la concesión de la medida cautelar, basta que existan suficientes elementos para concluir la concurrencia de los presupuestos de peligro en la demora y verosimilitud fundada de la pretensión; mientras que, las medidas de reparación integral proceden cuando la judicatura ha sido satisfecha con los elementos para declarar la vulneración del derecho constitucional, después de haber sustanciado el procedimiento constitucional.

Las medidas cautelares y las medidas de reparación también son diferentes en cuanto a su finalidad, ya que las primeras buscan conjurar transitoriamente la amenaza o vulneración hasta que se decida sobre su real existencia; en tanto que,

las medidas de reparación buscan retornar el estatus de protección de los derechos constitucionales al mismo grado en el que se encontraban antes de que la vulneración, ya declarada, se haya producido.

Así las cosas, esta Corte advierte que la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, al motivar su negativa de conceder la medida cautelar, agota su análisis en cuestiones formales y procedimentales; esto es, que los presupuestos fácticos denunciados son objeto de resolución a través de la garantía de acción de protección y no se corresponden con la naturaleza de las medidas cautelares. Sin embargo, la jueza no consideró en su resolución que ella misma era competente para conocer y resolver la acción de protección que argumentó, debía ser incoada por el accionante.

Es decir, la jueza en referencia, al negar la medida cautelar, omitió analizar el fundamento principal que sustentaba la petición de medida cautelar –más allá que la demanda contenga como fundamento la vulneración de derechos constitucionales–, a pesar que la Constitución y la ley le otorgan competencia para hacerlo, en razón de la materia –constitucional–, del territorio –el lugar donde se habría producido la vulneración, o donde ella habría causado sus efectos–, los grados –como juzgadora de primera instancia– y las personas –ya que en materia de garantías jurisdiccionales no existen fueros especiales–.

En este orden de ideas, es importante indicar que la justicia constitucional se rige, entre otros, por los siguientes principios: formalidad condicionada, economía procesal y *iura novit curia*. Estos principios son concordantes con el mandato de la Constitución de la República en el artículo 86 numeral 2^º, el cual consagra el principio de informalidad de las garantías jurisdiccionales, permitiendo incluso, que las demandas sean propuestas de manera verbal y sin patrocinio de un

⁴ Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: (...) 2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se originó el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

- a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.
- b) Serán hábiles todos los días y horas.
- c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
- d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del jugador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.
- e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su diligencia.





abogado. Así, el artículo 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece:

Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: (...)

7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades. (...)

11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas: (...)

c) Saneamiento.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen (...) 13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional...

Esta Corte Constitucional, al desarrollar los principios antes referidos, ha señalado que, con el objetivo de garantizar la plena efectividad de la justicia constitucional, el constituyente, al diseñar las garantías jurisdiccionales en la Norma Suprema, lo ha realizado desde una óptica anti-formalista, implantando filtros no rígidos en cumplimiento con el mandato de simplicidad e informalidad en la administración de justicia constitucional⁵. Así, mientras en la justicia ordinaria las formalidades son más estrictas, establecidas como garantías de igualdad y protección del derecho a la defensa; en la justicia constitucional son más laxas, en aras de buscar una tutela efectiva de los derechos de las personas, la que no puede esperar so pretexto del incumplimiento de formalidades⁶.

En lo que respecta al principio de economía procesal, éste persigue que los procesos constitucionales, en función de su naturaleza, sean resueltos de manera celer, oportuna y eficiente. Para ello, los juzgadores deben procurar maximizar el resultado sustantivo a través de la actuación del menor número de diligencias procesales. Ello implica evitar el retardo innecesario en la sustanciación y resolución de las causas. Una consecuencia de aquello, deriva en la obligación que tienen los juzgadores de subsanar o convalidar las actuaciones de las partes

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 099-15-SEP-CC, caso N° 1974-13-EP.

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 107-14-SEP-CC, caso N° 2073-13-EP.

procesales que incurran en el incumplimiento de formalidades, en cuyo favor se establecen.

En el contexto particular de las garantías jurisdiccionales, en la sentencia N.º 001-10-PJO-CC, caso N.º 0999-09-JP, esta Corte argumentó:

De conformidad con el carácter dinámico de las garantías jurisdiccionales, que incluso permiten su activación sin la necesidad de contar con el auspicio de un profesional del derecho, y en ejercicio del principio *iura novit curia* "el juez conoce el derecho", reconocido en el artículo 4, numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el juez constitucional debe subsanar de oficio las deficiencias de las pretensiones alegadas y continuar con la sustanciación de la causa. Es preciso determinar en este punto, que tanto la Constitución de la República en sus artículos 11, numeral 5, y 76, como la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 2, numeral 4, prevén de manera categórica la obligatoriedad de administrar justicia constitucional y la prohibición de suspender y denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

