



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA**  
**“INDOAMÉRICA”**  
**DIRECCION DE POSGRADOS**

**MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA:**

---

**El derecho a la igualdad y la discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en el Ecuador a partir de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana: Análisis de la sentencia No. 068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional.**

---

**Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho Constitucional**

**Autor**

**Christian Rafael Montesdeoca Ortiz**

**Tutor Dr. Alfredo Fabián Carrillo**

**AMBATO-ECUADOR**

**2020**

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

Yo Christian Rafael Montesdeoca Ortiz, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “El derecho a la igualdad y la discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en el Ecuador a partir de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana: Análisis de la sentencia No. 068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional”, como requisito para optar al grado de Máster 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 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 16 días del mes de Mayo del 2020, firmo conforme



**Autor: Christian Rafael Montesdeoca Ortiz**

**Firma:**

**Numero de Cedula: 1715060222.**

**Dirección: Av. Manuelita Sáenz y Ángel Jadán**

**Correo electrónico: [cmontesdeoca261@hotmail.com](mailto:cmontesdeoca261@hotmail.com)**

**Teléfono: 0992023117**

## **APROBACION DEL TUTOR**

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “**EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PORTADORES DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 068-18-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**” presentado por Christian Rafael Montesdeoca Ortiz, 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

Ciudad, de Ambato 11 de septiembre del 2020

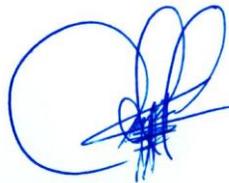


**ABG. MG. ALFREDO FABIAN CARRILLO  
TUTOR**

## **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

Ciudad, de Ambato 11 de septiembre del 2020

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a final flourish.

Christian Rafael Montesdeoca Ortiz  
**1715060222**

## APROBACION TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado sobre el Tema: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PORTADORES DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 068-18-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, 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

Ciudad, de Ambato 11 de septiembre del 2020



.....  
DR. MG. DIEGO MOGRO NUÑEZ  
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



.....  
MARIA FERNANDA BASURTO  
VOCAL



.....  
ABG. MG. ALFREDO FABIAN CARRILLO  
TUTOR

## **DEDICATORIA.**

A mis padres que con su amor, humildad, sencillez y calidad humana guiaron mi camino y me forjaron como el hombre de bien que soy hoy en día. A mi hermana porque ella es mi fortaleza y mi luz. Gracias por darme el valor para seguir adelante, a pesar de las adversidades. A mi mejor amiga Estefi por ser mi cómplice e impulsadora en la búsqueda de nuevos objetivos. Y por último a mi Dios y a mi Virgencita de Guadalupe que son la fe y la fortaleza en mi camino, que con su bendición me ayudan a sobrellevar cada adversidad presentada en la vida.

*CHRISTIAN RAFAEL MONTESDEOCA ORTIZ.*

## **AGRADECIMIENTO.**

A Dios por la dicha de vivir y poder alcanzar una meta más en mi vida.

A mis padres que son mi guía, mi ejemplo y mi impulso para poder salir adelante cuando me siento vencido. A mi hermana por ser mi fuerza y mi potencia en mis días negativos.

Y demás personas que contribuyeron con la adecuación de este proyecto.

*CHRISTIAN RAFAEL MONTESDEOCA ORTIZ.*

## Índice de Contenido

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN .....	ii
<b>APROBACION DEL TUTOR</b> .....	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	iv
<b>APROBACION TRIBUNAL</b> .....	v
<b>DEDICATORIA</b> .....	vi
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	vii
<b>RESUMEN EJECUTIVO</b> .....	x
<b>ABSTRACT</b> .....	xi
<b>INTRODUCCION</b> .....	xii
<b>Estado del arte, marco conceptual y normativa jurídica</b> .....	xvi
<b>Planteamiento del problema</b> .....	xviii
<b>Objetivos</b> .....	xx
Hipótesis .....	xx
Justificación de la investigación. ....	xx
Normativa jurídica: .....	xxi
Descripción del caso objeto de estudio. ....	xxii
Metodología a ser empleada .....	xxiii
<b>CAPITULO I</b> .....	1
<b>MARCO TEORICO</b> .....	1
<b>(ESTUDIO DE CASO)</b> .....	1
<b>Los derechos y garantías fundamentales en la Constitución de la República del Ecuador.</b> .....	1
<b>Bloque de Constitucionalidad como garantía del cumplimiento de los Derechos Humanos.</b> .....	5
<b>Grupos de atención prioritaria</b> .....	6
<b>Enfermedades Catastróficas</b> .....	11
<b>VIH/Sida</b> .....	20
<b>Signos y síntomas</b> .....	20
<b>Transmisión</b> .....	21

<b>Factores de riesgo</b> .....	21
<b>Diagnostico</b> .....	22
<b>Prevención</b> .....	23
<b>Tratamiento</b> .....	24
<b>Interés superior del niño</b> .....	24
<b>Igualdad Formal y Material</b> .....	30
<b>Discriminación Positiva</b> .....	31
<b>Derecho a la Verdad</b> .....	32
<b>CAPITULO II</b> .....	44
<b>ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL</b> .....	44
<b>Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación al derecho a la no discriminación de los niños, niñas y adolescentes.</b> .....	44
<b>La jurisprudencia como fuente de derechos constitucional de los niños, niñas y adolescentes.</b> .....	44
<b>El rol de la Corte Constitucional como órgano mayoritario</b> .....	44
<b>Análisis crítico de la Sentencia 068-18-SEP-CC</b> .....	45
<b>Puntualización de la metodología.</b> .....	45
<b>Antecedentes de caso concreto</b> .....	46
<b>Decisiones administrativas</b> .....	47
<b>La Acción de Protección</b> .....	47
<b>La Acción Extraordinaria de Protección</b> .....	48
<b>Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador</b> .....	50
<b>Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional</b> .....	50
<b>Motivación</b> .....	50
<b>Debido Proceso</b> .....	51
<b>Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho a la igualdad y la discriminación.</b> .....	52
<b>Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional.</b> .....	53
<b>Análisis de la Sentencia</b> .....	55
<b>Propuesta del Caso</b> .....	68

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA  
DIRECCIÓN DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PORTADORES DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 068-18-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

**AUTOR:** Christian Rafael Montesdeoca Ortiz.

**TUTOR:** Dr. Alfredo Carrillo.

**RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo, parte de una problemática surgida a partir de la vulneración de una serie de derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes que son portadores del (VIH) y de su condición de doble vulnerabilidad; hecho que, fue violentado por el Estado Ecuatoriano tras inobservar la condición especial que tiene un niño, niña o adolescente; generando a la niña N.N una afectación grave en su derecho a la salud, a su vida y a su integridad, debiendo recalcar que a pesar de que exista la comprobación de una enfermedad catastrófica, es deber y obligación del Estado, velar por la protección de los derechos humanos con igualdad y sin discriminación. Estableciendo así que, el derecho a la igualdad es innato, inalienable ya, que; es parte universal del ser humano por ser el titular del derecho natural que posee toda persona de una misma sociedad. Es así que el motivo del presente trabajo es determinar la importancia que tiene el derecho a la igualdad y la discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en el Ecuador mediante el análisis de la sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional así como del análisis normativo y jurisprudencial existente como una garantía de protección constitucional de los derechos fundamentales dentro de la normativa nacional e internacional que conlleva a concientizar al Estado Ecuatoriano de su omisión e inobservancia resuelta; pues, la Corte Constitucional determinó la vulneración de los derechos de la niña N.N así como también la incompetencia de muchos servidores públicos y privados, lo que generó el establecimiento de una serie de medidas de reparación generadas para proteger el interés superior de la niña que prevalece sobre cualquier otro derecho. Lo cual genera definitivamente un mecanismo jurisprudencial limitante para que; no se vuelva a cometer el mismo error y además de generar la importancia que tiene el derecho a la igualdad sin discriminación como una Garantía Constitucional.

**DESCRIPTORES:** Derechos Humanos, Discriminación, Igualdad, Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA  
DIRECCIÓN DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**THEME: THE RIGHT TO EQUALITY AND DISCRIMINATION IN CHILDREN AND ADOLESCENTS WITH HIV IN ECUADOR, BASED ON THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE CONTEXT: ANALYSIS OF JUDGMENT NO. 068-18-SEP-CC FROM THE CONSTITUTIONAL COURT**

**AUTHOR:** Christian Rafael Montesdeoca Ortiz.

**TUTOR:** Dr. Alfredo Carrillo.

**ABSTRACT**

The current research work emerges from the violation of several rights which protect children and adolescents with HIV as they get a dual vulnerability condition. It is worth noting that the Ecuadorian state has infringed the rights and knowledge of special conditions that children and adolescents have. In this order, the health, life, and integrity rights of a girl whose name is unknown have been highly affected despite the fact that an evidence of a catastrophic illness has been identified. One should always bear in mind that it is the right of the state to ensure the protection of human rights keeping into consideration equality and non-discrimination. Therefore, the right to equality is innate and inalienable due to the fact that it is considered as a universal area of human beings because everyone is the owner of natural rights in society. Hence, the objective of this research work is to determine the importance that equality right and discrimination have on children and adolescents with HIV in Ecuador through the sentence analysis number 068-18-SEP-CC in the constitutional court as well as the normative and current jurisprudential guarantee within the national and international regulations which strongly aware the Ecuadorian state from norms and infringements stated in law. Thus, the constitutional court not only the determined violated rights of the mentioned child but also the inefficacy of private and governmental staff members. Then, reparation measures were created in order to protect the interest of the child as rights always prevails on any other different right. To conclude, a limiting jurisprudential mechanism as a constitutional guarantee was established in order to avoid mistakes and to increase the awareness of equality rights and non-discrimination.

**KEYWORDS:** discrimination, equality, human immunodeficiency virus (HIV), human rights.

## INTRODUCCION

Desde el aparecimiento del ser humano en la tierra, emergieron diversas y complicadas enfermedades, algunas simples y otras complicadas, algunas de transmisión y otras controlables, sin embargo las más complicadas provocaban muchas veces la muerte de los infectados, puesto que, en aquella época existía una insuficiente atención médica y el control de sus salud era casi mínimo e insipiente que no garantizaba el desarrollo correcto del derecho a la salud en las personas. Con ello, en el devenir del tiempo apareció en la historia mundial enfermedades que complicaban la vida y el desarrollo integro de la salud de cada ser humano; enfermedades como el VIH, que causaron un alto índice de mortalidad en la tierra pues su condición se generó como un virus mortal sin garantía de vida que no solo fue generado a las personas homosexuales sino también a madres que daban de lactar a sus hijos menores así como de la transmisibilidad de la enfermedad por flujos de sangre o secreciones que generaron patologías crónicas a manera de epidemia.

Desde esos años todas las personas que padecían del virus de inmunodeficiencia humana fueron objeto de discriminación en todo ámbito, siendo así que se generó la necesidad de buscar un mecanismo que busque la igualdad sin discriminación alguna, motivo por el cual organismos internacionales como la ONU y la OMS, generaron y suscribieron diversos tratados en beneficio de aquellas personas que padecían una enfermedad catastrófica. Desde ese entonces la enfermedad causada por el virus de inmunodeficiencia humana dejo de ser un tabú y paso a establecerse a nivel mundial como una enfermedad letal que puede causar la muerte y que para ella no existe cura, sin embargo se generó campañas de concientización que llamaron al lado humano de cada persona para que se genere una igualdad y no se discrimine bajo ninguna circunstancia a ninguna persona, esto con el pasar del tiempo se materializo en la norma y en la ley de los diferentes países.

Ecuador mediante su constitución genera cambios positivos en la sociedad, los cuales resultan de aplicación directa y de responsabilidad humana son ningún tipo de discriminación, pues la Constitución del 2008, es garantista de derechos fundamentales de todas las personas y desarrolla un parámetro de igualdad de

derechos que ayudan al correcto desarrollo y a la integridad individual de cada persona que conforma una sociedad. En ese sentido el Art 11 numeral 2, determino que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades además de que, nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socio-económica, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, ya sea temporal o permanente, por lo cual no se podrá anular el goce o ejercicio de los derechos que posee toda persona, generando que la ley sancione todo tipo de discriminación, eso genera un cambio y avance, no solo del país sino del mundo entero.

Generando con ello se ha dado prioridad al derecho a la salud y al derecho a la igualdad de las personas que padecen una enfermedad catastrófica como el VIH, pero además, cuando se verifique que los casos se traten de niños, niñas y adolescentes, la atención de parte del Estado se vuelve de suma prioridad y se genera la adopción de medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad y sobre todo en situación de doble vulnerabilidad.

Según el tratadista Muñoz C. (2000), determina que: El Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida más conocido como Sida es una enfermedad catastrófica porque es considerada de mucha gravedad ya que el sistema inmunológico de la persona es afectado. El Sida es causado por un virus llamado VIH el mismo que pertenece a la familia de los retrovirus, este se encarga de infectar al sistema inmune el cual es vital para la persona en cuanto la protege de la invasión de sustancias extrañas.

En ese sentido el sida es considerado como una enfermedad catastrófica por su gravedad ya que la persona infectada además de sufrir los estragos de esta enfermedad finalmente es condenada a la muerte es por eso que se hace necesario minimizar los factores de riesgo que acarrear a adquirir la enfermedad; a través de medicamentos que prologuen el estado de sus salud. Sin embargo en la actualidad con

los avances de la medicina, los diferentes científicos y personas especializadas en el área de la salud han avanzado sus investigaciones para crear una cura del VIH, lo cual ha generado una noticia positiva al mundo por cuanto la enfermedad que genero mayor índice de mortalidad a nivel mundial hasta la actualidad podría combatirse y su cura seria inmediata generando así una esperanza de vida

Es por esto que el presente trabajo investigativo está enfocado en el análisis del Derecho a la Igualdad y la Discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en el Ecuador mediante el análisis de la sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional, caso que fue desarrollado como un problema social por la existencia de la vulneración al derecho a la vida, a la salud, al debido proceso y a la integridad física que sufrió la víctima; en base a lo cual se ve importante el estudio del presente caso ya que se puede evidenciar la vulneración de diversos derechos sin embargo el más importante fue el derecho a la vida, un derecho que está garantizado por la constitución y los diversos tratados internacionales, dentro del cual el enfoque principal es la garantía al cumplimiento propio y natural que tiene cada persona en cuestión de sus derechos; más aún se destaca la importancia de los derechos que poseen las personas de atención prioritaria como lo son los niños, niñas y adolescentes; en ese sentido el Estado tendría la obligación de velar por los intereses, derechos y garantías de este sector según lo que dispone el Art 35 de la constitución del Ecuador, más sin embargo esto fue incumplido y violentado.

Además de eso se observa la existencia de una doble vulneración de derechos; puesto que no se respetó ni valoro la condición de niña, se discrimino injustamente el estado de salud de la menor quien padece de una enfermedad catastrófica, limitando así a sus garantías y derechos determinados en la constitución. Por lo tanto, se debe dejar en claro que los derechos fundamentales, son indivisibles, imprescriptibles, innatos al ser humano, los mismos acogen intereses que obligatoriamente deben ser protegidos para garantizar el correcto desarrollo de cada persona más aun, el de un niño, niña o adolescente portador de VIH.

Razón por la cual el presente caso es de conmoción social no solo por la violación que tuvieron los derechos y garantías constitucionales en la menor, sino

también porque se ve necesario el cumplimiento de los diversos mecanismos establecidos en las leyes ecuatorianas y demás tratados internacionales en cuanto a la protección del derecho a la igualdad y no discriminación para garantizar el efectivo goce de los derechos y garantías constitucionales de todas las personas.

En este sentido, el presente problema social, requiere ser investigado a profundidad, con el objetivo de que, la situación de discriminación y desigualdad en la menor no vuelva a suceder y que mediante la correcta capacitación e información de las instituciones del sector público y privado, se garantice el pleno uso y goce de los derechos sociales y constitucionales de todo un pueblo. Derechos fundamentales que garantizan el desarrollo íntegro de la vida del ser humano, proporcionando así, la inclusión e igualdad social.

## **Tema de Investigación:**

### **TEMA: EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PORTADORES DE VIH EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 068-18-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

#### **Estado del arte, marco conceptual y normativa jurídica.**

De la breve revisión bibliográfica se ha podido identificar a los siguientes autores, quienes con sus aportes teóricos y jurídicos guiarán la investigación:

1. Alexy, R. *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. (2da. Ed). España: Madrid, 2014. El autor manifiesta el Derecho general de igualdad que poseen todas las personas. Entendiendo entonces por igualdad, cuando no existe ningún tipo de discriminación por ninguna condición.
2. Cillero, M. *“Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia”*. (1ra. ed.). Ecuador: Quito, 2010. Se detalla la importancia que tienen los Derechos de los niños y adolescentes haciendo un recordatorio sobre la historia y desarrollo de sus Derechos. Informa además que, los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.
3. Cabrera, J. *“Interés Superior del Niño”*. (1ra. ed.). Ecuador: Quito, 2010. El autor destaca la importancia que tiene el interés superior del niño, en caso de conflictos de derechos de igual rango y con ello evitar que se cometan agresiones y se vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
4. Cabrera, J & Carrazco, C. *“Principios Constitucionales”*. (1ra. ed.). Ecuador: Quito, 2010. En esta obra el autor menciona que el derecho a la igualdad proviene directamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tomando al presente concepto como una óptica normativista, en el cual todo ser humano es igual.
5. Carbonell, M. *“Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales”*. (1ra. ed.). Ecuador: Quito, 2011. En el presente trabajo se detalla la obligación que tiene el Estado en la protección de los Derechos sociales y determina que para el cumplimiento de los mismos es necesario, que el Estado proteja, cumpla y realice el efectivo goce de los derechos de las personas sin violentar la integridad de cada ser humano ni poner en riesgo sus libertades y derechos inherentes.
6. Carbonell, M. *“Derechos Humanos: origen y desarrollo”*. Ecuador: Quito. 2013. Se aborda la historia de los derechos humanos; destacando sobre todo la importancia que tiene el derecho a la igualdad y libertad en los seres humanos como una forma de equidad que tienen todos los hombres, puesto que todos nacen y permanecen libres con igualdad de derechos.
7. Carbonell, M & Ferrer, E. *“Los derechos sociales y su justiciabilidad directa”*. Ecuador: Quito, 2014. Se detalla la obligación que tiene el Estado en materia de

los derechos sociales, y determina que para el cumplimiento de los mismos el Estado está en la obligación de respetar, proteger y cumplir con lo establecido en la ley para el pleno uso y goce de los derechos inherentes de cada persona dentro de una sociedad.

8. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Modelo base y referencial para el análisis del presente caso jurídico y de conmoción social.
9. Contreras, J. *“Derecho Constitucional”*. (1ra. ed.). México, 2010. El autor detalla la importancia de las garantías jurisdiccionales individuales y sociales, dentro de las cuales algunas son consideradas como sinónimos de los derechos fundamentales y humanos. Por otro lado, destaca que algunos Derechos son Irrenunciables e inalienables.
10. Hartog, G. *“Discriminación y Violencia: formas, procesos y alternativas”*. (1ra. ed.). México: Trillas, 2010. Se hace énfasis a la discriminación como una forma de violencia contra cualquier persona. Sus consecuencias pueden llegar a ser una segregación y una exclusión de la sociedad. Restringiendo la posibilidad de desarrollarse plenamente y de gozar de los mismos derechos que una persona común.
11. Orbe. H. *“Derecho de Menores”*. (1ra. ed.). Ecuador: Quito, 1995. El autor detalla la importancia que tiene el Derecho a la educación del menor y la reconoce como un mérito trascendental que tiene la educación del ser humano para el bienestar de la sociedad.
12. Ortega, M. & Jiménez, D. *“Desigualdades Socioeconómicas en salud y desarrollo humano”*. (Edición Comares). Granada. 2011. El presente autor destaca la importancia que tiene el derecho a la salud en todas las personas determinando que; el elemento común del derecho a la salud es el “bienestar global del individuo”, el cual depende muchas veces de lo que sucede en su ámbito físico, psíquico, social y espiritual.
13. Pérez, A. *“Dimensiones de la Igualdad”*. (2da. ed.). España: Madrid, 2007. El autor destaca la igualdad ante la ley como una exigencia de generalidad ante todos los ciudadanos de una misma sociedad.
14. Prieto. L. *“El Constitucionalismo de los derechos”*. España: Madrid, 2013. Se manifiesta la importancia que tienen los derechos en la ley, puesto que estos no solo encarnan límites dentro de la sociedad; sino también garantizan el pleno uso y goce de los derechos que se encuentran establecidos en la constitución.
15. Saba R. *“Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: Igualdad, clases y clasificaciones ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”*. Buenos Aires- Argentina, 2009. En el presente libro el autor detalla sobre el principio de no discriminación, y manifiesta que el mismo entiende a la obligación constitucional de Trato igualitario y sin ningún tipo de distinción.
16. Simón, F. *“Interés Superior del Niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”*. Ecuador: Quito, 2014. El autor destaca la importancia que tiene el principio de interés superior ante la ley, la jurisprudencia y la doctrina

17. Zabala, J. "*Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*". Ecuador: Guayaquil, 2010. En el presente libro se puede observar que el Estado es Garantista de Derechos, puesto que el mismo se construye sobre los derechos fundamentales de la persona, rechazando así el poder arbitrario.

### **Planteamiento del problema**

El caso de las personas que son infectadas con el Virus de Inmunodeficiencia Humana ha abierto un debate a nivel mundial en la cual se diversifican los criterios y contraponen juicios, específicamente el VIH ha sido un tema de discriminación y quien lo padece se vuelve una persona vulnerable a las críticas y al rechazo social, puesto que a pesar de encontrarnos en pleno siglo XXI, el criterio de desigualdad y miedo no ha variado en su totalidad.

Si bien es cierto con el paso del tiempo se ha reconocido muchos derechos fundamentales que poseen todas las personas y con ello se ha garantizado por parte del Estado, el derecho a la salud, a la integridad y sobre todo a la vida de cada persona para ello el Estado Ecuatoriano ha adoptado diferentes medidas y políticas plasmadas en la normativa jurídica que garanticen el buen vivir de todas las personas infectadas pero sobre todo, de aquellas que se encuentran en la condición de doble vulnerabilidad como lo son los niños, niñas y adolescentes en la cual prevalece el interés superior por sobre cualquier principio o derecho, generando que su objeto verse sobre todo en garantizar la inclusión y los derechos fundamentales de todas las personas con igualdad y sin ningún tipo de discriminación

Generando en ese sentido; un campo de estudio muy amplio para concluir que en la realidad mundial existen casos de desigualdad y discriminación a personas portadoras de VIH, mismos que; son innumerables, puesto que no solo el Ecuador se enmarca en el juzgamiento de las desigualdades sociales; sino también, a nivel mundial, evidenciando así la existencia de casos de vulneración de derechos en niños, niñas y adolescentes los cuales se encuentran relacionados a desigualdades y al desamparo de la ley por su condición catastrófica que muchas veces los sumergen en un campo lleno de soledad, discriminación, tristeza y muerte.

Ahora bien con el avance tecnológico, la medicina y el aspecto salud se ha desarrollado poco a poco por lo cual ha generado un mecanismo de protección de

derechos de las personas vulnerables. En ese sentido se ha generado diversidad de políticas públicas a favor de las personas con enfermedades catastróficas, así como de normas y leyes garantistas de derechos fundamentales que protegen al sujeto más débil y vulnerable mediante la tutela efectiva de sus derechos, así como de la garantía de un debido proceso.

En tal sentido se puede verificar que los aportes de la jurisprudencia constitucional, ha marcado definitivamente un cambio en la sociedad puesto que con ellos se ha llamado a la conciencia de las máximas autoridades de las diferentes instituciones públicas y privadas a nivel nacional e internacional, las cuales han generado normas y leyes a favor de las personas vulnerables, y en ese sentido el llamado a tomar una acción positiva ante la desinformación y el desconocimiento de la enfermedad han generado que los sistemas de seguridad social se incrementen para garantizar a las personas portadoras de VIH el correcto ejercicio de sus derechos de forma libre, sin embargo es importante reconocer que a pesar de que el VIH, es un problema de salud, que permanece hasta la fecha; la falta de cultura y de información social hace que exista la discriminación y la desigualdad de condiciones de una persona portadora del virus de inmunodeficiencia humana que afecta al equilibrio físico y atenta con su salud mental y psicología.

Motivo por el cual en diversos continentes como en América Latina, gracias a la respuesta mundial que ha obtenido el VIH; se logró incidir políticamente en la lucha contra las injusticias tales como la eliminación de las diferentes leyes que criminalizan a la persona portadora del VIH y por ello se crea a nivel mundial campañas de concientización a fin de generar la búsqueda de la inserción normal de las personas con enfermedades catastróficas en la sociedad.

Por lo tanto los aportes jurisprudenciales constitucionales han marcado un cambio positivo en la nueva estructura de la sociedad en la cual definitivamente se ha entendido no de forma total pero en su mayor parte lo que es el significado de la igualdad y se ha logrado minimizar las barreras de la desigualdad priorizando el interés superior que tiene el niño por su condición de doble vulnerabilidad ante la sociedad por reunir los caracteres de niño, de su padecimiento de una enfermedad

catastrófica que el Estado prioriza entre sus obligaciones y responsabilidades para el correcto desarrollo del derecho a la igualdad y el derecho a la salud pero sobre todo la protección por sobre todas las cosas del Derecho a la vida.

## **Objetivos**

### **a) Objetivo central.**

Determinar la importancia que tiene el derecho a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en el Ecuador mediante el análisis de la sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional.

### **b) Objetivos secundarios.**

-Revisar sobre el derecho a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH; dentro de la realidad constitucional ecuatoriana.

-Analizar la jurisprudencia nacional e internacional en relación al derecho a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH, mediante el estudio de sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional.

## **Hipótesis**

¿Cuáles han sido los aportes de la jurisprudencia constitucional para la tutela del derecho a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores con VIH?

## **Justificación de la investigación.**

- **Social:** Es importante analizar la vulneración existente en el presente caso en lo referente al derecho a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH, pues esto genera un gran problema social que debe ser investigado con la importancia del caso, con el objetivo de observar si la jurisprudencia nacional e internacional fue aplicada de la forma correcta
- **Académica:** Al hacer el presente trabajo de estudio de caso se puede denotar que existen muy pocos proyectos de investigación que abordan esta

problemática en relación al derecho a la igualdad y no discriminación de los menores de edad portadores de VIH, ante lo cual resulta novedoso su análisis con el fin de poder analizar los derechos vulnerados hacia la actora del presente caso.

- **Jurídica:** La Constitución del Ecuador es garantista de derechos, por lo cual respalda y protege a los ciudadanos el pleno uso y goce de sus derechos así como también se ve normado en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo que se ve necesario realizar un análisis profundo del derecho a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH; análisis que será enfocado de forma constitucionalmente con las normas jurídicas y demás tratados nacionales e Internacionales que abordan este problema jurídico así como a la jurisprudencia que desarrolla este tipo de derechos en favor este grupo de atención prioritaria.

#### **Palabras claves y/o conceptos nucleares.**

Las palabras claves y/o conceptos nucleares dentro de la presente investigación se relacionan con: Derechos Humanos, Igualdad, Discriminación, virus de inmunodeficiencia humana, Garantías Constitucionales.

#### **Normativa jurídica:**

Para el desarrollo de la investigación se empleará como normativa jurídica relevante: Constitución de la República del Ecuador, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Convención sobre los derechos del Niño. Declaraciones Política del VIH, Declaración de lucha contra el VIH/SIDA de las Naciones Unidas, entre otras fuentes normativas nacionales e Internacionales.

### **Descripción del caso objeto de estudio.**

El presente trabajo de investigación aborda la problemática asociada con el derecho a la igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes, conforme el análisis de la sentencia de acción extraordinaria de protección 068-18-SEP-CC, la misma que deriva de la desestimación y archivo del expediente de investigación por una denuncia instaurada ante la fiscalía de la Unidad Especializada de Violencia de Género N°1 de Esmeraldas, por el presunto cometimiento del delito de contagio de una enfermedad incurable por sustancias que alteran la salud, al existir un presunto contagio por transfusión sanguínea de VIH a los 18 días de nacida de la hija del denunciante en un hospital público de la ciudad de Esmeraldas; además de haberse inadmitido la acción de protección en primera instancia y del rechazo del recurso de apelación en segunda instancia instaurada por el padre de la menor afectada.

La Corte Constitucional resuelve mediante sentencia declarar la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación, derecho a la verdad; y, por conexidad el derecho a la tutela judicial efectiva, además de la vulneración al principio de interés superior del niño y el derecho a la salud del mismo ante la existencia de doble vulnerabilidad al ser una niña con enfermedad catastrófica.

La corte en el ejercicio de sus funciones dispone medidas de reparación integral por los derechos vulnerados, estableciendo en su sentencia el tratamiento médico y psicológico a la niña, incluyendo el suministro de los medicamentos que eventualmente se requieran de forma gratuita conllevando a que el Estado deberá cubrir los gastos necesarios para el restablecimiento de su salud, además se dispuso la publicación de la sentencia en el registro oficial, con el objetivo de sentar precedente constitucional.

## **Metodología a ser empleada**

Las fuentes de información para el correcto desarrollo de la presente investigación, son de tipo bibliográfico las mismas que se encuentran en el estudio de la Constitución, leyes, jurisprudencia relatoría de la Corte Constitucional del Ecuador y doctrina referente al tema planteado; las mismas que fueron localizadas a través de bibliotecas físicas y virtuales localizadas en la biblioteca de la Universidad Católica Sede Ambato, y la biblioteca de la Universidad Tecnológica Indoamérica así como de la Biblioteca Municipal de la ciudad de Ambato.

Los métodos de investigación a aplicarse son:

- I. **Método Inductivo:** Necesario en este tipo de trabajo por cuanto nuestra tarea fue a partir del análisis de un caso concreto el mismo que se convirtió en nuestro objetivo de estudio, “sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional”, con el objetivo de comprender el sentido que tiene el derecho a la vida, a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores del VIH.
- II. **Método de análisis de casos:** proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de un caso relevante vinculado con un problema jurídico de la realidad ecuatoriana (Sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional.), de manera que se establece la relación causa-efecto entre los elementos que componen el objeto de investigación.
- III. **Test de igualdad:** Método aplicado para el análisis de la posible afectación al principio de igualdad y la discriminación con el objeto de establecer si se ha dado un trato discriminatorio o un tratamiento diferenciado.

**CAPITULO I**  
**MARCO TEORICO**  
**(ESTUDIO DE CASO)**

**El derecho a la igualdad y la discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en la realidad Constitucional ecuatoriana**

**Los derechos y garantías fundamentales en la Constitución de la República del Ecuador.**

Los derechos Constitucionales que se encuentran establecidos en la Ley y en los diferentes cuerpos normativos nacionales e internacionales son aquellos que le pertenecen por naturalidad al hombre por su condición de persona, pero así como posee derechos también lo obliga a cumplir con sus obligaciones para obtener el bien común de toda la sociedad.

Los derechos humanos surgen como el resultado de la guerra de 1945 y reestructurada la Organización de Naciones Unidas, la comunidad internacional aprueba diversos instrumentos de protección para los derechos y libertades de las personas, es entonces que el vocablo derechos humanos se vuelve de uso corriente, hasta nuestros días (Salgado, 2012), Es entonces que se puede determinar que con el desarrollo de los derechos humanos se creó mayor conciencia en la sociedad para exigir su aplicación en el diario vivir de los ciudadanos.

La definición de los derechos constitucionales o también conocidos como derechos fundamentales se los puede considerar como sinónimos de los Derechos humanos, con la única diferencia que los derechos constitucionales se encuentran legalizados en la Constitución del Ecuador mientras que los derechos fundamentales tienen un alcance global y general con ampliación universal de interés común. En el Ecuador se los puede entender como Derechos Constitucionales que vienen directamente de la ley con la particularidad que no son simples derechos, sino que se relacionan y pertenecen al listado de los Derechos Humanos inherentes a la persona,

de su dignidad y de su desarrollo integral determinados en la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Por su parte el Estado Constitucional de Derechos y Justicia funda sus principios y su estructura mediante la Constitución, la cual es la base principal de una sociedad dentro de las cuales se establece normas, leyes y reglamentos de cumplimiento obligatorio para los ciudadanos de una sociedad, con el fin de promover el desarrollo integral de todo un pueblo, mediante sus diversas normas y leyes de forma igualitaria y sin ningún tipo de discriminación. Derechos como a la salud, la vida, la igualdad, la educación entre otros hacen que el Estado genere diversas políticas para garantizar el uso y goce de los mismos, cumpliendo su más alto deber de, respetar y hacer respetar los derechos humanos positivados en la ley para el libre y eficaz ejercicio y el goce de los mismos. Por lo que, los derechos humanos han generado un cambio radical y eficiente para la sociedad, ya que su efecto es el desarrollo inmediato de los derechos y garantías constitucionales y la protección de los mismos por sobre todas las cosas, basándose principalmente en la dignidad humana que posee cada persona de una misma sociedad que permitan una convivencia social más justa.

El profesor Ferrajoli (2004) establece que: “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p.37). Por lo tanto, se puede entender que, todos los seres humanos gozarán de los diversos derechos humanos por su simple condición de ser persona, derechos que deberán ser respetados y Garantizados por el Estado por sobre cualquier cosa.

La Constitución del Ecuador representa un aporte positivo para nuestro Derecho Constitucional, pues genera una innovación en materia de derechos humanos. Estableciendo que, todos los derechos plasmados en la Constitución son de igual jerarquía y además de carácter inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes. (Eusebio, Valores Constitucionales y Derecho, 2010). Dentro de

ellos se puede destacar el derecho a la igualdad y no discriminación dentro del cual según Borneo (2009), indica que, el regionalismo puede originar diferencias de trato discriminatorio y aduce también que en situaciones especiales como lo son el grupo de atención prioritario o al tratarse de personas con enfermedades catastróficas u otras enfermedades contagiosas, se justifica un trato diferente y prioritario, es decir un trato especial de precaución de riesgo ante una circunstancia de caos social en el que se ponga en peligro el interés general frente al individual. En ese sentido se puede determinar que las personas gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades con un énfasis de prioridad en el caso de personas de doble vulnerabilidad, bajo el principio de igualdad y sin ningún tipo de discriminación.

Entonces se puede decir que los derechos y garantías que se encuentran establecidos en la Constitución y en los distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos son de directa e inmediata aplicabilidad ante una autoridad judicial o tribunal y por ende se debe entender que como obligación del Estado para el cumplimiento de los derechos constitucionales que poseen las personas, es necesario que el Estado respete, proteja y cumpla con su deber, es decir al hablar de un respeto, esto significa, que el Estado a través de todos sus organismos y agentes deberán abstenerse de cualquier cosa que viole la integridad de los individuos de los grupos sociales o limite sus libertades y derechos, satisfaciendo las necesidades de todas las personas a través de los medios que sean necesarios para el cumplimiento y el efectivo goce de los derechos humanos.

Entonces cuando hablamos de aplicación de derechos, el Art 11 de la Constitución del Ecuador, (2008), nos establece claramente que:

Nadie podrá ser discriminado por razones de 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; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

En el que claramente se puede verificar que el Estado tendrá como obligación desarrollar medidas afirmativas que promuevan la igualdad para todas las personas sin ningún tipo de distinción o discriminación social que vulneren el derecho humano establecido en la Ley.

En cuanto a normas internacionales, existe una gran cantidad de normas que buscan como objetivo principal la protección de los derechos de los niños con igualdad y sin discriminación, en ese sentido se puede decir que: En el Art 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (1979) determina que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

En el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948): “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”

Se establece en el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948): “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”

En lo que refiere al artículo 24 de la (Convención Americana de Derechos Humanos, 1979): “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”

Entonces se supone que a más de la normativa nacional como La Constitución del Ecuador, la diferente normativa internacional citada; obliga al Estado a respetar por sobre todas las cosas los diversos derechos y garantías constitucionales que poseen todas las personas, el Estado deberá asumir el rol de garantista y protector de la vida y los derechos humanos con el fin de buscar una igualdad y con ello buscar el bien común de toda la sociedad.