Por lo tanto, queda claro que los principios antes desarrollados, en definitiva, han sido estatuidos por el legislador con la finalidad que la justicia constitucional cumpla de manera expedita su objetivo de brindar tutela de los derechos constitucionales. Siendo necesario para aquello, dotar de un rol protagónico y oficioso al órgano jurisdiccional encargado de administrar justicia en materia constitucional. De modo que, todo juez constitucional, en función de los referidos principios, está obligado a suplir las deficiencias en derecho en las que incurran las partes procesales, a fin que las causas constitucionales se desarrollen y concluyan de manera célere y oportuna. En este escenario, no tiene cabida la exposición de argumentos meramente formales como fundamento para negar las pretensiones de las partes procesales.

Al respecto, esta Corte, a través de sus precedentes ha tenido un amplio desarrollo respecto al rol protagónico del juez constitucional. Así, en la sentencia N.º 020-10-SEP-CC, caso N.º 0583-09-EP, precisó que el juez de garantías jurisdiccionales, constituye:

... el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho (...) con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas de





satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno

De igual forma, en la sentencia N.º 102-13-SEP-CC, caso N.º 0380-10-EP, esta Corte señaló:

... la nueva corriente del constitucionalismo, en la que el Ecuador está inmerso, cuestiona la posición del juez como un simple “director del proceso” o espectador, pues mira al juzgador avocado al activismo judicial en miras a precautelar los derechos constitucionales, cumpliendo un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento...

Finalmente, en la sentencia N.º 146-14-SEP-CC, caso N.º 1773-11-EP, se señala:

... los jueces tienen un papel activo en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia, el mismo que no se limita a la sustanciación de garantías jurisdiccionales observando los procesos convencionales, sino además al establecimiento de parámetros dirigidos a todo el auditorio social para la eficaz garantía de los derechos establecidos en la Constitución, como norma suprema que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que conforme el texto constitucional, el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Queda claro, entonces, a partir de los precedentes constitucionales antes desarrollados, que la Corte ha definido y desarrollado de manera diáfana el papel preponderante y activista que asume el juzgador que conoce de garantías jurisdiccionales, en aras de una real protección de los derechos constitucionales de los usuarios del sistema de justicia a través de sus resoluciones; esto, como consecuencia del sistema constitucional instituido a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, en el que a la par de un reconocimiento amplio de un catálogo de derechos, se establece que éstos constituyen el núcleo central del Estado, así pues, nuestro país se define como un Estado constitucional de derechos⁷; y en función de aquello, la Norma Suprema consagra varias garantías jurisdiccionales, cuyo objetivo radica en la reivindicación y tutela efectiva de tales derechos.

⁷ Constitución de la República, Art. 1.- “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” ...

Sobre esta base, en el caso en concreto, se advierte que la jueza constitucional, en función de un análisis formalizado de la demanda propuesta, identificó en un principio que el fundamento de la misma, radicó en una alegada vulneración de derechos constitucionales –a la vida y la salud–. No obstante, obvió referirse a dicha alegación y a analizarla, debido a que la demanda tenía el membrete “solicitud de medida cautelar”.

Al haber procedido de tal modo, la judicatura trasladó la carga de argumentación jurídica al accionante; y al hacerlo, implícitamente requirió que éste conozca y domine las normas procesales relacionadas con las garantías jurisdiccionales y su aplicación, como un requisito necesario para acceder a la justicia constitucional. Por tanto, el efecto de su decisión fue “cerrar la puerta” de su juzgado por medio de un obstáculo técnico; el cual, a su vez, obligaba al accionante a iniciar una nueva acción ante la propia jueza o alguna otra con la misma competencia que ella, por medio de otra demanda, en caso de desear que sus derechos sean protegidos.

Las consecuencias previsibles de este hecho son la duplicación de procedimientos; el gasto redundante de recursos económicos y humanos; y, sobre todo, la dilación innecesaria en la protección debida a una persona en posible peligro que su salud, integridad física y su vida se vean lesionadas. Así, todo asomo de prontitud y eficiencia en la resolución de la causa en la primera providencia, se desvaneció cuando la jueza obligó al solicitante a iniciar un nuevo proceso a fojas cero.

Es decir que, la demanda propuesta por el accionante, pese a que no haya sido formulada como tal, presentaba un problema que bien podía haber sido resuelto por medio de la sustanciación de una acción de protección con medida cautelar conjunta. En tal razón, la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, en el presente caso, en función de una lectura adecuada del criterio de esta Corte a la luz de los principios constitucionales antes desarrollados, se encontraba en la obligación de subsanar las inconsistencias de orden jurídico, presentes en la formulación de la demanda; y, como consecuencia de aquello, debía corregir el error y dar trámite a la demanda como acción de

protección con medida cautelar conjunta, conforme a las reglas jurisprudenciales creadas en la sentencia N.º 034-13-SEP-CC.