## **Bloque de Constitucionalidad como garantía del cumplimiento de los Derechos Humanos.**

El bloque Constitucionalidad en materia de Derechos Humanos tiene su Origen en Europa, cuando el Consejo Constitucional Francés en 1958, adopto como norma de rango constitucional a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en virtud de que el preámbulo de la citada Carta Fundamental, se hace referencia al instrumento internacional supra. Además de eso se conceptualiza al bloque de constitucionalidad como el conjunto de derechos asegurado por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos que nace como una respuesta a las demandas de justicia para el ejercicio de los derechos humanos, dentro de las cuales formarían parte del bloque de constitucionalidad, las disposiciones, los tratados o instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (Jaramillo, 2011, p.21).

En ese sentido se entiende que forman parte del Bloque de constitucionalidad todas las normas, disposiciones e instrumentos nacionales o internacionales cuando se proteja la condición de la persona y no se vulnere ni se restrinja ningún tipo de derechos, por lo que en ese sentido es necesario aplicar el principio pro ser humano en el que claramente se establece que toda autoridad judicial deberá aplicar la norma más favorable a la persona con el fin de procurar la protección de los derechos humanos con igualdad y sin discriminación.

La Constitución al ser la norma suprema entre las demás normas que integran el ordenamiento jurídico pro lo que cualquier acto dictado por una autoridad competente deberá mantenerse siempre apegada a lo que establece la normativa constitucional, caso contrario se podría caer en una invalidez de normas (Peter, 2013). En el caso de la Corte Constitucional, las diferentes autoridades judiciales basan su criterio en lo establecido por la Constitución la misma que simplemente le confiere a la Corte la posibilidad de resolver conflictos y vacíos legales que se deriven directamente de alguna violación de derechos constitucionales con el fin de garantizar el debido proceso, la seguridad jurídica y sobre todo la protección de los derechos

humanos.

### **Grupos de atención prioritaria**

La Constitución actual es el resultado del avance del tiempo, lo cual trajo consigo diversos cambios, dentro de los cuales se puede destacar la innovación en materia de derechos humanos, puesto que, en comparación con las constituciones antiguas, la protección y desarrollo de los derechos constitucionales la hacen poseedora de la particularidad garantista y humanista dentro de su normativa, protegen el desarrollo integral, la igualdad de derechos y sobre todo la dignidad humana.

La Constitución, en este sentido es garantista de derechos por lo que, la conlleva a determinar ciertos parámetros especiales en busca de soluciones en el tema del grupo de atención prioritaria y mucho más si se trata de niños, niñas y adolescentes; en este sentido se ve importante destacar que en materia de atención prioritaria existe normativa dentro de la Constitución del Ecuador que busca garantizar la igualdad de condiciones y oportunidades para este grupo de doble vulneración frente a las desigualdades existentes dentro de la sociedad.

La Constitución del Ecuador de 1998, generó un cambio en la sociedad, pues empezó a establecer diferentes parámetros normativos, reglas, derechos y obligaciones que todo ciudadano debía respetar y cumplir, sin embargo, una de las características relacionadas a ese tiempo, fue que no existían la Constitución garantista de derechos, que protege por sobre todas las cosas a la persona y a sus derechos.

Por lo tanto, solo se implantaban normas en la sociedad que buscaba regularizar las normas y ejercer la justicia. Fue entonces que, con el avance de la Constitución del 2008, se implementó el carácter de garantista de los derechos humanos que poseen todas las personas y que los mismos debían ser protegidos con igualdad y sin ningún tipo de discriminación. En ese sentido una innovación importante en la Constitución del Ecuador fue la igualdad y la determinación de los grupos de atención prioritaria que no existía en la antigua Constitución.

En el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), se establece que, las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, entre varios grupos más, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. En ese sentido se hace importante verificar que el objeto del presente articulado en la realidad se cumple parcialmente, porque con el avance de esta normativa, la igualdad en el sector público y privado se ha establecido con precisión y certeza, en el ámbito salud, educación, social, trabajo, entre otros, que han aportado un cambio importante en la sociedad. Nos referimos al termino parcial porque al ser el Ecuador un país en vías de desarrollo, los avances tecnológicos y los cambios de desarrollo se encuentran en proceso, es decir la necesidad individual como en un caso de enfermedad al buscar las medicinas más optimas se ve limitada y por ende no se garantiza el bien común por lo cual la sociedad no avanza y sus derechos se ven susceptibles de vulneración.

En países como México la juventud que padece de alguna enfermedad cuentan con la protección jurídica necesaria para garantizar la protección de los derechos humanos de acuerdo al orden constitucional, el cual desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, incluye aquellos todos derechos humanos reconocidos en tratados internacionales que el Estado mexicano ha firmado y ratificado, apegándose a lo que en normativas internacionales como ONUSIDA establecen para asegurar la protección de los derechos humanos sin ningún tipo de discriminación, en especial cuando se traten de grupos de atención prioritaria como son niños, niñas y adolescentes.

Bolivia por su parte acoge con lo establecido en normativa nacional e internacional en cuanto a la protección del derecho a la salud, generan igualdad en derechos para que las personas vulnerables o marginadas, como son las personas el grupo de atención prioritaria que viven con VIH para que tengan el acceso a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria y que generen una vida digna.

España es uno de los países que se encuentra profundamente comprometido con los derechos humanos. Su compromiso, protección y promoción constituyen un

eje prioritario para la garantía de los derechos de todas las personas que conforman una misma sociedad generando lineamientos y políticas para una igualdad de derechos, generando mayor importancia cuando se trata de un grupo de doble vulnerabilidad, como lo son niños, niñas y adolescentes con VIH

El Ecuador por su parte con la constitución del 2008, genera cambios positivos como se lo destaco en líneas anteriores; se evidencia más garantía de derechos, más protección de derechos, más igualdad menos discriminación en desarrollo del interés general de las personas; en ese sentido

El Art 35 de La Constitución de la República del Ecuador (2008), señala que:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Por su parte el determinado articulado establece claramente que el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad para que así no sean susceptibles de ningún tipo de discriminación; este grupo recibirá atención prioritaria y especial para que las personas que se encuentran dentro del grupo de atención prioritaria puedan desarrollar sus derechos con absoluta normalidad dentro de la sociedad, ejerciéndolos de manera totalitaria y sin ningún tipo de impedimento ni desigualdad, puesto que la ley lo faculta y la normativa nacional e internacional ampara y protege sus derechos humanos.

Por su parte el tratadista Borneo (2009), establece que el artículo 35 del la Constitución detalla los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria y sobre esa cuestión, determina que este grupo de personas, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privados, en este mismo artículo determina quienes adolecen de enfermedades catastróficas o de alta complejidad es decir todas aquellas personas que reúnen una patología crítica de alto riesgo y de

peligro social, se añade también que el Estado prestará especial atención a personas en condición de doble vulnerabilidad.

Por otro lado es importante destacar que dentro del grupo de atención prioritaria que manifiesta el mismo artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que; uno de los principales actores sociales dentro de la sociedad son los niños, niñas y adolescentes, mismos que, reúnen una condición especial de énfasis prioritario para el Estado, pero si además de esa condición existe la característica de ser un niño, niña o adolescente portador de VIH, además de ser un grupo de atención prioritaria, existiría un carácter de doble vulneración y por lo tanto el deber del Estado sería garantizar los derechos constitucionales establecidos en la ley como su primacía frente a otros grupos de atención prioritaria, ello en la práctica conllevaría a generar el orden social y el correcto desarrollo integral de cada persona.

Por su parte el Art 45 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), nos determina que:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad.

Por lo tanto, se puede decir que los niños, niñas y adolescentes gozaran de los mismos derechos que todas las personas, con la misma igualdad y se le garantizará el derecho a la nutrición, alimentación, salud e igualdad con el fin de precautelar su desarrollo e integridad física e intelectual. Esto quiere decir definitivamente que el Estado buscara la dotación de acciones afirmativas para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y mucho más si padecen de una enfermedad catastrófica que impida valerse por sí mismos y que requieran de la ayuda de una persona adicional para sus cuidados y protección, con el único objetivo de garantizar y

proteger los derechos humanos que por naturaleza les pertenece sin ningún tipo de vulneración y peor aún discriminación social.

En el mismo sentido el Art 46 de la Constitución del Ecuador (2008) señala que:

El Estado será el encargado de adoptar todas las medidas de protección que sean necesarias con el fin de garantizar la igualdad de derechos en los niños, niñas y adolescentes, siendo sin ningún tipo de maltrato, violencia ni otras circunstancias que pongan en peligro la vida del niño, niña o adolescente.

En lo referente a los niños, niñas y adolescentes se puede destacar que, ellos forman parte importante del grupo de atención prioritaria ya que, al igual que cualquier persona, también son sujetos plenos de derechos, cuyos derechos deben ser reconocidos, respetados, protegidos, garantizados y con igualdad por todas las personas; al referirnos todas las personas incluye a su familia, padres, hermanos, amigos y conocidos, puesto que, hoy en día, sus derechos son considerados como una figura importante de igualdad y no discriminación, son personas comunes y corrientes por lo que no se los debería considerar como menores, personas incapaces ni especiales, sino son ya determinados como seres humanos totales con las mismas obligaciones y derechos que cualquier persona en común. Sin embargo, al tratarse de una persona con doble vulnerabilidad por su condición de niño y aun mas por padecer una enfermedad catastrófica que pone en peligro su vida, su condición se ve reflejada ante la sociedad con el carácter de especial, eso hace que sus derechos y su principio de interés superior del niño sea valorizado de forma diferente y con más importancia que otro grupo de personas sin olvidarse del principio de igualdad y no discriminación.

Por lo tanto; nadie podrá ser discriminado por ninguna circunstancia cultural, social, económica, etc. Debido a que todos somos iguales con los mismos derechos, deberes, obligaciones y oportunidades; generando como consecuencia la penalidad y sanción a quien infrinja con lo establecido en la normativa nacional e internacional.

## **Enfermedades Catastróficas**

A lo largo de la evolución de toda la humanidad, existen muchas investigaciones que giran en torno a las enfermedades catastróficas que a través de la historia han generado pandemias y plagas alarmantes para la sociedad e incurables. En realidad, las epidemias trajeron consigo enfermedades infecciosas que definitivamente termino con muchas personas. En la actualidad las personas que sufren de estas enfermedades catastróficas sufren a diario de la soledad y discriminación social, un problema que es generado no solo a la persona sino también a toda la familia y con ella se producen cambios y efectos indeseables que el individuo jamás pensó generarlos, uno de esos cambio es la situación laboral y con ellos también su economía, puesto que al encontrarse con una persona que padece de este tipo de problema, la discriminación es el resultado de la falta de conocimiento que padecen las personas de una misma sociedad. (Perez. E, 2016). La generación de dinero es limitada y sus fuentes de subsistencia se agotan con el paso de los días. En cuanto a las patologías de este grupo de personas son de carácter regresivas y lentas, la ausencia de tratamientos se ve evidente y con ello la distribución de medicinas es casi inaccesible.

En ese sentido el Estado ecuatoriano reconocerá como un interés nacional de toda la sociedad a las enfermedades catastróficas y para ello las entidades públicas y privadas mediante la autoridad competente sanitaria implementará las acciones necesarias y correctas para la atención adecuada a la salud de las personas con enfermedades catastróficas generando una esperanza de vida y mejorando su desarrollo integral en el correcto tratamiento de prevención y curación de esta patología.

Los Derechos humanos enmarcan y delimitan las diferentes acciones afirmativas que son encaminadas a la protección de la vida digna y el desarrollo integral de cada persona, en ese sentido se ve importante empezar destacando que a nivel mundial las enfermedades que no existían en el pasado, fueron desarrollándose y con el paso del tiempo se determinaron como una característica de urgencia social para el Estado y todos sus habitantes. En ese sentido se puede destacar que existe un

gran listado de enfermedades catastróficas, sin embargo las determinadas como peligrosas y de gran atención son: el sida y el cáncer, puesto que con ellas el índice de mortalidad a causa de su padecimiento cada vez es alarmante puesto que a diario mueren millones de personas por el desconocimiento de la forma correcta del desarrollo de las mismas, así como la vergüenza social que conlleva muchas veces al suicidio por el simple hecho de padecer con estas enfermedades catastróficas.

Por su parte el Art 1 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Salud, Ley 67, para incluir el Tratamiento de las Enfermedades Raras o Huérfanas y Catastróficas (2012), establece:

El Estado ecuatoriano reconocerá de interés nacional a las enfermedades catastróficas y raras o huérfanas; y, a través de la autoridad sanitaria nacional, implementará las acciones necesarias para la atención en salud de las y los enfermos que las padezcan, con el fin de mejorar su calidad y expectativa de vida, bajo los principios de disponibilidad, accesibilidad, calidad y calidez; y, estándares de calidad, en la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, habilitación y curación. Las personas que sufran estas enfermedades serán consideradas en condiciones de doble vulnerabilidad.

En ese sentido se puede identificar qué; el Estado mediante esta normativa, determina a todas las personas que padezcan de una enfermedad catastrófica con condiciones de doble vulnerabilidad por lo tanto el interés en precautelar sus derechos es superior, garantizando su buen vivir.

En el Art 4 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Salud, Ley 67, para incluir el Tratamiento de las Enfermedades Raras o Huérfanas y Catastróficas (2012), establece:

“Enfermedad Catastrófica.- Es aquella que cumple con las siguientes características: a) Que implique un alto riesgo para la vida de la persona; b) Que sea una enfermedad crónica y por lo tanto que su atención no sea emergente; y, c) Que su tratamiento pueda ser programado o que el valor promedio de su tratamiento mensual sea mayor al determinado en el Acuerdo Ministerial de la Autoridad Sanitaria.”

Por lo tanto se puede destacar que en este precedente articulado se establece las características necesarias para definir una enfermedad catastrófica y la limitan a su cumplimiento con el objetivo de precautelar sus derechos y su integridad individual.

Por otra parte conforme el Acuerdo Ministerial N.- 00001829, (2012); en su articulado 1 establece de forma clara y precisa la denominación de las enfermedades catastróficas, y la detallan como una patología crónica que supone un alto riesgo para la vida de la persona con un alto costo económico en su tratamiento médico y además genera un fuerte impacto social. Por otra parte el mismo acuerdo emite diversos criterios de inclusión para las enfermedades catastróficas, y entre ella establece que la enfermedad debe implicar un riesgo alto para la vida, debe además ser catalogada como enfermedad crónica con tratamiento prolongado, entre otros que generan un respaldo para poder identificar y catalogar a las enfermedades catastróficas que impiden el correcto desarrollo del ser humano.

Por otro lado, es importante también destacar que el término personas con enfermedades catastróficas es un carácter nuevo para la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, puesto que en las anteriores constituciones el término enfermedades catastróficas era impreciso (Wilton, 2011), sin embargo en la actual Constitución aparece la sección exclusiva del Art. 50, en la que detalla:

“El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente”

Entendiendo por lo tanto a las enfermedades catastróficas como aquellas que padecen de una patología grave y de alta complejidad, que generalmente casi nunca poseen solución sin embargo de aquello al momento se puede prolongar el tiempo de vida de aquellas personas que padezcan estas enfermedades catastróficas mediante el tratamiento adecuado y eficaz del uso del medicamento que el profesional lo determine.

Además del estado crítico y de la complejidad que requiere el tema de las personas que tienen una enfermedad catastrófica. La solución, no siempre es la más

acertada pues al tratarse de una emergencia social los riesgos son altamente peligrosos e imprecisos.

Su recuperación es muy delicada y requiere de tratamientos e investigaciones periódicas y constantes, con el único fin de salvaguardar la vida y el desarrollo integral de cada persona. Pero por otro lado los niños, niñas y adolescentes que padecen de una enfermedad catastrófica como el sida, son considerados como un ente de atención prioritaria puesto que, por, sobre todo, lo que el Estado pretende es cumplir con su obligación de proteger el Interés Superior del Niño por cuanto su condición especial así lo requiere; pero así también su carácter de doble vulnerabilidad frente a otras personas exige que se respete los derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes.

Es indudable que uno de los derechos más importantes que tiene el ser humano, es el de la vida, pues es el punto de partida para la existencia de los demás derechos que son inherentes al ser humano. Por consiguiente se puede determinar también que, de conformidad con los tratados nacionales e internacionales de derechos humanos, coligen que el derecho a la vida es el primero de todos los derechos de las personas representado además de un principio, como un valor que, se superpone a los otros, garantizando así la vida como el derecho ilimitado, inviolable e irrenunciable; por lo tanto y sin duda alguna se puede decir que el derecho a la vida no se lo puede restringir ni violentar (Jaramillo, 2011).

Por su parte, el Art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1979), determina que:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por eso, se sobre entiende que todas las personas gozaran de este derecho desde el momento de su concepción y este derecho estará protegido por el Estado y amparado por todas las leyes nacionales e internacionales. Las personas que padecen

una enfermedad catastrófica poseen varias limitaciones naturales, entre las cuales se encuentra el desarrollo óptimo de su calidad de vida que impide el adecuado desarrollo de su integridad y de su personalidad.

Nos referimos ahora a otro de los derechos que son importantes dentro del grupo de las personas que padecen una enfermedad catastrófica, es el derecho a la salud, un derecho humano fundamental e indispensable para el correcto uso y goce de los demás derechos humanos que se encuentran desarrollados para el correcto desarrollo del buen vivir. Este derecho se encuentra consagrado en el Art 32 de la Constitución del Ecuador, (2008) en la que se estipula el derecho a la salud y manifiesta que:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

En ese sentido es fundamental entender que, el derecho a la salud, al igual que el de la vida y los demás derechos, serán velados y protegidos por el Estado, más sin embargo cuando se trate de niños, niñas y adolescentes que padezcan de una enfermedad catastrófica, se garantizara el interés superior del niño, y a través de los diferentes tratados Internacionales el Estado preverá de medicinas y de los tratamientos necesarios para el eficaz goce de los derechos que posee el niño, niña y adolescente.

Pero así como es importante tratar el derecho a la salud establecido en la Constitución y en los diferentes Tratados Internacionales, un derecho que viene ligado con sus efectos negativos como lo son las enfermedades, las mismas que cada día van generando más preocupación a toda la sociedad y el mundo entero, puesto que existen enfermedades de importancia leve como una simple gripe que con un

medicamento retroviral accesible, se puede parar y encontrar el remedio de forma rápida y seguro, pero así como existen enfermedades leves también se encuentran localizadas las enfermedades graves y muy graves como lo son el cáncer, el sida entre otras más, que hace que el Estado se sumerja en una preocupación social entera puesto que con ella se cree una necesidad urgente de buscar mecanismos adecuados para combatir con este problema de emergencia mundial.

Es entonces que al hablar de VIH/SIDA, se nos viene a la mente inmediatamente, la palabra muerte, puesto que esta enfermedad se caracteriza por ser lenta y en muchas veces con la ausencia de síntomas que puede durar por años, sin embargo un paciente con Sida puede prolongar de forma correcta su vida y su desarrollo integral, siempre y cuando se siga con el tratamiento que el doctor le establezca, con el único fin de prolongar la vida de la persona portadora de VIH, sin embargo cuando se trate de un menor de edad, es indudable que al ser el niño, niña o adolescente existe un trato especial y diferente que con los demás grupos de atención prioritaria, puesto que el interés superior del niño obliga a que el Estado busque opciones para que la vida del niño, niña o adolescente no sea discriminada ni limitada por ninguna persona de la sociedad y por ende garantizar su condición de niño, proteger sus derechos constitucionales y garantizar su vida plena y desarrollada en base a su condición de doble vulnerabilidad y de atención prioritaria no solo para el Estado sino también para todas las instituciones públicas y privadas, padres de familia, compañeros y familiares que establezcan lo que se encuentra en la normativa interna e internacional en materia de derechos humanos.

En consecuencia, se ve importante empezar determinando que la Organización mundial de salud, Establece una breve definición del VIH/SIDA y menciona que:

El virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) infecta a las células del sistema inmunitario, alterando su función. La infección produce un deterioro en el sistema inmunitario. Se considera que el sistema inmunitario es deficiente cuando deja de cumplir su función de lucha contra las infecciones y enfermedades. El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) es un término que se aplica a los estadios más avanzados de la infección por VIH y se define por la presencia de alguna de las más de 20 infecciones oportunistas o de cánceres relacionados con el VIH.

El VIH puede transmitirse por las relaciones sexuales vaginales, anales u orales con una persona infectada, la transfusión de sangre contaminada o el uso compartido de agujas, jeringuillas u otros instrumentos punzantes. Asimismo puede transmitirse de la madre al hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia.

En este sentido se puede entender que la Organización Mundial de Salud, al ser la organización más importante y principal en el tema de salud, define claramente lo que significa el VIH/SIDA, y sus posibles riesgos de contagio, así como los efectos que se tiene cuando una persona es positiva a esta enfermedad de situación emergente.

En cuanto a la medida 68 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994), se establece que:

Los gobiernos deben velar por que la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA, así como los servicios necesarios para la misma, formen parte integrante de los programas de salud reproductiva y sexual en el nivel de los servicios de atención primaria de la salud. En los programas y servicios de prevención y educación deben abordarse las diferencias basadas en el sexo, la edad y otros factores relativos a la vulnerabilidad a la infección por el VIH. Los gobiernos deben elaborar directrices para el tratamiento y la atención del VIH, que hagan hincapié en el acceso equitativo, y para la prestación amplia de servicios de pruebas del VIH, a personas que lo soliciten, y de asesoramiento, y para el acceso a dichos servicios y deben asegurar el suministro amplio de preservativos femeninos y masculinos, así como el acceso a ellos mediante, entre otras cosas, la comercialización social. En las campañas de promoción, información, educación y comunicación elaboradas con las comunidades y apoyadas por los niveles más altos del gobierno se deben promover las prácticas y el comportamiento sexual fundamentado, responsables y más seguros, el respeto mutuo y la igualdad de los géneros en las relaciones sexuales. Debe prestarse especial atención a impedir la explotación sexual de las jóvenes y los niños. Habida cuenta de la mayor susceptibilidad al VIH/SIDA de las personas infectadas por enfermedades de transmisión sexual convencionales y tratables, así como de la alta prevalencia de esas enfermedades entre los jóvenes, debe darse prioridad a la prevención, la detección, el diagnóstico y el tratamiento de esas infecciones. Los gobiernos deben elaborar de inmediato proyectos de educación y tratamiento del VIH orientados expresamente a los jóvenes, en plena asociación con los jóvenes, los padres, las familias, los educadores y los encargados de la atención de la salud, haciendo especial hincapié en la elaboración de programas de educación por los congéneres.

Me refiero a la medida detallada en líneas anteriores, la misma que claramente indica que el Estado se encuentra en la obligación de prestar la correcta atención a las personas que padezcan de esta enfermedad catastrófica y además de eso se deberá buscar medidas de acción afirmativa que evite un posible contagio entre los jóvenes que son más vulnerables de esta enfermedad. Siendo así que una de las medidas que se determina es la creación y elaboración inmediata de proyectos de educación, prevención y tratamiento del VIH, así como también de la creación de diferentes campañas de concientización e información para los jóvenes con el objetivo de que su educación sexual sea la más óptima con ello evitar el incremento de las personas contagiadas a causa de esta enfermedad catastrófica y con ello limitar el alto índice de tasas de mortalidad a causa del VIH.

En cuanto a la medida 97 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994), determina por su parte que:

Como la pandemia del VIH/SIDA ha causado mayores estragos que los previstos originalmente, se debe prestar especial atención a proporcionar con prontitud los recursos necesarios, como pide el Programa de Acción, para la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y el VIH. Se debe conceder particular atención a las poblaciones vulnerables, especialmente los niños y los jóvenes. Todos los países afectados por la pandemia deben seguir procurando movilizar recursos internos procedentes de todas las fuentes para combatirla. Se pide a la comunidad internacional que preste asistencia a los países en desarrollo y a los países con economías en transición, en sus esfuerzos. Por otra parte, los gobiernos y la comunidad de donantes deben redoblar sus esfuerzos para ofrecer recursos destinados a cuidar y ayudar a los afectados por el VIH/SIDA, así como a satisfacer las necesidades especiales de prevención.

Se detalla que como la enfermedad ha generado muchas muertes a nivel mundial, esta se ha establecido como una situación o circunstancia de crisis mundial dentro de la cual se debe prestar especial atención a las personas que se encuentren con VIH, sin embargo se debe dar prioridad a los niños, niñas y adolescentes para que el derecho a su vida sea protegido no solo por el Estado sino también por su familia y en general por las instituciones nacionales e internacionales, redoblando la unión y la

fuerza para erradicar esta enfermedad que ha generado muchas muertes a nivel mundial.

En la circunscripción interna, el Ecuador a través de su Ministerio de Salud Pública toma como referencia a la organización mundial de Salud y establece:

La Organización Mundial de la Salud define al VIH como el “Virus de Inmunodeficiencia Humana” (VIH), 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 cumplir su función de lucha contra las infecciones y enfermedades. La fase más avanzada de la infección por el VIH es el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida o sida que es un término que se aplica a los estadios más avanzados de la infección por VIH, y que en función de la persona puede tardar de 2 a 15 años en manifestarse, y que se define por la presencia de alguna de las más de 20 infecciones oportunistas o de cánceres relacionados con el VIH. El VIH puede transmitirse por las relaciones sexuales vaginales, anales u orales con una persona infectada, la transfusión de sangre contaminada o el uso compartido de agujas, jeringuillas u otros instrumentos punzantes. Asimismo, puede transmitirse de la madre al hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia.

Se puede destacar que el Ministerio de Salud Pública toma como referencia el concepto de la organización mundial de la salud puesto que al ser el organismo internacional competente para definir y delimitar exclusivamente cuestiones del derecho a la salud, su competencia es la protección de la salud de todas las persona, es por ende que el ministerio de salud pública toma lo definido internacionalmente como VIH/SIDA para no incurrir en ningún error en cuestiones de definiciones, particularmente define al sida como una enfermedad catastrófica oportunista, de alta complejidad que provoca alto índice de mortalidad

En lo referente al Ecuador se puede destacar que el VIH en el Ecuador, tiene la misma importancia y carácter de urgencia social, en ese sentido los primeros casos que se dieron 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 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. Riera. C (2013). Revista Informativa. (Edición N.- 31).

Recuperado de: [https://www.paho.org/ecu/index.php?option=com\\_docman&view=download&category\\_slug=comunicacion-social&alias=416-boletin-informativo-n0-31-agosto-2012-marzo-2013&Itemid=599](https://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=comunicacion-social&alias=416-boletin-informativo-n0-31-agosto-2012-marzo-2013&Itemid=599)).

Debemos indicar también que la epidemia de VIH en el Ecuador afecta principalmente a personas transgénero con un alto índice de contagio en la ciudad de Quito y Guayaquil, posteriormente otro de los grupos más afectados por esta enfermedad catastrófica fueron los hombres Gays y bisexuales que forman parte de la comunidad internacional LGBTI, puesto que son las personas que están más expuestas a este tipo de peligro, ya que la simple circunstancia de mantener relaciones sexuales con otros hombres, es una causal que pone en riesgo y peligro la salud de este grupo mínimo de la Sociedad.

## **VIH/Sida**

La Organización Mundial de la Salud determina en su página principal los diferentes signos, síntomas, transmisión, diagnóstico y prevenciones que debe tomar en cuenta una persona con VIH, el mismo que sirve como base para las demás instituciones nacionales e internacionales, para que delimiten sus conceptos autónomos pero siempre tomando como base principal lo determinado por la Organización mundial de salud, dentro de la cual se establece de la siguiente forma:

### **Signos y síntomas**

Los síntomas de la infección por el VIH difieren según la etapa de que se trate. Aunque el máximo de infectividad se tiende a alcanzar en los primeros meses, muchos infectados ignoran que son portadores hasta fases más avanzadas. A veces, en las primeras semanas que siguen al contagio la persona no manifiesta ningún síntoma, mientras que en otras ocasiones presenta un cuadro seudogripal con fiebre, cefalea, erupciones o dolor de garganta. A medida que la infección va debilitando el sistema inmunitario, la persona puede presentar otros signos y síntomas, como inflamación de los ganglios linfáticos, pérdida de peso, fiebre, diarrea y tos. En ausencia de tratamiento pueden aparecer enfermedades graves

como tuberculosis, meningitis criptocócica, infecciones bacterianas graves o cánceres como linfomas o sarcoma de Kaposi, entre otros. (Ministerio de salud pública, s.f.)

Por lo que se evidencia que cuando una persona es portadora de esta enfermedad catastrófica, por lo general en las primeras semanas, no padece de ningún síntoma que determine su condición de ser positivo sin embargo con el paso del tiempo, generalmente su sistema inmunológico se va debilitando poco a poco y en ausencia de tratamiento las enfermedades simples pueden representar un cuadro peligroso y de alta complejidad que muchas veces termina en la muerte.

### **Transmisión**

El VIH se transmite a través del intercambio de determinados líquidos corporales de la persona infectada, como la sangre, la leche materna, el semen o las secreciones vaginales. No es posible infectarse en los contactos ordinarios cotidianos como los besos, abrazos o apretones de manos o por el hecho de compartir objetos personales, agua o alimentos.

Entonces al establecer claramente los motivos de transmisión, los mismos que muchas veces son confundidos por la mayoría de personas, que por la falta de información piensan que por un simple abrazo o un saludo de apretón de manos se van a contagiar, en el que la persona inmediatamente formaría parte de un motivo de discriminación y rechazo social. Sin embargo, en la actualidad a pesar de la amplia información existente por el Ministerio de salud Pública, este malestar aún permanece en nuestros días, y eso no se debe a la falta de información, sino que simplemente eso se crea como una respuesta del tradicionalismo generado en épocas antiguas.

### **Factores de riesgo**

Hay algunos comportamientos que aumentan el riesgo de que una persona contraiga el VIH:

- Tener relaciones sexuales anales o vaginales sin preservativo;
- Padecer otra infección de transmisión sexual como sífilis, herpes, clamidiasis, gonorrea o vaginosis bacteriana;
- Compartir agujas, jeringuillas, soluciones de droga u otro material infectivo contaminado para consumir drogas inyectables;
- Recibir inyecciones, transfusiones sanguíneas o trasplantes de tejidos sin garantías de seguridad o ser objeto de procedimientos médicos que entrañen cortes o perforaciones con instrumental no esterilizado;
- Pincharse accidentalmente con una aguja, lesión que afecta en particular al personal de salud.

Claramente se puede identificar con las líneas precedentes, los factores de riesgo de contagio que son totalmente seguros para convertirse en una persona portadora de VIH, motivos que son establecidos por las diferentes instituciones públicas y privadas como información para el correcto conocimiento y la protección de la vida y la integridad de este grupo de personas discriminadas ante la sociedad.

### **Diagnostico**

Las pruebas serológicas, entre ellas los análisis rápidos y los enzimoimmunoanálisis (EIA), detectan la presencia o ausencia de anticuerpos contra el VIH-1, el VIH-2 y el antígeno p24 del virus. Ninguna prueba permite diagnosticar por sí sola la presencia del VIH. Es importante combinar estas pruebas en un orden específico que haya sido validado basándose en la prevalencia del virus en la población objeto de examen. La infección por el VIH se puede detectar con gran exactitud mediante pruebas precalificadas por la OMS en el marco de un enfoque validado. Es importante señalar que las pruebas serológicas permiten detectar los anticuerpos que se generan como parte de la respuesta inmunitaria para luchar contra patógenos externos, y no el propio VIH

En la mayoría de las personas, los anticuerpos contra el VIH aparecen a los 28 días de la fecha en que se contrajo la infección y, por tanto, no se pueden detectar antes. Este lapso se denomina periodo de seroconversión y es el momento de mayor infectividad, pero la transmisión puede producirse en todas las fases de la infección. La práctica más correcta es realizar una nueva prueba de detección a todas las personas que hayan dado positivo en una primera prueba diagnóstica antes de atenderlos y tratarlos, con el fin de descartar que los resultados sean incorrectos o se haya proporcionado una información equivocada. Sin embargo, una vez se ha diagnosticado la infección y se ha empezado el tratamiento no se deben realizar nuevas pruebas diagnósticas. (Ministerio de salud pública, s.f.)

En ese sentido se puede establecer que, la única y certera prueba para detectar esta enfermedad, es la de sangre, puesto que es completamente certera y su

información tiene un mínimo porcentaje de error para lo cual, en caso de ser positivo, se deberá iniciar un tratamiento que prolongue su vida y el correcto desarrollo de la salud.

## **Prevención**

Una persona puede reducir el riesgo de infección por el VIH limitando su exposición a los factores de riesgo. A continuación, se explican los principales métodos para prevenir el contagio, que se suelen usar conjuntamente.

- **Uso de preservativos masculinos y femeninos:** El uso correcto y sistemático del preservativo masculino o femenino en el curso de la penetración vaginal o anal puede proteger de la propagación de enfermedades de transmisión sexual, entre ellas la infección por el VIH. Los datos demuestran que los preservativos masculinos de látex tienen un efecto protector contra la transmisión del VIH y otras infecciones de transmisión sexual (ITS) que llega como mínimo a un 85%.

- **Pruebas de detección del VIH y las ITS y asesoramiento al respecto:** Se aconseja vivamente a toda persona expuesta a cualquiera de los factores de riesgo que se someta a pruebas de detección del VIH y otras ITS, para así conocer su estado y, llegado el caso, acceder sin demora a los servicios oportunos de prevención y tratamiento. La OMS recomienda también que se proponga realizar la prueba a las parejas de los infectados y a las personas que practiquen sexo con ellos, y que se ofrezca asesoramiento a las personas infectadas por el VIH para informar de ello a sus parejas sexuales, ya sea solas o con ayuda de profesionales sanitarios.

- **Prevención con antirretrovíricos:** En las personas infectadas por el VIH, la administración de antirretrovíricos por vía oral es la práctica diaria habitual para evitar que este virus sea propagado con más eficiencia por todo el cuerpo. La OMS recomienda el uso de los medicamentos exclusivos para esta enfermedad a fin de mejorar su condición de vida y prolongar la misma.

Es importante que, en todo tipo de relaciones sexuales, se utilice siempre un método de prevención con el único fin de evitar cualquier tipo de enfermedad de transmisión sexual, puesto que ese es el único mecanismo para proteger la vida de cualquier persona, sin embargo, el método más eficaz de prevenir un posible contagio de una enfermedad catastrófica, es definitivamente la abstinencia.

## **Tratamiento**

Es posible inhibir el VIH mediante tratamientos en los que se combinan tres o más fármacos antirretrovíricos. Aunque con esos medicamentos no se cura la infección por completo, se frena la replicación del virus en el organismo y permite que el sistema inmunitario recobre fortaleza y capacidad para combatir las infecciones.

Por lo tanto, es importante destacar que, si bien el tratamiento no es nada fácil, puesto que requiere mucho tiempo y sobre todo mucho dinero para la compra de las medicinas optimas que se necesita en el proceso de recuperar su vida. Sin embargo, al tratarse de una enfermedad catastrófica, lo que se debe hacer en caso de sospechar alguna anomalía en su cuerpo, sería la mejor opción; acudir con un médico especializado en el tema para descarta cualquier tipo de duda así como también realizarse la prueba del VIH, para alcanzar la tranquilidad y descartar cualquier tipo de sospecha.

## **Interés superior del niño**

El principio de interés superior del niño es considerado como fundamental e importante en el estudio de los derechos de infancia y adolescencia. Se considera que este principio jurídico es garantista y protector a favor de del niño, niña y adolescente con el único fin de asegurar la efectividad de los derechos individuales que pose este grupo de atención prioritaria frente a los demás grupos que conforman una misma sociedad.

“El concepto de interés superior del niño, tiene su origen a nivel internacional, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959” (Simon, 2008, pág. 112)

En ese sentido la Declaración de los Derechos del Niño, (1959) en su principio 2, establece que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con

este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

El tratadista Farith Simón, (2014) determina que: Se considera que la aparición de la categoría de interés superior del niño mejora los intereses de los mismos, puesto que, es el resultado de un cambio de percepción y el apareamiento de una visión romántica de la infancia, que remplazo a la idea predominante, antes del siglo XVII, de que los hijos son propiedad de los progenitores, en particular del padre que tenía un rol dominante en la familia en el que obviamente los deseos e interés de los niños no contaban.