En conclusión, la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito, en un solo acto, estableció una barrera irrazonable para que el accionante reclame la protección a sus derechos; y, a pesar de haber resuelto la causa inmediatamente, no lo hizo diligentemente. Por los argumentos expuestos, la decisión impugnada incumplió los parámetros mínimos de acceso a la justicia y sustanciación del procedimiento con apego al principio de la debida diligencia, como componentes del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita.

Ejecución de la decisión

De los elementos señalados en la demanda, así como de los recaudos procesales, esta Corte estima que el análisis sobre la ejecución de la resolución que negó la solicitud de medidas cautelares en el presente caso no es pertinente. Ello, debido a que la judicatura no formuló órdenes concretas a ser ejecutadas, más allá del archivo del proceso; y, además, porque el accionante no concentró su petición en que se analice si la resolución fue ejecutada o no, ya que sus argumentos van encaminados, más bien, a cuestionar dicha decisión.

Habiendo analizado la actuación de la judicatura a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses del solicitante, esta Corte concluye que la sentencia impugnada vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita del legitimado activo.

En atención al problema jurídico planteado la Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, dicta la siguiente regla jurisprudencial:

- a. Cuando la jueza o juez, al conocer la petición de una medida cautelar solicitada de manera autónoma, advierta, de la lectura integral de la demanda y hechos relatados en ella, que los mismos no se encasillan dentro de la amenaza de un derecho, sino que guardan relación con un hecho en el que se alegue una presunta vulneración de un derecho, deberá enmendar el error de derecho en que incurrió el solicitante y tramitar la medida cautelar solicitada en conjunto con la garantía jurisdiccional de conocimiento que corresponda. Para tal efecto, deberá observar las reglas



jurisprudenciales dictadas en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC, dentro del caso N.º 0561-12-CN.

- b. Cuando la jueza o juez conozca una garantía jurisdiccional constitucional con fundamento en un patrón fáctico similar al presente caso; esto es, en el que se haya demostrado la falta de prescripción o administración de un medicamento antirretroviral a una persona portadora de VIH, que forma parte de su tratamiento médico integral por parte de un centro de la red pública de salud, debido a causas ajenas a las estrictamente médicas, deberá declarar la vulneración del derecho constitucional a la salud.

Consideraciones adicionales de la Corte

En razón que la resolución que niega la medida cautelar es fuente de vulneraciones de derechos constitucionales, corresponde a esta Corte Constitucional, en su calidad de máximo órgano de administración de justicia constitucional, y en función de los principios que rigen la justicia constitucional, a saber: *iura novit curia*, economía procesal, concentración, celeridad y en aras de una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, analizar la procedencia de la solicitud presentada. Para tal fin, formula el siguiente problema jurídico:

La falta de receta y entrega de un medicamento antirretroviral a una persona portadora del virus de VIH, por parte de una institución de la red pública de salud, debido a la falta de existencias, ¿vulnera el derecho a la salud, recogido en el artículo 32 de la Constitución de la República?

El presente problema jurídico, planteado por esta Corte Constitucional, tiene un doble objetivo. Por un lado, está el determinar si una solicitud con las características presentadas por el accionante, cumple con los presupuestos de concesión de una medida cautelar dictada en el conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, en la especie, acción de protección. Por otro lado, la Corte busca determinar si, de los elementos aportados por el solicitante, y reconocidos por la judicatura; así como, de las intervenciones de las partes y terceros con interés en la acción extraordinaria de protección, se puede advertir la real existencia de la vulneración a derechos constitucionales; más concretamente, el derecho a la salud.





De los antecedentes que obran de la demanda, se tiene que el 14 de agosto de 2014, el legitimado activo, señor NN, persona afiliada al IESS y portadora del virus VIH, acudió al Hospital Carlos Andrade Marín a una consulta médica. En este sentido, alega que, en dicha consulta, no le han recetado ni entregado un medicamento antiretroviral que requiere para su tratamiento; esto es, EFAVIRENZ de 600 mg., por no haber existencias del mismo en el hospital. Por tal razón, presentó solicitud de medida cautelar, en tanto, considera que sus derechos a la salud y la vida, principalmente, se vieron gravemente amenazados, y a fin que se ordene la entrega inmediata de la medicación referida.

En este contexto, de lo expresado por parte del abogado del Hospital Carlos Andrade Marín en la audiencia convocada por este Organismo⁸ y de la documentación que se adjunta en la referida diligencia y que obra de fojas 127 a 132 de los autos, se observa que el medicamento EFAVIRENZ ha sido entregado al accionante por parte de la referida casa de salud en la cita que tuvo lugar el 26 de agosto de 2014, y posteriormente se entregó el mismo medicamento en la cita que tuvo lugar el 21 de octubre de 2014. Estos hechos, no han sido rebatidos por el accionante.