Por lo tanto, se puede destacar que el Principio de Interés Superior del Niño, nace con el único fin de proteger los derechos del niño, niña adolescente que se encuentran establecidos en las diferentes normativas nacionales e internacionales, los cuales tienen por objeto evitar que se cometan agresiones hacia los niños. En ese sentido todas las medidas que giren en torno de los derechos humanos deberán ser consideradas primordiales por sobre otras personas de atención prioritaria. Pero esto no significa la exclusión de los derechos de las demás personas, sino que el Estado deberá priorizar la importancia que tiene cada niño y mucho más si se trata de personas de doble vulnerabilidad. Este principio se puede decir que es un modelo referencial para la aplicación de otros derechos, puesto que es uno de los principios rectores que sirven de guía para la aplicación y elaboración de normas y políticas en donde la vida y el interés superior del niño se encuentre de por medio.

Por su parte el Comité de los derechos del niño, (2013) (Comite de los Derechos del Niño, 2013)manifiesta que el interés superior del niño tiene tres dimensiones:

**Como un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión que le afecte. Es aplicable tanto si la decisión afecta a un niño, a un grupo de niños concreto o genéricamente a los niños en general: Es de aplicación directa o de efecto inmediato, y puede invocarse ante los tribunales.

**Como un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga

de manera más efectiva el interés superior del niño, considerando todos los derechos contenidos en la CDN.

**Como una norma de procedimiento:** la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales para garantizar que se tome en consideración de forma seria, y no se aplique este principio de modo arbitrario o subjetivo. Como parte del procedimiento, se deberá dejar justificación de la decisión adoptada que razone explícitamente cómo se ha tenido en cuenta el interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

En ese sentido se puede destacar que: siempre que se requiera la toma de una decisión que afecte de forma directa los derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes, se deberá tomar en cuenta posibles repercusiones legales futuras, en donde el interés superior del niño prevalecerá en la toma de fallos de las autoridades competentes, puesto que aquellas decisiones serán encaminadas a garantizar el Interés superior del niño por lo tanto se constituirán como una acción afirmativa en beneficio de toda la sociedad y por ende de las personas con el carácter de doble vulnerabilidad.

Cuando hablamos del Interés superior del Niño, nos referimos directamente a una sola palabra, equidad, ya que, en tiempos antiguos los niños en general eran tratados con absoluta discriminación; una condición que no cambio hasta aproximadamente el siglo XXI, ya que con el avance del tiempo el Estado adopto una concepción garantista de derechos y derroco el absolutismo y el poder que generaba las personas adultas por sobre los niños. Un cambio que fue positivo para toda la sociedad puesto que se reconoció la importancia que tiene el niño y no se discrimino su condición bajo ninguna circunstancia, así mismo el cambio se verifico en los aspectos sociales, religiosos, económicos y culturales en donde ya se obligo respetar mediante normativa legal los derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes; lo que en tiempos antiguos no se lo respetaba y se incumplía con las diferentes normas y Tratados Internacionales ya que el niño muchas veces fue considerado como un ente de generar dinero y obligaba muchas veces a despojarse de sus derechos individuales que por naturaleza los pertenecía, obligándoles a trabajar como un adulto y violentar

sus derechos de niño como el acceso a una educación, a la salud, a una vida digna y seguridad social.

En ese sentido y ante esta situación, particularidad y necesidad que existía en materia de derechos del niño, la necesidad obligo a que, diferentes Instituciones públicas y privadas plasmen normativas de carácter urgente para la protección de los derechos que poseen los niños, normativas que fueron perfeccionadas con el tiempo y que dieron origen a la obligatoriedad de las normativas nacionales e internacionales y al respeto de la condición de ser niño, así como también a su principio de interés superior que poseen como protección de sus derechos frente a los otros grupos de atención prioritaria. Garantizando el acceso a su desarrollo integral; eso genero la creación de diferentes Consejos de protección de los derechos el niño, así como también la creación de entes públicos como la Defensoría del pueblo que busca la igualdad de todas las personas, pero mucho más de grupos de atención prioritaria, con ello se delimito y se plasmó en actas, normas, leyes y tratados, medidas de acción afirmativa que buscan la igualdad de derechos y el enfoque especial cuando cumpla con la particularidad de ser niño.

Es importante además destacar en la normativa legal no solo existe el principio de Interés Superior del niño, sino que también alrededor de esa particularidad, existen otros principios que buscan garantizar los diversos derechos humanos y tienen la misma valoración legal y jurídica en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, como lo es el principio de igualdad y no discriminación determinado en el artículo 6 del Código de la Niñez y Adolescencia, (2003) en el que se indica:

**Igualdad y no discriminación.** -Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares.

Por consecuente se hace alusión a que; todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y como particularidad del presente artículo, se puede decir que

no serán discriminados por ninguna causa o condición. Este principio significa que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ejecutar y aplicar sus derechos, en el momento más adecuado y oportuno de su vida. Se puede determinar así, que, en la búsqueda de igualdad de los niños, niñas y adolescentes frente a otros grupos de atención prioritaria, no existe ningún niño o niña que sea valorado con más importancia sobre otros niños, sino que simplemente existe la igualdad de condiciones, derechos, deberes y obligaciones. Particularidad que se la ejerce sin ningún tipo de discriminación, por cualquier tipo de condición social, económica o cultural.

Según el tratadista Farith Simón (2008), la discriminación se la puede definir como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado menoscabar el goce o ejercicio de la igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En ese sentido es importante también destacar que el Artículo 1 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1969), determina que:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarlos, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se consideraran como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

En base al mencionado articulado, se entiende que la presente convención es un instrumento que debe interpretarse y aplicarse teniendo siempre como referencia las diferentes y reales circunstancias y problemas que tiene en la actualidad la sociedad. La no discriminación junto con la igualdad ante la ley constituye definitivamente en un principio básico e importante en la protección de los derechos humanos sin ningún tipo de discriminación o limitación alguna, cualquier distinción que tenga como fin la limitación o vulneración de derechos de una persona deberá ser penalizada y sancionada por las autoridades judiciales competentes.

Las formas de discriminación prohibidas por la convención a manera general, son: raciales, sexuales, color, étnica, religiosa, lingüística, opinión, impedimentos físicos, nacimiento y económico. A esto el autor Farith Simón (2014), determina que a más de esas características citadas por la convención, existen otros motivos de discriminación conexos expresamente por otros instrumentos internacionales de derechos humanos como los son:

- a) Incorpora la discriminación por el origen étnico de la persona;
- b) Protege de la discriminación no únicamente por la característica del niño, sino de sus padres, parientes o tutores; y,
- c) Tiene un carácter universal por lo que se aplica a los nacionales y extranjeros e incluso a los niños que hubieran ingresado ilegalmente al país.

Por consiguiente se puede decir que la Convención dispone y obliga a cualquier persona a respetar la normativa determinada en la ley, es decir que nadie podrá realizar ningún acto que restrinja la aplicación de un derecho y mucho menos limite y condicione su carácter de vida por el hecho de ser un niño, niña o adolescente, por lo que está determinada normativa explica y dispone claramente que se deberá asegurar y tomar todas las medidas necesarias y adecuadas para que se apliquen los derechos sin ningún tipo de distinción o exclusión.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos esto se encuentra establecido en el derecho internacional como en el interno. Por lo tanto, se determina que, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico y en su normativa legal caracteres, normativas y regulaciones discriminatorias que atenten a la vida e integridad de los niños, niñas y adolescentes. Por lo que, el Estado además de velar por el interés superior del niño, estará en la obligación de eliminar dentro de la normativa las irregularidades y características discriminatorias y de combatir y terminar con toda practica que perjudiquen directamente los derechos del niño, niña y adolescente que pongan en peligro su integridad y vida.

En referencia al detallado principio, es importante destacar que existe una opinión consultiva (2003), en el que se establece que: el principio de no

discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, integran la idea misma de los Derechos Humanos como normas de ius cogens, en virtud de que contienen valores elementales y consideraciones de humanidad basadas en el consenso de humanidad, por la naturaleza especial del objeto que protegen

Por su parte en lo referente a la obligación de respetar garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación establecido en el capítulo VI, se establece la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos:

- a) ...Todos los Estados como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con estas obligaciones (respeto y garantía de los derechos humanos) sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionada con el derecho a una protección igualitaria ante la ley...

Esto conlleva a que el Estado Ecuatoriano al ser miembro de la comunidad internacional, tiene que respetar la normativa interpuesta para garantizar y proteger los derechos de todas las personas y mucho más si se trata de un grupo de atención prioritaria con igualdad y con la importancia que la ley le otorga a cada persona de una sociedad.

### **Igualdad Formal y Material**

La Corte Constitucional en la sentencia N.º 117-13-SEP-CC emitida dentro del caso N.º 0619-12-EP, señaló que la igualdad tiene dos dimensiones:

**a)** La dimensión formal, se expresa por la misma Constitución en su artículo 11 numeral 2 primer inciso, cuando se la define como un principio de aplicación, en el siguiente enunciado: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades". De acuerdo con la Norma Fundamental, entonces, la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos -individuales o colectivos- que se hallan en la misma situación.

**b)** La dimensión material, en cambio, se establece en el tercer inciso del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, al señalar: "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad". Esta dimensión del derecho supone en cambio, que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto, que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos.

Por tanto, es importante establecer que la igualdad formal tiene directa relación con la garantía de identidad de trato a todos los receptores de una norma jurídica, evitando y limitando la existencia injustificada de privilegios y/o abuso de poder injustificado; mientras que por otro lado, hablamos de una igualdad material cuando se refiere a la posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con el objetivo de evitar injusticias y desigualdades.

Cabe recalcar que; bajo la doctrina jurisprudencial existe una distinción clara entre la igualdad formal y la igualdad material que para el tratadista Sevilla Montana (2010); establece que, la igualdad formal o la igualdad ante la ley responde al imperativo de que todas las personas sean tratadas por igual. Por su parte, el jurista Arroyo (2010), establece que; la igualdad material, es aquella que hace referencia a las particularidades del sujeto dentro de una sociedad. Por lo tanto, la definición del principio de igualdad conlleva adoptar por parte del Estado todas las medidas garantistas para efectuar el pleno goce de los derechos y oportunidades que posee una persona dentro de una colectividad, sin ningún tipo de diferencia.

Asimismo, se puede determinar que, el artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que; se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. En ese sentido, es claro que bajo el amparo de la normativa ecuatoriana, se puede entender que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, cualquier abuso o violación de derechos será sancionada.

### **Discriminación Positiva.**

La Corte Constitucional en la sentencia N.º 139-15-SEP-CC dentro del caso N.º 1096-12-EP determinó que:

La discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades (...) la discriminación ha sido una de las principales fuentes de desigualdad, debido a que como ciertas personas están marginadas de las decisiones, se les priva de ciertos derechos fundamentales, tales como la salud, la

seguridad social, la educación, trabajo, entre otros, estando en las mismas condiciones jurídicas

El tratadista Mccrudden. C (1991); establece que, el derecho positivo tiene su origen en el Derecho Antidiscriminatorio y comunitario que surge como consecuencia de las interminables protestas existentes en la población afroamericana, así como por otras minorías y movimientos sociales existentes en la década de 1960 en los Estados Unidos de América, definiéndolo entonces en términos generales como una serie de medidas, políticas o planes destinados a eliminar cualquier tipo de desigualdades o discriminación

Por lo tanto se puede establecer que en líneas generales el derecho positivo resulto de una lucha general por defender los derechos de grupos en minorías, generando políticas de acción positiva para limitar cualquier tipo de desigualdad social y garantizar el derecho a la igualdad.

### **Derecho a la Verdad**

El Derecho a la verdad tiene su origen en el Derecho Internacional Humano al establecerse la obligación que tiene el Estados de buscar a las personas que se encuentran desaparecidas en el marco de conflictos armados internacionales o no internacionales. Asimismo, se resaltó la existencia del derecho de los familiares a conocer lo verdaderamente ocurrido en tales situaciones. (Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,2006)

En ese sentido se ve importante destacar que el derecho a la verdad comprende una doble dimensión. En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que generaron graves violaciones de los derechos humanos establecidos en los diferentes organismos internacionales y nacionales, así como también el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. ,1988). En tal sentido, lo determinado implica que; el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados a esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves en los cuales se compruebe y verifique la

violación de derechos humanos, así como también dependiendo de las circunstancias de cada caso, se deberá garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos; pero el derecho a la verdad, no solo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también le corresponde a toda la sociedad entera, pues la misma tiene el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, además de las reales circunstancias por las cuales se violentó un derecho de cualquier persona, con el objeto de que los mismos hechos no vuelvan a cometerse nuevamente y se sancione a los responsables que violenten un derecho individual.

En el Ecuador el Derecho a la verdad se encuentra legalmente tipificado en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, en la cual se establece que el Estado adoptara todos los mecanismos que sean necesarios para identificar el conocimiento de la verdad de los hechos y esclarecer la cuestión que sea necesaria, cuando se trate de un derecho violentado. Por lo tanto, hablar del Derecho a la verdad es reconocer el derecho a las víctimas y sus familiares a conocer a la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a poder identificar quienes participaron en el acto así como de la responsabilidad y la sanción por la violación a los derecho de una persona.

Además de que; el derecho a la verdad ha surgido como respuesta a la falta de esclarecimiento de los hechos, a la realidad de las circunstancias, a la falta de investigación y a la falta de sanción y responsabilidad por la violación de casos graves de derechos humanos, generándolo entonces como un derecho que le pertenece a la víctima cuando ha sufrido una violación grave a sus derechos humanos y que el Estado tiene la obligación de velar y precautelar con prioridad para que hechos similares de violación de derechos no queden en la impunidad.

Por otro lado, encontramos también el artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), en el que establece:

**Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.** - Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean

necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularan y aplicaran políticas públicas sociales y económicas; y destinaran recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.

Este principio de Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, hace referencia a que la obligación y la responsabilidad de garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pertenece directamente al Estado, por lo que bajo ningún precepto legal o social este principio puede ser excluido puesto que el Estado es el único responsable de velar y garantizar las diversas políticas y normativas que se desarrollen, garanticen y protejan por sobre todas las cosas el cumplimiento de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes y protegerá con más importancia el interés superior frente a otras personas sin desvalorizar a ningún grupo de atención prioritaria establecido en la Constitución del Ecuador. Esto representa que al señalar como corresponsables al Estado, la sociedad y la familia, ya no solo será de interés personal de los padres velar por la protección y el desarrollo integral de sus hijos, sino que, también estamos vinculando de forma indirecta a todas las personas de una sociedad y mucho más al Estado, al cumplimiento obligatorio de las políticas encaminadas al buen vivir y al correcto desarrollo de sus derechos y su bienestar común, determinando también que, el ejercicio de sus derechos será respetado, velado y garantizado por toda la sociedad en todo lugar que en que se encuentre un niño, niña o adolescente pero sobre todo, será obligación de generar estabilidad y protección de sus derechos en la casa propia del niño y en su familia.

En cuanto refiere al artículo 10 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), nos indica que:

**“Deber del Estado frente a la familia.** - El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades especificadas en el artículo anterior”.

Este principio de Deber del Estado frente a la familia, determina que el Estado tiene el deber prioritario de establecer, ejecutar y respetar las políticas públicas y

privadas existentes en las leyes, en las que se determine el apoyo a la familia para cumplir con las obligaciones y responsabilidades que tienen para su hijo. Es decir, el Estado será el ente garante y regulador de los derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes, derechos que definitivamente no variaran bajo ninguna circunstancia, ni por la edad que tenga el niño, ya que, a pesar de aquello, se mantiene la condición de sujeto de derechos, y la calidad de un niño, niña o adolescente hasta los 18 años sin embargo de aquello la condición de persona durara consigo hasta el momento de su muerte.

Por otro lado, el artículo 12 del Código de la Niñez y Adolescencia, (2003) determina:

**Prioridad absoluta.** - En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará , además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran . Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

En este sentido se ve también importante detallar que, el principio de prioridad absoluta rige por sobre todo a la familia, estado y sociedad civil dentro de la cual nos invita a agotar todos los recursos que sean necesarios para velar y garantizar el correcto desarrollo del niño, niña y adolescente, así como también el ejercicio pleno de sus derechos, determinándolos como la máxima prioridad que debería tener el Estado en todos los ámbitos, ya sean estos de carácter público o privado, como ejemplo de aquello se puede decir que los niños, niñas y adolescentes son de atención especial en todo ámbito, social, económico y cultural, esto se verifica cuando un niño va a cruzar en las calles, al hacer una cola, al ser atendidos, en los buses, en una emergencia, en una catástrofe, en la escuela, el colegio, la universidad, cursos de verano o permanentes y en general en todo el ámbito público y privado en los cuales se ve obligatorio el respeto a los derechos de los niños y al cumplimiento de las obligaciones de todas las personas adultas para con cualquier niño.

En cuanto al Principio de Ejercicio progresivo, que se detalla en el Art 13 Código de la Niñez y Adolescencia (2003), nos indica que:

**Ejercicio progresivo.** - El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código.

Por lo tanto se puede decir que, el presente principio se sustenta principalmente en el reconocimiento de la capacidad evolutiva de los niños, niñas y adolescentes, es decir en su capacidad evolutiva, en su desarrollo progresivo, madurez, su auto educación, el desarrollo físico, psíquico e intelectual, su capacidad de expresión, el desarrollo del pensamiento, su nivel de reflexión es decir su independencia y reconocimiento del ejercicio de sus derechos y obligaciones, sus metas y objetivos que serán tomados con auto crítica e independencia. Este principio se relaciona directamente con el principio de aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente, en donde según el Art 14 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), detalla lo siguiente:

**Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.** - Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Esto se relaciona directamente al caso presente de estudio, en donde se confunde los roles investigativos con el poder que ejerce la autoridad judicial, y en base a ello, se decide el archivo de la causa perjudicando directamente derechos de la niña NN. Este principio declara directamente que ninguna autoridad en base a su poder podrá invocar normas para justificar la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al contrario se buscara por sobre todas las cosas el bienestar del niño, niña o adolescente mediante la aplicación e interpretación más favorable de la ley hacia este grupo de atención prioritaria, esta obligación será regulada y controlada directamente por el Estado quien tiene la obligación de equilibrar derechos y buscar

ejercer la justicia cuando exista vulneración de derechos en los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, es importante determinar el principio más importante y fundamental que existe en referencia a la protección de las garantías de los niños, niñas y adolescentes, este principio es denominado como, principio de Interés Superior del Niño, descrito en el Art 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, en el cual se indica:

**El interés superior del niño.** - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Este articulado, determina claramente que: el Principio de Interés Superior del Niño, es un principio que garantiza el efectivo uso y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en ese sentido también se establece la correcta efectividad, el desarrollo y cumplimiento adecuado de este principio por parte de todas las autoridades, entidades y funcionarios del sector públicos y privado, por lo que le hace reflejarse como un derecho adquirido por naturaleza, que les pertenece por todos los niños, niñas y adolescentes en la que toda autoridad está en la obligación de hacerla cumplir con todas las regularidades y parámetros establecidos en la ley.