No obstante, de los antecedentes expuestos, se advierte que el legitimado activo no recibió el medicamento EFAVIRENZ desde el 14 de agosto hasta el 26 de agosto de 2014. Por tal razón, pese a que el antecedente que motivó la petición de medida cautelar ha sido subsanado, corresponde determinar si la falta de entrega de dicho medicamento constituyó una vulneración al derecho constitucional a la salud.

La Constitución de la República, consagra en el artículo 32 el derecho a la salud en los siguientes términos:

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.

⁸ Audiencia celebrada el 16 de diciembre de 2014, a las 09:00. Intervención del doctor Iván Morales Parra.

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.

En este orden de ideas, el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud.

De igual forma, el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. Por tanto, resulta necesario que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud⁹.

En este punto es importante indicar que la Constitución de la República a la par que reconoce el derecho a la salud, establece también el sistema nacional de salud, el cual tiene por finalidad, el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, reconociendo la diversidad social y cultural. Este sistema se guía 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 generacional¹⁰. En este sentido, la Norma Suprema, establece:

Art. 359.- 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.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, dictamen N.º 006-15-DT1-CC, caso N.º 0011-14-T1.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, artículo 358.



Art. 360.- El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad.

Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. 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.

De manera que, el Estado es responsable de formular la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura; fortalecer los servicios estatales de salud; incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud; brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como, garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos¹¹.

Respecto del derecho a la salud, es importante indicar que este no solo se encuentra reconocido por nuestra Constitución; sino que además, es materia de consagración en distintos instrumentos internacionales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25, numeral 1 expresa:

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, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

¹¹ Constitución de la República, artículo 363.

De igual forma, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagra en su artículo 11 el derecho a la salud en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, en el artículo 10 señala:

Art. 10.- Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y,
 - f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 12.1, expresa:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.



2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...)
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

La normativa internacional antes citada, refuerza la protección constitucional con la que cuenta el derecho a la salud en nuestro país; y en consecuencia, las obligaciones que tiene el Estado ecuatoriano para su efectiva tutela. Esta Corte, al analizar el derecho a la salud con base en los instrumentos internacionales antes citados; y, en especial, en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siguiendo al autor Carlos Fuentes Alcedo, argumentó que este derecho implica la adopción por parte del Estado ecuatoriano de medidas tendientes a la optimización de este derecho, tanto en la prevención, asistencia y tratamiento de enfermedades, asegurando que todas las personas puedan acceder a los servicios de salud. De modo que, el derecho a la salud, no es sinónimo de estar sano o no estar enfermo, más bien se trata de un derecho de protección de la salud o el derecho a tener y/o utilizar los medios necesarios que proporcionen el mayor nivel de bienestar posible¹².

En lo que concierne a la legislación interna, la Ley Orgánica de Salud, en el artículo 3, determina:

Art. 3.- La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.

La misma ley, en el artículo 9 literal f, determina:

Art. 9.- Corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de las personas, para lo cual tiene, entre otras, las siguientes responsabilidades: (...) f) Garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad a bajo costo, con énfasis en

¹² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 016-16-SEP-CC, caso N.º 2014-12-EP.



medicamentos genéricos en las presentaciones adecuadas, según la edad y la dotación oportuna, sin costo para el tratamiento del VIH-SIDA y enfermedades como hepatitis, dengue, tuberculosis, malaria y otras transmisibles que pongan en riesgo la salud colectiva...

A más de lo señalado es oportuno precisar que el Ecuador es suscriptor de varios compromisos internacionales respecto de las personas portadoras de VIH, a saber: Declaración S-26/2 de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA del 27 de junio de 2001 y las Directrices Mixtas OIT/OMS sobre servicios de salud y el VIH/SIDA.

En el mismo sentido, forma parte de nuestra legislación interna, la Ley para la prevención y asistencia integral del VIH-SIDA, en la cual, se establece:

Art. 1.- Se declara de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) para lo cual el Estado fortalecerá la prevención de la enfermedad; garantizará una adecuada vigilancia epidemiológica; y, facilitará el tratamiento a las personas afectadas por el VIH; asegurará el diagnóstico en bancos de sangre y laboratorios, precautelará los derechos, el respeto, la no marginación y la confidencialidad de los datos de las personas afectadas con el virus de Inmuno Deficiencia Adquirida (VIH).