El concepto de interés superior del niño, tiene su origen a nivel internacional en la Declaración de los Derechos del niño, que en su principio 1 (1959), determina:

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Esto hace alusión a que, nadie podrá ser juzgado ni discriminado por ninguna condición, economía, social o cultural, sin distinción alguna ni discriminación, sino que simplemente existiera la igualdad.

Por su parte el principio 2 de la Declaración de los Derechos del niño (1959), nos establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Es decir, se busca el correcto desarrollo del niño, niña y adolescente, establece un carácter muy importante que es la libertad, y también la dignidad, una particularidad que debe ser entendida en todo el sentido de la palabra, puesto que no por su condición deberá ser tratado diferente, sino más bien, tendrá una protección especial y particular en cuanto a sus derechos que será tomado en relación a la promulgación de leyes.

Este principio fue creado principalmente para la protección y defensa de los derechos que tiene el niño, niña y adolescentes y se encuentra orientado a satisfacer completamente el desarrollo del ejercicio de los derechos que los niños, niñas y adolescentes poseen por naturaleza y que la ley lo ampara; para lo cual se busca mantener el correcto equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, entendiéndolos entonces como sujetos de los mismos derechos y obligaciones que posee una persona común dentro de una misma sociedad. (Villalobos, 2016). Al referirnos de las obligaciones, que poseen este grupo prioritario, se hace alusión a la obligación que tienen con sus progenitores o padres, es decir al correcto respeto familiar y a la consideración, ayuda y aporte que debería existir en el hogar. Este principio ratifica la importancia que tiene el niño como sujetos de derechos, quien por su naturaleza gozara de una protección especial y desarrollada en la búsqueda del bien particular y el interés superior del niño frente a otros grupos que son consolidados también como de atención del Estado

Es importante también destacar que, el principio de Interés Superior del Niño, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado internacional que recoge los derechos de la infancia y es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos, y se detalla que todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación. A esto se suma la gran diferencia existente con la Declaración de los derechos del niño, puesto que en la Convención se invoca al principio de interés superior como resoluciones de autoridades administrativas, de órganos legislativos y de respeto absoluto de las diversas instituciones públicas y privadas que harán cumplir con lo establecido en la ley. En la Convención se otorga la importancia de ley al principio de interés superior del niño, por lo tanto, este principio es reiterado en varios artículos más del presente instrumento internacional, con la particularidad de cuidar y velar por el interés que posee el niño, su vida y su correcto desarrollo, esto se lo puede encontrar en los siguientes artículos:

**Art 9:** Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En lo respecto a este articulado, estoy totalmente de acuerdo, puesto que existen circunstancias en las que el Estado tiene la obligación de separar al niño, niña o adolescente de su familia siempre que el mismo, se encuentre en una condición de riesgo o peligro, para asegurar una vida digna libre de cualquier problema social.

**Art 18:** Los Estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su

caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Esto es una preocupación y una realidad actual que padece nuestra sociedad puesto que a diario se puede ver familias que se encuentran en proceso de divorcio por problemas personales, sin embargo, los que pagan las consecuencias son los hijos, quienes sufren indirectamente por este suceso crítico de nuestros días. Al separarse la unión familiar aparece el conflicto de la patria potestad y la indecisión del menor de unirse a uno de sus dos padres y crear una nueva vida, sin embargo, como se hace alusión en el detallado articulado la crianza y el desarrollo del niño, niña o adolescente, siempre será obligación de los dos padres, ya que, el deber de protección y cuidado de un padre para con su hijo no se termina jamás. Por lo que el Estado velara de hacer cumplir con lo mencionado en el presente articulado para el desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

**Art 20:** 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

Protección que hace alusión como el deber principal que debe garantizar el Estado cuando se trate de conflictos familiares, asistencia que será brindada de la forma adecuada y correcta para brindar protección a su vida y por ende garantizar el uso y goce del ejercicio de sus derechos.

**Art 21:** Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

En este sentido el Estado será quien busque garantizar el correcto desarrollo del niño, niña o adolescente y por lo tanto velará su vida, en todo sentido. El precedente articulado establece al mecanismo de adopción como una medida apropiada en el caso de adopción, esto será protegido en base a las leyes y tratados internacionales, con la prudencia y el debido proceso por parte de las autoridades competentes cuidando el interés del niño y que la misma sea considerada con una atención primordial.

Según Farith (2008): determina que, El principio de interés superior del niño, es un principio guía para establecer el adecuado y efectivo uso de los derechos que tienen los niños, para que así bajo ninguna circunstancia este derecho, sea violentado por nada ni por nadie; por lo que se puede determinar que este principio es garantista de los derechos humanos , que aparece con el único objetivo de eliminar todo tipo de abuso del poder, regulando entonces la vida de los niños y su correcto desarrollo social.

Según el Artículo 3 de la Convención de los Derechos de los Niños, (1990), nos hace referencia a que, todas las instituciones públicas y privadas son de bienestar social, de desarrollo y en beneficio de toda la comunidad, ellas están encargadas de velar y proteger por sobre todas las cosas con este principio constitucional, puesto que es obligación de las mismas darle prioridad a este grupo de atención prioritaria frente a los demás existentes en la sociedad, con el único fin de proteger su vida

garantizar su integridad, salvaguardar su vida y el correcto desarrollo de sus obligaciones y derechos. Se establece también que los Estados se comprometen a asegurar al niño mediante acciones afirmativas y las diferentes medidas de protección en contra de cualquier tipo de discriminación que sea avocada directamente por cualquier persona, por sus progenitores, familia o amistades. Entendiendo entonces que todos los Estados que forman parte de esta Convención, formaran parte de la obligados de proteger los derechos constitucionales de todo niño, niña o adolescente, y por ende se llevara una correcta y constante investigación de las políticas públicas y del cuidado de los niños y diferentes mecanismos que las autoridades competentes hayan determinado y obligado en defensa y protección de la vida de cada niño, sin ningún tipo de prejuicio ni limitación con el único fin de que su desarrollo sea el correcto y el adecuado por toda su vida.

### **Tutela Judicial Efectiva**

El Ecuador es un estado Constitucional de Derechos y Justicia, por eso se ve importante determinar que, al hablar de derechos encontramos el derecho a la Tutela Judicial Efectiva el cual garantiza el acceso a la administración de justicia para todas las personas y en igualdad de condiciones; en ese sentido la Constitución de la República del Ecuador determina lo siguiente:

Art 75.-“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 otro lado el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial que lo titule principio de Tutela judicial Efectiva de los derechos y manifiesta:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental 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. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos

internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles. (CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Registro Oficial Suplemento 544 , 2009)

Según el Tratadista Garcia (1991), establece que: “El derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a ejercer, en el seno del proceso, todas sus facultades para que los órganos jurisdiccionales estudien su pretensión y emitan una resolución motivada y conforme a derecho que, acogiendo o desestimando dicha pretensión, establezcan la verdad oficial”

Conforme el Jurista Chamorro (1994), establece que: “El derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales”.

En la doctrina ecuatoriana, el tratadista Ávila Santamaría señala que "Los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva" (Avila, 2008).

En ese sentido es importante determinar que; la tutela judicial efectiva se lo puede establecer como un mecanismo necesario para la defensa y respeto de los derechos constitucionales individuales que generan la legalidad en el debido proceso y su derecho a la defensa en cualquier etapa o procedo judicial; evitando asi la existencia de vulneracion de derechos constitucionales asi mismo; la tutela judicial efectiva es el respeto a obtener de las autoridades judiciales, resoluciones motivadas.

## **CAPITULO II**

### **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL**

#### **Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación al derecho a la no discriminación de los niños, niñas y adolescentes.**

#### **La jurisprudencia como fuente de derechos constitucional de los niños, niñas y adolescentes.**

Para el análisis del presente punto, es importante determinar que, a nivel nacional e internacional, existe diferente normativa y leyes que delimitan su importancia dentro del sistema jurídico a través del entendimiento del derecho como fuente; para ello es importante entender que cuando se habla de fuentes de derecho nos referimos a quien hace el derecho, de donde surge y como se manifiesta en el exterior. Las fuentes del derecho existen porque a lo largo del tiempo la definición de justicia, ley y orden jurídico va cambiando, mejorando y definiendo la conducta de una persona en una sociedad. Las fuentes del derecho en el Ecuador están determinadas como: la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

En ese sentido es importante determinar que en el presente trabajo investigativo tenemos como fuente del derecho al análisis de la Sentencia No. 068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional, el cual será analizada con posterioridad con el objeto de determinar la importancia que tiene el derecho a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en el Ecuador.

El rol de la Corte Constitucional como órgano mayoritario

La Corte Constitucional Ecuatoriana es el órgano encargado de ejercer la supremacía de la Constitución, proteger los derechos constitucionales y las garantías jurisdiccionales de forma autónoma e independiente para garantizar la vigencia y control de la Constitución.

El Art 429 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece:

Según La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

### **Análisis crítico de la Sentencia 068-18-SEP-CC.**

Una de las cosas que debemos destacar de la sentencia en cuanto a su aspecto positivo, es que, la misma queda como un antecedente dentro de la jurisprudencia del Ecuador en la cual destaca la importancia que tienen los niños, niñas y adolescentes, mismos que deben ser tratados como grupos de atención prioritaria y en condiciones de doble vulnerabilidad, priorizando el interés superior del niño y garantizando sus derechos los mismos que con las medidas de reparación que fue implantada por la Corte Constitucional se ejerció con igualdad y sin discriminación.

Sin embargo, es importante destacar que uno de los aspectos negativos de la sentencia fue la falta de motivación y el incumplimiento del deber que tenía que ejercer la fiscal de esmeraldas, pues se violentó el derecho de la menor por cuanto no se agotó todas las instancias necesarias para que la investigación fiscal pueda llegar a determinar una clara y precisa conclusión, limitando su desempeño y profesionalismo en simples informes que carecían de legalidad y certeza.

Se violentó el derecho a la verdad por cuanto la cadena de instancias concordó que la fiscal tenía la razón y no se indago ni tampoco se investigó con profundidad los hechos relevantes al caso que determine un a verdad con exactitud.

### **Puntualización de la metodología.**

Las técnicas existentes para la interpretación y argumentación jurídica será basada en la correcta aplicación y fundamentación legal de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH en el Ecuador, ello implica que el Estado sea un ente protector y garantista de derechos, ejerza la ley y la norma de forma igualitaria sin discriminación, ejerciendo la integridad y legalidad de la Constitución.

Por lo tanto, los mecanismos legales y técnicas de interpretación y fundamentación jurídica deberán utilizarse con igualdad a fin de que no restrinjan derechos ni garantías fundamentales. En ese sentido parte de la metodología a usarse en el presente trabajo de investigación será a través del Método inductivo, el cual es necesario en este tipo de trabajo por cuanto nuestra tarea fue a partir del análisis de un caso concertó, el mismo que se convirtió en nuestro objetivo de estudio, “sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional”, con el objetivo de comprender el sentido que tiene el derecho a la vida, a la igualdad y no discriminación en los niños, niñas y adolescentes portadores del VIH. Así como también del método de análisis de un caso, el mismo que es un proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de un caso relevante vinculado con un problema jurídico de la realidad ecuatoriana (Sentencia N.-068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional), de manera que se establece la relación causa-efecto entre los elementos que componen el objeto de investigación.

### **Antecedentes de caso concreto**

El presente trabajo de investigación aborda la problemática asociada con el derecho a la igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes, conforme el análisis de la sentencia de acción extraordinaria de protección 068-18-SEP-CC, la misma que deriva de la desestimación y archivo del expediente de investigación por una denuncia instaurada ante la fiscalía de la Unidad Especializada de Violencia de Género N°1 de Esmeraldas, por el presunto cometimiento del delito de contagio de una enfermedad incurable por sustancias que alteran la salud, al existir un presunto contagio por transfusión sanguínea de VIH a los 18 días de nacida de la hija del denunciante en un hospital público de la ciudad de Esmeraldas; además de haberse inadmitido la acción de protección en primera instancia y del rechazo del recurso de apelación en segunda instancia instaurada por el padre de la menor afectada.

La Corte Constitucional resuelve mediante sentencia declarar la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación, derecho a la verdad; y, por conexidad el derecho a la tutela judicial efectiva, además de la

vulneración al principio de interés superior del niño y el derecho a la salud del mismo ante la existencia de doble vulnerabilidad al ser una niña con enfermedad catastrófica.

La corte en el ejercicio de sus funciones dispone medidas de reparación integral por los derechos vulnerados, estableciendo en su sentencia el tratamiento médico y psicológico a la niña, incluyendo el suministro de los medicamentos que eventualmente se requieran de forma gratuita conllevando a que el Estado deberá cubrir los gastos necesarios para el restablecimiento de su salud, además se dispuso la publicación de la sentencia en el registro oficial, con el objetivo de sentar precedente constitucional.

## **Decisiones administrativas**

### **La Acción de Protección**

La acción de protección fue presentada en contra de la fiscal de la Unidad Especializada de Violencia de Género N.º 1 ya que ella solicitó la desestimación de la denuncia y el archivo del expediente de la investigación puesto que según su criterio no existía ningún documento ni prueba alguna que pueda comprobar la existencia de la vulneración de derechos en contra de la niña. Por lo tanto se puede evidenciar que la acción de protección fue el mecanismo más adecuado para garantizar los derechos de la niña NN, puesto que la Fiscal al no realizar una adecuada investigación conforme lo determina la ley y peor aún, al no agotar todos los mecanismos existentes a favor de comprobar la veracidad del caso, se evidencia la violación de los derechos de la niña, dejándola en indefensión al no establecer el debido proceso y la tutela efectiva de derechos a favor del principio de interés superior de la niña NN que la expuso al peligro y sobre todo su derecho a la salud y a la vida fue violentado.

En ese sentido se puede establecer que, la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas avocó conocimiento de la causa y señaló que la acción de protección es clara, completa y precisa en sus requisitos legales, razón por lo que se la acepta al trámite oral correspondiente. Sin embargo, la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas, en su sentencia resolvió que es inadmisibles la acción de protección de derechos

fundamentales cuya lesión tenga por origen una actuación judicial, además de establecer que no se aprecia vulneración de derechos fundamentales; al contrario de la presente acción de protección cumple con los requisitos de improcedencia al no existir vulneración de derechos. Por lo tanto se le negó la Acción de Protección incoada por el accionante por improcedente, en contra de la Abg. Karen Duque Jironza Fiscal de la Unidad Especializada de los derechos constitucionales contemplados y enunciados en su demanda de acción de protección.

En razón de aquello, el accionante interpuso recurso de apelación de la sentencia suscrita por la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas, en función de lo cual, mediante sentencia de 17 de mayo de 2016, la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas señaló que "... no procede la acción de protección de providencia o decisiones judiciales", y por tanto, declaró sin lugar el recurso de apelación propuesto por el padre de la niña.

De lo expuesto, se puede evidenciar que los jueces de primera y segunda instancia conocieron y resolvieron una acción de protección presentada respecto a una decisión emitida por la Fiscalía General del Estado, la cual se encarga exclusivamente de la investigación pre-procesal y procesal penal, que no realiza función jurisdiccional alguna, ya que ello atiende a la naturaleza jurisdiccional de los administradores de justicia; es decir se reitera en que los servidores públicos de la fiscalía tienen como funciones la investigación de delitos y la supervisión de la legalidad; funciones que son indispensables para contribuir a la eliminación de la impunidad.

### **La Acción Extraordinaria de Protección**

Se puede establecer que, el contenido de la acción extraordinaria de protección presentada fue el mecanismo más adecuado para garantizar el uso y goce de los derechos establecidos en la Constitución y los diferentes tratados internacionales, en ese sentido, se puede decir que, la alegación principal de vulneración de derechos constitucionales es respecto al derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, previsto en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la

Constitución de la República del Ecuador; y, por conexidad el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 75 *ibídem*.

En ese sentido el accionante está en su derecho de realizar su pretensión concreta por cuanto prevé que se ha vulnerado derechos, lo que le conlleva a comparecer ante la autoridad competente con el fin de que, a través de la acción extraordinaria de protección solicitada, se cumpla con la normativa, la justicia y los demás tratados internacionales de Derechos Humanos, que determina la igual y no discriminación para un grupo de atención prioritaria; pero sobre todo, es importante respetar los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, que determinan un grado de importancia al interés superior que tiene el niño, para que no exista la vulneración de los derecho a la salud, a la vida, a la seguridad jurídica, tutela efectiva, debido proceso que fueron vulnerados en el presente caso, lo cual fue verificado por la Corte Constitucional la cual emitió las correspondientes medidas de reparación integral por los derechos constitucionales que fueron violentados por no investigar, desarrollar y ejecutar con lo establecido en la normativa legal.

La Constitución de la República del Ecuador en sus articulados 94 y 437 (2008), señala:

La acción extraordinaria de protección procede contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se encuentren firmes o ejecutoriadas, cuando el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución. La acción extraordinaria de protección es una garantía jurisdiccional excepcional que tiene por objeto 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 ejecutoriados. Así, esta acción nace y existe para garantizar y defender el respeto de los derechos constitucionales a través del análisis que la Corte Constitucional realiza respecto de las decisiones judiciales.

Es así que, tomando en consideración que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y de administración de justicia al cual le corresponde velar por los derechos constitucionales y la supremacía

de la Constitución con el fin de garantizar el uso adecuado de la garantía jurisdiccional de la acción de protección.