Siguiendo este orden de ideas, es importante indicar que esta magistratura constitucional, en el caso N.º 2014-12-EP, sentencia N.º 016-16-SEP-CC, que guarda cierto grado de analogía fáctica con la presente causa, por tratarse de una persona portadora de VIH, realizó un extenso y cabal análisis del derecho a la salud, llegando a expresar, entre otras cosas, que: "... la condición de portador de VIH o enfermo de SIDA se considera como una enfermedad catastrófica que requiere protección por parte del Estado en tanto ubica a las personas en los grupos de atención prioritaria...". Posteriormente, analiza que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, al interpretar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que:

... en relación a la creación de condiciones para la asistencia médica y servicios médicos, el Comité manifestó que se refiere al acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, inversión en programas de educación e incluye también el poder recibir un tratamiento adecuado, el suministro de medicamentos así como el tratamiento para asegurar la salud mental.



La Corte dispuso en la referida sentencia dentro de la reparación integral, en lo que respecta a las medidas de rehabilitación, que la Policía Nacional asuma la responsabilidad de la prestación de servicios médicos al accionante, lo cual implica, la entrega de medicinas necesarias para atender su condición y demás situaciones médicas que ocurran por ser portador de VIH.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*¹³, en el párrafo 194, argumenta:

194. El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En particular, el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos han emitido resoluciones que reconocen que “el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Posteriormente, la Corte Interamericana, en la sentencia referida al analizar las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, a los cuales considera como una referencia autorizada para aclarar algunas obligaciones internacionales del Estado; colige que para dar una respuesta eficaz a las personas que viven con VIH se requiere un enfoque integral, que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Así, el tratamiento, atención y apoyo integrales, incluyen fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos. En consecuencia, “... Una respuesta limitada al acceso a fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos no cumple con las obligaciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo derivadas del derecho al más alto nivel posible de salud...”.

En función de la consagración del derecho a la salud en nuestra Constitución, en los instrumentos internacionales antes citados, en concordancia con los precedentes desarrollados por este Organismo como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional y la jurisprudencia

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 1 de septiembre de 2015.

emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más de la legislación interna; queda claro que el ejercicio del derecho a la salud de una persona portadora de VIH comporta, entre otros elementos y para el caso que nos atañe: la entrega de los medicamentos que forman parte del tratamiento de salud que recibe –antiretrovirales– de manera oportuna por parte de la casa de salud pública que lo atiende y encargada de su tratamiento. Considerando que, a partir de la atención, tratamiento y suministro de medicina, se garantiza de manera integral el derecho a la salud de las personas portadoras de VIH.

Dicho esto, cabe señalar que, del relato realizado por el accionante en su solicitud de medidas cautelares, presentó los hechos de manera que podía haberse concluido de su sola lectura que:

- a. Existieron elementos suficientes para considerar de manera fundada que su relato respecto de una posible existencia de una vulneración a su derecho a la salud era verosímil. Este elemento fue reconocido expresamente por la judicatura en la decisión jurisdiccional impugnada.
- b. La falta de entrega de medicamentos antiretrovirales a una persona portadora de VIH, no sólo constituye en sí misma una violación consumada de su derecho a la salud; sino que, por el deterioro irreversible se ocasiona en una persona en tal situación, existe un peligro real de posterior lesión al derecho señalado, así como a su integridad personal y a su vida, el cual se agrava con la demora en la entrega del medicamento.

Al concurrir ambos elementos en la solicitud presentada, los presupuestos de procedibilidad de las medidas cautelares solicitadas estaban plenamente justificados; y por lo tanto, la jueza debía haberlas concedido, una vez corregido el error de derecho respecto de la vía escogida.

Ahora, sobre la base de las consideraciones jurídicas expuestas, esta Corte advierte además que, revisada la historia clínica del accionante y las certificaciones emitidas por parte de los médicos del Hospital Carlos Andrade Marín¹⁴, el señor NN, es efectivamente portador de VIH y ha sido atendido en la referida casa de salud desde el 12 de mayo de 2003. También consta que, a partir del 5 de marzo de 2004, se le receta y suministra el medicamento EFAVIRENZ. Desde esa fecha, se le entrega de forma periódica –en cada consulta– la referida

¹⁴ Véase fojas 63 a 132 del expediente formado en la Corte Constitucional del Ecuador.



medicación. No obstante, tal como lo señala el legitimado activo, conforme obra del proceso y tal como ha sido reconocido por los propios médicos del Hospital Carlos Andrade Marín, en la cita del 14 de agosto de 2014, no se le prescribió y suministró el medicamento EFAVIRENZ, por no existir o haberse agotado en farmacia; es decir, sin que medie justificación de orden médico, sino administrativo.

Por lo tanto, los elementos aportados por las partes permiten a esta Corte llegar a la conclusión que el accionante, durante el lapso que va desde el 14 al 26 de agosto de 2014, fue privado de la entrega de la medicación de antirretrovirales que forma parte de su tratamiento integral y que venía recibiendo de manera periódica por parte del Hospital Carlos Andrade Marín; sin que, como ya se indicó, la falta de prescripción y entrega del medicamento, obedezca a cuestiones médicas derivadas de su valoración o historia clínica, que justifiquen la falta de receta o entrega de la medicación; y, por el contrario, la falta de suministro obedece a un tema netamente administrativo de la casa de salud pública; esto es, la falta de provisión o agotamiento en farmacia.

Así las cosas, esta Corte colige que la falta de entrega oportuna del medicamento EFAVIRENZ –el cual es un antiretroviral y forma parte de su tratamiento médico– al ciudadano NN, portador de VIH, conforme se desprende de la historia clínica y las certificaciones de los médicos del Hospital Carlos Andrade Marín, al no garantizar un tratamiento médico y atención integral del legitimado activo, causa una vulneración a su derecho constitucional a la salud en relación con el derecho a recibir una atención prioritaria, especializada y gratuita como grupo de atención prioritaria.

Reparación integral

En la presente sentencia, esta Corte ha constatado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita al dictarse la resolución del 22 de agosto de 2014 a las 16:54, por parte de la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito; así como, del derecho a la salud, por parte del Hospital Carlos Andrade Marín. En consecuencia, de los argumentos expuestos, corresponde a esta Corte dictar las medidas de reparación necesarias,

a fin que los actos lesivos y vulnerados del derecho constitucional queden sin efecto jurídico; y que, de parte de la justicia constitucional, se provea de efectiva protección a sus derechos e intereses por medio de una decisión que cumpla con los requisitos mínimos para ser considerada como motivada.

Así pues, la reparación integral, a más de constituirse en un mecanismo de protección, se constituye en un derecho constitucional, cuyo objetivo es que los derechos que fueron vulnerados, sean reparados a través de medidas que procuren ubicar a la persona en una situación similar o igual a la que tenía previo a la vulneración de derechos.

En tal sentido, a efecto de determinar las medidas de reparación más adecuadas y pertinentes, el Organismo considera oportuno reflexionar sobre los presupuestos fácticos materia del litigio constitucional, los antecedentes procesales y la pretensión del accionante al formular la presente acción extraordinaria de protección. Por tal razón, debe prestarse especial consideración al hecho que la omisión que motivó la petición de medidas cautelares –falta de entrega del medicamento EFAVIRENZ– conforme ha quedado demostrado, fue subsanada posteriormente por la propia entidad accionada. De igual forma, debe considerarse que el legitimado activo, expresamente ha solicitado a esta Corte que se guarde reserva de su identidad en todas las diligencias atinentes al presente caso.

Por tal razón, para efectos de la reparación integral, caben las siguientes consideraciones:

Medida de restitución

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita por parte de la judicatura que negó la solicitud de medidas cautelares genera como consecuencia la disposición de una medida de restitución, en el sentido que, corresponde dejar sin efecto jurídico la decisión objeto de la presente acción extraordinaria de protección. Esta es, la resolución dictada el 22 de agosto de 2014 a las 16:54, por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito. En su reemplazo, esta Corte efectúa la declaración del





derecho constitucional vulnerado por la casa de salud y la emisión de las presentes medidas de reparación integral. La propia Corte Constitucional ejecuta esta medida, a través de la presente sentencia, y la misma surte efecto inmediato desde que la decisión esté en firme.

Medidas de garantía de no repetición

Conforme lo ha señalado esta Corte Constitucional:

La garantía de que el hecho no se repita tiene como fin que ante la vulneración de derechos constitucionales por un determinado acto u omisión, se asegure que estos hechos no vuelvan a generarse. Esta medida reparatoria, a criterio de esta Corte, es simbólica, en el sentido de que se exterioriza el compromiso del Estado de ser garante de los derechos constitucionales, y por ende promover su efectiva protección conforme lo manda la Constitución de la República¹⁵

Respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, esta Corte ordena que, con el objeto de que no se repitan actuaciones judiciales restrictivas y formalistas de las reglas jurisprudenciales establecidas por esta Corte en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC, el Consejo de la Judicatura, a través de su representante legal, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia entre las juezas y jueces que tienen competencia para conocer garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, por medio de atento oficio a las judicaturas, con el contenido de la presente sentencia. El representante del Consejo de la Judicatura deberá informar a esta Corte sobre el cumplimiento de esta medida dentro del término de veinte días.

Con relación a la vulneración del derecho a la salud, a efecto que las personas portadoras de VIH afiliadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que reciben tratamiento en las distintas casas de salud públicas, no sean privadas de la prescripción y entrega de los medicamentos que forman parte de su tratamiento integral, por cuestiones ajenas a las estrictamente médicas, esta Corte considera oportuno disponer que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal, oficie a las casas de salud que integran el régimen de seguridad social en el sentido que no podrán, por cuestiones

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 146-14-SEP-CC, caso N.º 1733-11-EP.