En conclusión, al ser negada la acción de protección, así como también el recurso de apelación por las autoridades competentes y como último mecanismo el señor NN presenta una acción extraordinaria de protección, misma que fue analizada con la importancia del caso por los Jueces de la Corte Constitucional quienes deciden aceptarla la acción extraordinaria de protección con el fin de proteger el interés superior del niño, así como también proteger sus derechos constitucionales.

### **Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador**

La normativa jurídica que sustancia el presente caso es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, misma que se encuentra ubicada desde el Art 50 al 66, dentro de los cuales se recoge los principios de los requisitos que deberá contener la demanda procedimiento y objeto de la acción de protección, así como también de la acción extraordinaria de protección, que se encuentra determinada también en el Art 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

### **Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional**

#### **Motivación**

La motivación fue uno de los principales problemas jurídicos que la Corte Constitucional se planteó dentro de todo el procedimiento.

En ese sentido es importante destacar que, el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación se encuentra consagrado en el artículo 76 numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República, en los siguientes términos:

Art 76 - En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en

que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

En efecto, la motivación es una garantía constitucional que tiene como fin brindar transparencia a las partes procesales ya la sociedad en general, a través de la emisión de fallos que se funden en los preceptos constitucionales, legales, jurisprudenciales, o de otras fuentes, en tanto formen parte del ordenamiento jurídico.

En este contexto, el Pleno de la Corte Constitucional, en la sentencia N.- 099-16- SEP-CC, dictada dentro del caso N.º 1624-11-EP, 2016) estableció que:

...la motivación no debe ser entendida como la enunciación de hechos y normas ya que al contrario la motivación es la justificación de las razones relevantes que dieron lugar a que la autoridad judicial tome una decisión determinada (...) Por Luyente la motivación de ninguna manera es un requisito formal de las decisiones judiciales' puesto que al contrario se constituye en un requisito sustancial, que permite que las personas conozcan las razones por las cuales la autoridad judicial adopto un criterio determinado

Tanto así, que la motivación de la sentencia, auto o resolución, implica la justificación clara y precisa que debe realizar la autoridad judicial para que las partes conozcan cuales fueron los argumentos que utilizó para tomar una determinada decisión.

Así también, la Corte Constitucional determinó que una sentencia resulta debidamente motivada, en tanto, cumpla, además de las condiciones estructurales derivadas del tenor literal de la norma constitucional, con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, los mismos que se entienden como condiciones intrínsecas de la motivación.

### **Debido Proceso**

En la sentencia el juez realiza un análisis del debido proceso y de la seguridad jurídica, argumentando que "... el debido proceso se convierte en un dispositivo para garantizar la sujeción de las autoridades al sistema de reglas señalado por el Estado Constitucional, es decir, que no se circunscribe a la protección de un derecho estricto sensu, sino al conjunto de principios que sirvieron de fundamento...".

La norma constitucional hace referencia a la institución del debido proceso, principio fundamental entendido en el sentido formal, como el hecho de que ninguna persona puede ser juzgada, sino de conformidad al procedimiento previamente establecido; así, tenemos como el artículo 76 de la Constitución de la República vigente contempla la garantía constitucional del debido proceso, en concordancia con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Según Miguel Hernandez Teran" (2005), detalla que a través del debido proceso debe asegurarse a las partes oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.

### **Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho a la igualdad y la discriminación.**

La igualdad es parte fundamental en el tiempo actual, puesto que con la creación de diferentes normas y tratados nacionales e internacionales se busca limitar las desigualdades y se busca vivir en un ambiente de paz de armonía y de igualdad, esto es declarado por varios organismos internacionales que luchan por el bienestar general de todas las personas. La ONU por ejemplo funda sus lineamientos en buscar soluciones en los ámbitos de asistencia humana, el correcto desarrollo del ser humano en la sociedad, la paz, la seguridad y la igualdad.

En ese sentido existe mucha jurisprudencia, doctrina, normas y leyes que buscan marcar un precedente en la sociedad para generar un llamado a la conciencia a que lo tradicional no es ley; en ese sentido la Corte establece varios parámetros en busca de generar una igualdad al derecho que fue violentado de la niña NN, puesto

que no solo fue motivo de discriminación, sino también de burla y de desigualdades, sufrió física y psicológicamente tras ser contagiada con VIH, y por consecuencia se le limitó a padecer una vida llena de sufrimiento y dolor. Sin embargo, tras aceptar la acción extraordinaria de protección el objeto de la Corte fue reparar de cierta manera el daño que fue realizado desde la Fiscal a lo dictaminado por la Corte Provincial de Esmeraldas

### **Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional.**

Las medidas de reparación dictaminadas fueron proporcionales y racionales con relación a las circunstancias del caso, buscando resolver una garantía constitucional a través de los medios más eficaces de reparación del derecho vulnerado.

En ese sentido la Corte considera que 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 a una persona sean reparados mediante medidas que busquen establecer a la persona en una situación de igualdad.

Se dispone que el Ministerio de Salud brinde gratuitamente y de forma inmediata el tratamiento médico y psicológico a la niña N.N incluyendo el suministro gratuito de todos los medicamentos que se requiera. Se dispuso que tanto el Consejo de la Judicatura como el Ministerio de Salud, a través de sus representantes legales, efectúen la publicación de la presente sentencia en sus respectivos portales web institucionales a más de efectuar una amplia difusión del contenido de la sentencia. Se dispuso a la Defensoría del Pueblo, en conjunto con la Junta cantonal de Protección de Derechos de niños, niñas y adolescentes de Esmeraldas realice un seguimiento del presente caso y además el Defensor del pueblo deberá informar trimestralmente a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de la sentencia. Por lo tanto, estas medidas de reparación deberán estar ejecutadas conforme la Constitución de la República del Ecuador, la ley y la normativa enmarcadas con igualdad y sin ningún tipo de discriminación para garantizar los derechos

constitucionales de todas las personas y sobre todo del grupo de atención prioritaria como lo son los niños, niñas y adolescentes para generar el buen vivir en la colectividad.

## **Análisis de la Sentencia**

Para entender bien la sentencia es importante iniciar destacando que la ley esta dictaminada para su estricto cumplimiento, garantiza derechos y obligaciones con igualdad y sin discriminación. En ese sentido es importante los derechos que se enmarcan en el presente trabajo de investigación, que fueron tomados como base principal por parte de los Jueces para elaborar su sentencia. Partimos destacando, el derecho a la vida, el cual se lo reconoce como fundamental establecido para cualquier persona sin distinción alguna, se lo reconoce por el simple hecho de ser un ser humano y estar vivo, es el principal derecho que garantiza la condición de una persona porque de él, se genera la instauración de otros derechos que garantizan el correcto desarrollo de una persona.

El derecho a la salud por su parte tiene vital importancia para todas las personas y es fundamental puesto que es importante tener salud y encontrarse bien para realizar cualquier actividad o trabajo. Para alcanzar el nivel máximo es importante tener una buena salud, pero la misma deberá relacionarse con la salud mental

Otro de los derechos que se ve importante destacar, es el de la igualdad y no discriminación, el cual ha sido desarrollado ampliamente en instrumentos internacionales de derechos humanos, como un pilar importante y fundamental de respeto por la dignidad humana, que debe ser tratada con equidad y sin tratos diferentes, respetando la calidad del ser humano, erradicando todo tipo de desigualdades para vivir en un ambiente de paz y de justicia social

Por su parte, la sentencia 068-18-SEP-CC, es materia de análisis en el presente trabajo de investigación por cuanto aborda la problemática social actual que es una enfermedad catastrófica como el VIH, la cual se ve asociada a diferentes tratos de desigualdad y discriminación social en forma general, mas sin embargo al tratarse en el presente caso de un niña, que fue presuntamente contagiada con VIH a los 18 días de nacida, en consecuencia el presente caso de urgencia social es importante de ser analizado por cuanto existió la vulneración en la aplicación del legítimo derecho

connatural del niño así como falta de interpretación, motivación y verdad sobre los hechos, como a la vida, salud, igualdad y no discriminación, debido proceso, integridad física, lo que desato una consecuencia y graves atentados a su salud física y psicológica, generando un caos personal y alarma social, que no fue de manera individual e independiente, al contrario perjudico a su familia de forma indirecta y con ello la protección y garantía del Estado frente a los derechos que posemos toda persona.

No debemos olvidar que, el Estado tiene la obligación de otorgar un trato prioritario a las niñas niños y adolescentes, para asegurar su desarrollo integral y el pleno ejercicio de sus derechos, en relación al principio del interés superior del niño, niñas y adolescentes; el principio de prevalencia de sus derechos o trato prioritario; y, el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. El Estado es el ente principal de protección de derechos, que ejerce la justicia con igualdad y sin discriminación. Por lo tanto es el ente responsable de velar por los derechos y garantías individuales que cuenta todo ser humano. Sin embargo con especial obligación debe proteger los derechos de los grupos de atención prioritaria que se encuentran en condiciones de doble vulnerabilidad como lo son los niños, niñas y adolescentes, pero no solo el Estado será el encargado de velar por este grupo de atención prioritario, sino todas las instituciones públicas y privadas, las cuales deben garantizar el interés superior del niño por sobre todas las cosas, protegiendo su dignidad, su salud, su educación, sus derechos y sobre todo su vida. En ese sentido mediante la Sentencia dictaminada por los Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador se verifica la vulneración de derechos, la incompetencia de muchos servidores públicos y privados, lo cual dio origen a que, se establezca a favor de la niña una serie de medidas de reparación las cuales fueron establecidas para proteger el interés superior de la niña que prevalece sobre cualquier otro derecho o principio.

El presente caso inicia por un legítimo derecho constitucional que asiste al padre de la menor. N.N mediante denuncia en contra del Hospital Delfina Torres de Concha de la ciudad de Esmeraldas, por el presunto cometimiento del delito de contagio de una enfermedad incurable por sustancias que alteran la salud, en perjuicio

de su hija menor de edad. En este sentido, del contenido de la solicitud de desestimación de la denuncia y del archivo del expediente de investigaciones, que realizó la Unidad Especializada de Violencia de Género de la Fiscalía Provincial de Esmeraldas, dicha autoridad en su petición sustenta que se inició la indagación previa, por el cometimiento del presunto delito de enfermedad o incapacidad por administración de sustancias, determinado en el artículo 469 del actualmente derogado Código Penal. Además, se dispuso la práctica de varias diligencias investigativas para recabar indicios acerca de la presunta existencia de una infracción; así como, la determinación de los participantes del presunto hecho investigado y su grado de responsabilidad.

Asimismo, en la solicitud realizada por la Fiscalía, se detallan las diligencias investigativas que se realizó en la indagación previa, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: Oficios suscritos por el director administrativo del Hospital Delfina Torres de Concha, oficios suscritos por el presidente de la Cruz Roja de Esmeraldas, versiones libres y voluntarias de la madre y del padre de la niña, así como de los médicos profesionales actuantes en este caso quienes atendieron a la niña NN; informes médicos legales; protocolo del peritaje del entorno social de la niña; informes médico perito de la Fiscalía Provincial de Esmeraldas; la historia clínica de la niña; informes técnicos periciales realizados ; en función de aquello, la fiscal actuante señaló que

"... no existen elementos suficientes para la iniciación de un proceso penal a través de la formulación de cargos respectiva..."; solicitando vía legal al juez de garantías penales la desestimación de la denuncia y el archivo del expediente de investigaciones. Con el pedido formulado y adquiriendo competencia el señor Juez de la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas RESUELVE: "... en consecuencia, este Juzgador advierte, que es procedente el pedido de Desestimación de la indagación previa formulada por la señora representante de la Fiscalía Provincial de Esmeraldas, disponiendo el archivo de la investigación y del expediente amparado en lo estatuido en el artículo 39 del Código Procesal Penal...". Es importante destacar que conforme La Constitución de la República del Ecuador, establece con precisión las funciones que tiene la fiscal detallándola de la siguiente forma:

**Art. 194.**-La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá

autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscalía o el Fiscal General son su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

**Art. 195.-** La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.

En dicho sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia N.º 004-10-SCN-CC, emitida en el caso N.0025-09-CN, determinó:

Al absolver la presente consulta de constitucionalidad se ha señalado que el Fiscal ejerce la titularidad de la acción penal, en condición de sujeto procesal, es decir su función es la de investigar; y si es del caso, iniciar, ya sea ex officio, o por denuncia, los procesos penales cuya acción es pública; mientras que, la función del Juez de garantías penales es ejercer la jurisdicción, entendida como la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo resuelto; de tal suerte que los roles de titular de la acción penal y de titular de la jurisdicción penal, deben quedar absolutamente diferenciados ...

Aspecto que guarda relación, con lo establecido en la sentencia N.º 214-12-SEP-CC, emitida dentro del caso N.º 1641-10-EP, de la referida Corte Constitucional para el período de transición:

...en el caso de investigación de delitos, el Estado tiene la obligación férrea de no desatender la investigación y de conducirla seriamente, controlando, por una parte, que la actividad fiscal no vulnere derechos constitucionales de ninguna de las partes intervinientes en el proceso, y que el juzgador, en su calidad de tercero imparcial, verifique que dicha actividad sea conducida constitucionalmente...

En virtud de aquello, la máxima autoridad Judicial como es la Corte Constitucional indica que la fiscal no cumplió con su obligación de realizar la adecuada investigación pre procesal; apresurándose a su petición de desestimación y el archivo en la causa, sin observar el interés superior del niño, niña y adolescentes,

así como la seguridad jurídica. La tutela judicial y sobre todo el debido proceso. Posteriormente el rol del Juez que concurda con la fiscal también violento derechos de la menor al no emitir su sentencia con la fundamentación legal y sobre todo sin la motivación que requiere el caso de interés social, pues no se trataba de una persona en condiciones normales, sino era una niña que tenía una enfermedad catastrófica que limitaba sus derechos, esto se enmarca en lo estipulado en el Art 10 de la Declaración de los Derechos Humanos, el cual informa que:

“...Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal...”. Lo cual se puede concluir que no se cumplió en cuestión del presente proceso administrativo, pues se evidencia que la sentencia no fue emitida con imparcialidad ni con independencia, aduciendo que no se probó la vulneración de los derechos constitucionales contemplados y enunciados en la demanda.

En ese sentido es importante destacar que el Juez de la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas emitió su sentencia sin contar con mayores elementos de juicio para la resolución correspondiente; se limitó a inadmitir la acción de protección de derechos fundamentales por cuanto determino que no se aprecia vulneración ni violación de derechos constitucionales y además se niega la acción de protección incoada por el accionante por improcedente en contra de la Abg. Karen Duque, Fiscal de la Unidad especializada de los Derechos Constitucionales contemplados y enunciados en la demanda.

Sin embargo conforme el Art 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador, que reza:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Por lo tanto se desprende que existe falta de motivación de la presente sentencia, ya que no simplemente se trata de enunciar normas, sino se trata de analizar a fondo todo lo inherente al caso, tomando en consideración las pruebas de cargo y de descargo, argumentando de manera clara y precisa los lineamientos mediante los cuales se llega a expedir la sentencia.

En ese sentido La Corte Constitucional del Ecuador mediante la sentencia N.- 001-18-SEP-CC, caso N.- 0332-12 EP, informa:

En efecto, el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación es un derecho que el Estado Ecuatoriano debe garantizar a la ciudadanía, con el objeto que los poderes públicos, en las decisiones que involucren derechos y obligaciones de las personas desarrollen argumentos para que la población conozca las razones jurídicas que han sido determinantes para la adopción de una decisión; y, que de esta manera no exista arbitrariedad.

Con aquello se logra evidenciar que toda decisión o sentencia deberá ser resuelta con el debido proceso y sobre todo con la motivación y legalidad que requiera el caso. Al tratarse de una niña portadora del VIH, sus derechos debían ser protegidos ante cualquier organismo o instancia, sin embargo en la realidad se emitió una sentencia sin la legalidad ni desarrollo argumentativo. Además que el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley; al respecto el art 23 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone:

**Art. 194.-**La Función Judicial, por intermedio de las Juezas y jueces, tienen el deber fundamental 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, normas que guardan relación con la garantía constitucional antes invocada.

Por lo tanto el ente administrativo no ha aplicado la existencia de las normas jurídicas previas, claras, públicas y que debieron ser aplicadas por ellos, siendo obligación imperativa, contraviniendo otra Garantía Constitucional establecido en el Art 82 de nuestra Constitución.

Así mismo, el Pleno de la Corte Constitucional, en la sentencia N.- 099-16-SEP-CC, dictada dentro del caso N.- 1624-11-EP, estableció que:

La motivación no debe ser entendida como la enunciación de hechos y normas, ya que al contrario la motivación es la justificación de las razones relevantes que dieron lugar a que la autoridad judicial tome una decisión determinada (...). Por consiguiente, la motivación de ninguna manera es un requisito formal de las decisiones judiciales, puesto que al contrario se constituye en un requisito sustancial, que permite que las personas conozcan las razones por las cuales la autoridad judicial adopto un criterio determinado.

La Corte Constitucional determino que una sentencia resulta debidamente motivada, en tanto, cumpla, además de las condiciones estructurales derivadas al tenor literal de la norma constitucional, con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, los mismos que se entienden como condiciones intrínsecas de la motivación.

Mediante sentencia N.- 227-12-SEP-CC, dictada dentro del caso N.- 1212-11-EP, se indica:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacerla de manera razonable, lógica y comprensible, así como a mostrar como los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por ultimo debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto. Esta garantía del debido proceso a su vez guarda relación con los siguientes principios recogidos en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Con la sentencia del Juez Penal de primera instancia, se establece que, en ninguna parte justifico de manera concreta, justificada y documentada su decisión, puesto que solo se limita a aceptar lo solicitado por la Fiscal, sin verificar la motivación, crítica lógica, y argumentación del caso y sobre todo falto iniciativa natural en la recopilación de todo indicio y presunciones que argumente la tesis de presunción sobre el cometimiento del hecho, lo que imposibilito realizar una prolija y real teoría del caso. Acción prematura que llevó a determinar el pedido de archivo y

desestimación del presente caso a la autoridad competente, quien a criterio del organismo constitucional fue inducido a cometer un error en base a lo solicitado por la fiscal actuante y en mérito de lo actuado por la misma; fue el Juez quien debía agotar todo los medios de credibilidad, lógica y argumentación jurídica conservando el principio de la duda más aun en estos casos de extrema vulnerabilidad e interés superior de los niños, niñas y adolescentes que el presente caso, lo ameritaba.