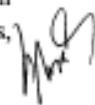
meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas portadoras de VIH la medicación que forma parte de su tratamiento médico, conforme a la valoración médica de cada uno de los pacientes. El representante legal de la institución deberá informar sobre el cumplimiento de la medida dentro del término de veinte días.

Esta primera medida de no repetición lleva a esta Corte, a exhortar a las instituciones de la red pública de salud, sobre el cumplimiento de su obligación de aprovisionarse oportunamente de la medicación necesaria y suficiente que se prescribe y suministra a los pacientes portadores de VIH, a fin que sus respectivas farmacias no se encuentren desabastecidas de dicha medicación. Esta medida la debe ejecutar esta Corte por medio de la notificación con la presente sentencia al ministro de Salud Pública y al director del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Medidas de satisfacción

Esta Corte estima que la emisión de la presente sentencia y su publicación en el Registro Oficial constituyen en sí mismas medidas de satisfacción de los derechos a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y al derecho a la salud, vulnerados por la autoridad jurisdiccional y administrativa, respectivamente; tomando en cuenta que, los razonamientos expuestos en la misma para decidir, constituyen precedentes jurisprudenciales vinculantes para casos posteriores.

Asimismo, establece como medida de satisfacción que tanto el Consejo de la Judicatura, como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de sus representantes legales, efectúen la publicación de la presente sentencia en sus respectivos portales web institucionales, por medio de un hipervínculo ubicado en un lugar visible y de fácil acceso de su página principal. Dicha publicación, deberá permanecer por el término de seis meses. Los representantes legales de ambas instituciones o sus delegados, deberán informar a esta Corte de manera documentada dentro del término máximo de veinte días, el inicio de la ejecución de la medida; y, veinte días después de transcurrido el término de seis meses, respecto de su finalización.





Del mismo modo, corresponde ordenar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal, que ofrezca disculpas públicas a la víctima. Las disculpas públicas deberán ser publicadas por una ocasión en un diario de circulación nacional; así como, en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el término de tres meses. La disculpa pública deberá contener el siguiente texto:

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, representado legalmente por su Director General, reconoce la vulneración al derecho constitucional a la salud, declarada por la Corte Constitucional en la sentencia N.º 364-16-SEP-CC, dentro del caso N.º 1470-14-EP. Por lo tanto, ofrece sus disculpas públicas a la víctima por el daño causado por dicha vulneración. Asimismo, el Instituto reconoce su deber de respetar y proteger sus derechos constitucionales de quienes hacen uso de los servicios de la institución en todas las actividades que desarrolla.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal o delegado, deberá informar sobre el inicio del cumplimiento de la medida dentro del término de veinte días desde su notificación; y, veinte días después de terminado el término de tres meses, respecto de su finalización.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y a la salud, consagrados en los artículos 75 y 32 de la Constitución de la República, respectivamente.
2. Aceptar la presente acción extraordinaria de protección planteada.
3. Como medida de restitución del derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, se dispone:

- 3.1. Dejar sin efecto la resolución dictada el 22 de agosto de 2014 a las 16:54, por la jueza de la Unidad Judicial Primera Especializada de Trabajo del cantón Quito.
4. Declarar que una vez realizado un análisis integral respecto de la vulneración a derechos constitucionales alegados en la presente causa, existe vulneración del derecho a la salud. En consecuencia, la Corte Constitucional dispone las siguientes medidas de reparación integral:
 - 4.1. Medidas de garantía que las vulneraciones no se repitan:
 - 4.1.1. Que el Consejo de la Judicatura, a través de su representante legal, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia entre las juezas y jueces que tienen competencia para conocer garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, por medio de atento oficio a las judicaturas, con el contenido de la presente sentencia. El representante del Consejo de la Judicatura deberá informar a esta Corte sobre el cumplimiento de esta medida dentro del término de veinte días.
 - 4.1.2. Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal, oficie a las casas de salud que integran el régimen de seguridad social en el sentido que no podrán, por cuestiones meramente administrativas, abstenerse de prescribir y suministrar a las personas portadoras de VIH la medicación que forma parte de su tratamiento médico, conforme a la valoración médica de cada uno de los pacientes. El representante legal de la institución deberá informar sobre el cumplimiento de la medida dentro del término de veinte días.
 - 4.1.3. Disponer a las instituciones de la red pública de salud, que deberán aprovisionarse de la medicación necesaria y suficiente que se prescribe y suministra a los pacientes portadores de VIH, a fin que sus respectivas farmacias no se encuentren desabastecidas de dicha medicación. Esta medida la debe ejecutar esta Corte, por medio de



la notificación con la presente sentencia al ministro de Salud Pública y al director del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

4.2. Medidas de satisfacción

- 4.2.1. La emisión de la presente sentencia y su publicación en el Registro Oficial constituyen en sí mismas medidas de satisfacción de los derechos a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, y a la salud.
- 4.2.2. Que tanto el Consejo de la Judicatura como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de sus representantes legales, efectúen la publicación de la presente sentencia en sus respectivos portales web institucionales, por medio de un hipervínculo ubicado en un lugar visible y de fácil acceso de su página principal. Dicha publicación deberá permanecer por el término de seis meses. Los representantes legales de ambas instituciones o sus delegados deberán informar a esta Corte de manera documentada, dentro del término máximo de veinte días, el inicio de la ejecución de la medida; y, veinte días después de transcurrido el término de seis meses, respecto de su finalización.
- 4.2.3. Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal, ofrezca disculpas públicas a la víctima. Las disculpas públicas deberán ser publicadas por una ocasión en un diario de circulación nacional; así como, en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el término de tres meses. La disculpa pública deberá contener el siguiente texto:

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, representado legalmente por su Director General, reconoce la vulneración al derecho constitucional a la salud, declarada por la Corte Constitucional en la sentencia N.º 364-16-SEP-CC, dentro del caso N.º 1470-14-EP. Por lo tanto, ofrece sus disculpas públicas a la víctima por el daño causado por dicha vulneración. Asimismo, el Instituto reconoce su deber de respetar



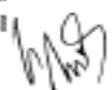
y proteger sus derechos constitucionales de quienes hacen uso de los servicios de la institución en todas las actividades que desarrolla.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su representante legal o su delegado, deberá informar sobre el inicio del cumplimiento de la medida dentro del término de veinte días desde su notificación; y, veinte días después de concluido el término de tres meses, respecto de su finalización.

5. Esta Corte Constitucional, en aplicación de su atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, emite las siguientes reglas a ser observadas por parte de los órganos jurisdiccionales que conocen garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales:

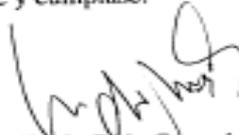
5.1 Cuando la jueza o juez, al conocer la petición de una medida cautelar solicitada de manera autónoma advierta, de la lectura integral de la demanda y hechos relatados en ella, que los mismos no se encasillan dentro de la amenaza de un derecho, sino que guardan relación con un hecho en el que se alegue una presunta vulneración de un derecho, deberá enmendar el error de derecho en que incurrió el solicitante y tramitar la medida cautelar solicitada en conjunto con la garantía jurisdiccional de conocimiento que corresponda. Para tal efecto, deberá observar las reglas jurisprudenciales dictadas en la sentencia N.º 034-13-SCN-CC, dentro del caso N.º 0561-12-CN.

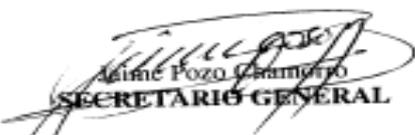
5.2 Cuando la jueza o juez conozca una garantía jurisdiccional constitucional con fundamento en un patrón fáctico similar al presente caso; esto es, en el que se haya demostrado la falta de prescripción o administración de un medicamento antirretroviral a una persona portadora de VIH, que forma parte de su tratamiento médico integral por parte de un centro de la red pública de salud, debido a causas ajenas a las estrictamente médicas, deberá declarar la vulneración del derecho constitucional a la salud.



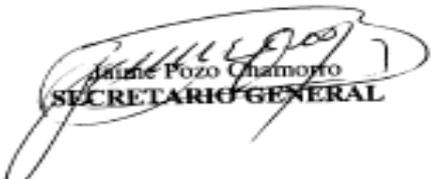


6. Disponer la publicación de la presente sentencia en la Gaceta Constitucional.
7. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Alfredo Ruiz Guzmán
PRESIDENTE


Jaime Pozo Chacmorfo
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con nueve votos de las señoras juezas y señores jueces: Francisco Butiñá Martínez, Pamela Martínez de Salazar, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Marien Segura Reascos, Ruth Seni Pinoargote, Roxana Silva Chicaíza, Manuel Viteri Olvera y Alfredo Ruiz Guzmán, en sesión del 15 de noviembre del 2016. Lo certifico.


Jaime Pozo Chacmorfo
SECRETARIO GENERAL

CASO Nro. 1470-14-EP

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el señor Alfredo Ruíz Guzmán, presidente de la Corte Constitucional, el día jueves 01 de diciembre del dos mil dieciséis.- Lo certifico.

JPCH/JDN


Jaime Pozo Chancoso
Secretario General