En este caso pudo el juzgador haber desechado la petición del fiscal, así como ordenar una prolija y debida investigación encaminando a que el fiscal cumpla con una exhaustiva argumentación e investigación sobre el presunto hecho; y, no resolver el presente caso con la petición de desestimación y archivo de la causa; más aún es mi criterio que el juez actúo de forma prematura y más bien, el caso ameritaba para que se eleve a consulta al fiscal provincial, a fin de evitar que el caso no quede en la duda de la aplicación de justicia por la conmoción creada tanto en los afectados como en la sociedad entera. Alejando el juzgador del valor jurídico pare emitir su resolución, esto es en concordancia con lo que establece el jurista Diego Mogroviyeo (2014):

El neoconstitucionalismo garantista plantea la superación del paleo positivismo, resultando de especial connotación el cambio de la concepción de la jurisdicción, puesto que de conceptualizarse como una función del órgano jurisdiccional para la aplicación de la ley, pasa a considerarse como un verdadero poder ejercido por jueces que asumen su rol garantista a través de la apreciación crítica de la norma legal bajo la luz de los derechos y principios constitucionales”, entendido este como derecho constitucional y cómo garantía del debido proceso.- La violación de este derecho fundamental se configura al momento que los señores juzgadores por omisión no motivan su resolución o sentencia, lo que degenera afectación profusa a este derecho fundamental de motivación. (p. 35),

Dentro de las garantías enmarcadas en el debido proceso, mismas que se encuentran en el artículo 76 de la constitución de la República del Ecuador en su numeral 7 literal L encontramos la motivación, en forma clara se manifiesta la obligación de los poderes públicos de motivar las decisiones que de ellos emanen, y en el caso de no cumplir con ello dicha decisión será nula.

De esta forma para que una decisión de la administración de justicia, o emanada en este caso por parte de los señores jueces se encuentre debidamente motivada, es necesario que cumpla con los requisitos de **RAZONABILIDAD, LÓGICA Y COMPRENSIBILIDAD.**

En legítimo derecho del padre de la menor convencido de la vulneración de sus derechos, propone una acción de protección en legal y debida forma, la cual recae en el Juez de Garantías Penales del Cantón Esmeraldas, quien agotado el trámite correspondiente luego de la audiencia se pronuncia en el sentido de rechazar dicha acción por los motivos expuestos en su resolución. En síntesis, dice:

En mérito de los razonamientos que preceden ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, se niega la Acción de Protección incoada por el accionante señor NN por improcedente

Autoridad que según la Resolución de la Corte Constitucional también omitió requisitos fundamentales, lógicos, connaturales y jurídicos, inducidos por criterio de sus inferiores. Revisan el fallo impugnado indicando que el Juez a inobservado y no ha realizado un análisis tendiente a evaluar de forma coherente, razonada y argumentada la existencia o no de vulneración de derechos que corresponda tutelar el planteamiento de esta acción. Además, observan que el Juez niega la acción de protección basándose en argumentos que confunden la naturaleza de las decisiones judiciales, con las decisiones investigadas por fiscalía. La cual tenía que basarse en el siguiente análisis y criterio jurídico de razonabilidad, entendiendo, que, según la doctrina, se trata de pasar de criterios empíricos a criterios relacionados con la norma, mediante la razonabilidad la cual evita los abusos de la ley, ya que no se puede alejar de los presupuestos legales y constitucionales. Al respecto la Corte Constitucional, ha establecido que, no se trata un mero enunciado de principios y normas.

Así mismo, el Pleno de la Corte Constitucional, en la sentencia N.- 001-16-PJO-CC, dentro del caso N. 0530-L0-JP, estableció que:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto

Por otro lado, el Pleno de la Corte Constitucional, en la sentencia N.- 016-13-SEP-CC, dentro del caso N. 1000-12-EP, estableció que:

La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. Jurisprudencia que se torna aplicable y de obligatoriedad absoluta para todos los jueces o juzgadores de la Función judicial, del ámbito judicial y jurisdiccional, a fin de que consideren dichos pronunciamientos antes de emitir, sus fallos, resoluciones o sentencias.

Posteriormente, ante la negativa de la Acción de Protección, el accionante interpone un recurso de apelación de la sentencia dictada el 22 de diciembre del 2015 por la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas, en función de lo cual mediante sentencia de 17 de mayo de 2016, la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Esmeraldas señaló que "... no procede la acción de protección de providencia o decisiones judiciales", y por tanto, declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el padre de la niña NN, demanda que fue solicitada por la afectación de los derechos de su hija y su condición de doble vulnerabilidad.

De esta manera se indica que los Jueces de la Sala Provincial de Esmeraldas señalan, que la misma no procede porque ha sido presentada en contra de una decisión judicial, ya que la Acción de Protección se presentó en contra de la solicitud de la Fiscalía en referencia al desistimiento de la denuncia, confundiendo los roles que tiene la Fiscalía y la Jurisdicción Penal. Siendo presentada equivocadamente a la solicitud de la Fiscal, sin embargo lo que, procedía es la presentación de la Acción ante la resolución del Juez Penal, quien aceptó la desestimación y archivo.

Los magistrados constitucionales verifican que la Sala ha emitido su resolución basándose en argumentos que confunden la naturaleza de las decisiones judiciales, con las decisiones investigativas de fiscalía, tornándose así en un fallo que carece de lógica y que no existe coherencia en la premisa y en la conclusión a la que arriban para negar la Acción de Protección. Es decir, como análisis jurídico y definición, se indica:

La Lógica tiene una relación con el razonamiento judicial, es la vinculación entre los fundamentos facticos probados, jurídicos y la conclusión, es decir este elemento es el silogismo jurídico, esa relación que se denomina como

“inferencia”, este tipo de elemento nos “da la luz” para saber porque el órgano jurisdiccional ha tomado determinada decisión.

La Corte Constitucional del Ecuador sobre la lógica ha señalado: “La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión”

Por lo tanto se determina que los jueces deben actuar con razonamiento lógico para hacer conocer una decisión judicial, el cual debe constar de argumentos lógicos, precisos y con claridad.

Comprensibilidad. - La resolución debe contenerla comprensibilidad, es decir debe ser clara y comprensible con un lenguaje entendible para todos los interesados.

En dicho sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia N.º 004-10-SCN-CC, emitida en el caso N.0025-09-CN, determinó:

Al absolver la presente consulta de constitucionalidad se ha señalado que el Fiscal ejerce la titularidad de la acción penal, en condición de sujeto procesal, es decir su función es la de investigar; y si es del caso, iniciar, ya sea ex officio, o por denuncia, los procesos penales cuya acción es pública; mientras que, la función del Juez de garantías penales es ejercer la jurisdicción, entendida como la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo resuelto; de tal suerte que los roles de titular de la acción penal y de titular de la jurisdicción penal, deben quedar absolutamente diferenciados ...

Posteriormente insistiendo en la legitimidad de sus derechos afectados y vulneración; no conforme con la decisión judicial, el padre de la niña acude a presentar acción extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional, como última opción de buscar la verdad y la justicia. Tomando en consideración que la Corte constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de Justicia en esta materia, la cual le corresponde velar por los derechos constitucionales y la supremacía de la Constitución, tanto en su dimensión subjetiva así como la objetiva considera, analiza y resuelve que ha existido vulneración en el derecho al debido proceso, en la garantía de motivación, razonabilidad, lógica, comprensibilidad y argumentación. A fin de que el hecho no

quede en la impunidad, solicita el reconocimiento de la verdad de los hechos, la restitución, indemnización, rehabilitación y la garantía del debido proceso.

Por lo tanto, la publicación presente sentencia se la puede tomar como jurisprudencial y socializar en casos similares para un futuro análisis legal, ya que marca un verdadero cambio para la sociedad, con la aplicación de justicia y equidad de derechos aplicados por la máxima autoridad Constitucional, ya que con la sentencia determinada de fecha 01 de Septiembre del 2016 en el caso de Gonzales Lluy y otros VS Ecuador, se determinaron la inobservancia y limitación de derechos, en ambos casos, que se verifico la existencia de una doble vulnerabilidad pues existía el carácter de ser niñas y también poseedoras de VIH, a pesar de que en ambas instancias se presentó un recurso extraordinario de protección el mismo que fue positivo y a favor de las niñas, las consecuencias fueron devastadoras, puesto que se implanto una barrera total de discriminación y desigualdades.

Particularmente en el caso motivo del presente análisis, la premura de la fiscal actuante en resolver el caso que ameritaba un interés humano, superior y especialísimo, por falta de motivación apegado a la razonabilidad, lógica, comprensiva y naturaleza de sobrevivencia, permitió atentar, inobservar y vulnerar derechos fundamentales sobre la Tutela efectiva garantizado por nuestra Constitución de la Republica así como tratados, convenios y declaraciones Universales, actuaciones judiciales que desde un inicio indujeron sin lugar a duda al cometimiento errores en la aplicación de la justicia, tanto desde el planteamiento de la fiscal, avanzando por resoluciones y sentencias de instancias superiores que motivo la presentación de diferentes acciones constitucionales por el padre de la menor, que desataron en agotar y acudir en última instancia a la máxima autoridad Constitucional de nuestra nación, logrando una decisión justa que en algo satisface la credibilidad en los entes de justicia , sin embargo, el descuido y la falta de precaución en el campo medico perjudico con la niña NN, que la marco de por vida, el contagio mediante transfusión sanguínea de parte de la Cruz Roja de Esmeraldas. Este es un caso ejemplar para llamar la atención a las autoridades competentes para que se agote todo tipo de mecanismos médicos y medidas de seguridad conforme lo determina el

Ministerio de Salud, así como la Organización Mundial de salud, puesto que el Derecho a la Salud es un derecho que poseen todas las personas por naturaleza y el Estado debe velar para que, este derecho no sea violentado; bajo ninguna circunstancia y peor aún por ninguna persona ni autoridad del sector público y privado.

Como una observación especial, bajo un criterio legal me permito indicar que, la sentencia dictada en la presente causa por el máximo organismo Constitucional omite o no considera en su decisión como Medidas de restitución de los derechos vulnerados el dejar sin efecto la resolución dictada el 19 de noviembre de 2015, la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas emitida por el juzgador que advirtió procedente el pedido de Desestimación de la indagación previa formulada por la señora representante de la Fiscalía Provincial de Esmeraldas, disponiendo el archivo de la investigación y del expediente, acto jurídico que completaría la decisión de los magistrados constitucionales.

Vale acotar también que el ofendido y padre de la menor cometió un error garrafal al haber presentado la acción de protección dirigido a la desestimación y archivo de la fiscal actuante (decisión judicial), cuando en verdad debió centrar su acción de vulneración de derechos de su hija, a la resolución judicial emitida por el Juez Penal quien resolvió esta causa, lo que hubiese generado un pronunciamiento de los Jueces Superiores Provinciales, revisando la actuación del Juez y no de la Abg. Karen Duque Gironza, Fiscal actuante.

Con todo lo manifestado, los señores magistrados constitucionales, determinan la prioridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes considerando y reconociendo la importancia del principio del interés superior del niño; en virtud de aquello este organismo determinó que se vulneró el derecho constitucional al debido proceso, a la verdad, seguridad jurídica y tutela efectiva. Además se reconoció y se restituyó medidas de los derechos vulnerados logrando impartir justicia para todos de forma igualitaria y no discriminatoria.

## **Propuesta del Caso**

El Ecuador es constituido como un Estado Constitucional de derechos y justicia, con el objetivo de velar y proteger los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, garantizando sobre todo el debido proceso y la seguridad jurídica que por naturaleza le pertenece a cada individuo de una misma sociedad. Cuando se evidencie que ciertos derechos han sido violentados por cualquier persona o autoridad pública o privada el estado tiene la obligación de velar por los interés personales de cada persona por lo cual deberá establecer mecanismos para la plena eficacia de cada uno de ellos, así como deberá establecer acciones afirmativas para controlar cualquier tipo de discriminación

El presente caso resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador dentro de la sentencia N.º 068-18-SEP-CC de la Corte Constitucional, marca definitivamente un hito de un antes y un después dentro de la sociedad ecuatoriana pues no solo se aplica la legalidad de la norma para garantizar un derecho vulnerado, sino que va más allá del limitante accionado por las autoridades competentes, pues genero un problema social de carácter urgente que llama la atención por la conmoción social y el impacto que género en el trascurso del procedimiento, el mismo que inicio en el año 2012, y termino en el 2018, llegando a concluir que existió la vulneración de los derechos de la niña N.N, pues su condición de doble vulnerabilidad y sobre todo su interés superior del niño fue afectado por las autoridades competentes; quienes omitieron dentro de sus resoluciones una investigación correcta y adecuada para determinar responsabilidades de personas naturales y funcionarios públicos y privados, violentando entonces en ese sentido el debido proceso por cuanto la confusión de roles existente por la autoridades competentes generan un llamado de atención para que ese tipo de errores no vuelvan a cometerse porque de ser el caso se violentaría derechos fundamentales establecidos dentro de la Constitución de la República del Ecuador.

En ese sentido es importante determinar que las medidas de reparación integral establecidas por las autoridades de la Corte Constitucional del Ecuador, fueron las más adecuadas y óptimas para garantizar la defensa de los derechos

inherentes que le pertenece a la niña N.N, sin embargo se debía tomar en cuenta que en el transcurso de todo el proceso iniciado desde el año 2012 hasta su finalización en el 2018, se generó gastos económicos que fueron sustentados por el padre de la niña N.N, mismos que no fueron tomados en cuenta dentro de la resolución, por lo cual en base a lo establecido en el Art 18 y 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la cual se establece con precisión la reparación económica cuando se identifique que los hechos llevados en el transcurso del proceso generaron gastos económicos que pueden ser reparados y que perjudicaron directamente al accionante.

Por todo lo anotado se determina que como propuesta para evitar esta clase de violación de normas jurídicas por parte de las autoridades competentes se debe capacitar periódicamente a los funcionarios públicos y privados independientemente de sus cargos o funciones, con el objeto de que sus conocimientos se enmarquen a lo establecido por la ley, velando sobre todo por los derechos personales de cada persona y garantizado el debido proceso y la seguridad jurídica para que este tipo de problemas no vuelva a suceder y si fuese el caso no solo se establezca medidas de reparación integral sino que se agote todo mecanismo necesario para identificar responsables y sancionar su actuar que contraviene la norma y la moral.

## CONCLUSIONES:

1. La Constitución los diversos Tratados Internacionales prevén una igualdad inmaterial para todas las personas, por el hecho de su condición natural dentro de una sociedad, sin embargo se pudo determinar que los derechos de las personas de los niños, niñas y adolescentes se vieron en cierto grado de vulneración por parte de las autoridades judiciales quienes no impartieron justicia con igualdad; pues solamente se limitaron a juzgar los hechos suscitados desde la etapa de instrucción fiscal, más no investigaron a profundidad la legalidad del caso con lógica y razonabilidad, vulnerando derechos como a la verdad, debido proceso, seguridad jurídica y tutela efectiva.
2. Dentro de la realidad constitucional ecuatoriana, se destaca que existe jurisprudencia con similitud al caso materia del presente análisis, dentro del cual la igualdad se ve materializada tras una decisión de un Juez de la Corte Constitucional, misma que obliga a su cumplimiento y ejecución con el ejercicio de una sanción, más no existe la voluntad independiente de ejercer la igualdad y no discriminación entre todos los miembros de una sociedad.
3. La jurisprudencia establecida dentro del presente trabajo, marca definitivamente un precedente dentro de la sociedad, la cual obliga al cumplimiento de su ejecución de forma igualitaria, con responsabilidad y sin distinción alguna, para garantizar el buen vivir de cada persona en la sociedad.

## **RECOMENDACIONES:**

1. Una de las principales recomendaciones es que, los Jueces que imparten justicia, antes de emitir su sentencia respectiva deberán realizar una investigación profunda con calidad y optimización en cumplimiento a lo que dispone la ley. Investigación que deberá estar enmarcada con legalidad, motivación, razonabilidad y lógica con el fin de no violentar derechos a ninguna persona y peor a grupos de atención prioritaria como los son los niños, niñas y adolescentes en condiciones de doble vulnerabilidad.
2. Se deberá realizar constantes capacitaciones a todos los funcionarios del sector público y privado para que en el ejercicio de sus funciones no exista la discriminación y el rechazo a cualquier persona y se ejerza la igualdad sin importar su raza, religión, sexo, economía y condición de atención prioritaria.
3. Se deberá controlar periódicamente el cumplimiento de la presente sentencia que fue realizada para garantizar el buen vivir de los niños, niñas y adolescentes portadores de VIH, así como también se deberá cumplir con las medidas proteccionistas para garantizar el desarrollo y bienestar de los niños, niñas y adolescentes con VIH en el Ecuador

## **BIBLIOGRAFÍA:**

### **NORMATIVA NACIONAL**

- Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Registro oficial. (449).
- Código de la niñez y adolescencia. (03 de enero de 2003). Registro oficial. (737).
- Ministerio de salud pública. (s.f.). *Ministerio de salud pública*. Obtenido de VIH: <https://www.salud.gob.ec/vih/>
- Ley orgánica reformativa a la Ley Orgánica de Salud, Ley 67, para incluir el tratamiento de las Enfermedades Raras o Huérfanas y Catastróficas. (12 de enero de 2012). Registro oficial. (625).
- Ley Orgánica de Salud. (22 de Diciembre de 2006). Registro oficial. (423).

### **NORMATIVA INTERNACIONAL**

- Convención Americana de Derechos Humanos. (27 de agosto de 1979). Registro Oficial. (36).
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). Registro Oficial. (14).
- Declaración universal de los derechos humanos. (10 de diciembre de 1948). Registro oficial.
- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. (1948). Registro oficial. Bogotá, Colombia.
- Declaración de los Derechos del niño. (10 de diciembre de 1959). Registro oficial. (378).
- Convención sobre los derechos del niño. (02 de septiembre de 1990). Asamblea General Resolución. (44/25).
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. (04 de enero de 1969). Asamblea General. (2106).
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. (4 de enero de 1969). (2106).
- Organización mundial de salud. (s.f.). *Sitio web mundial*. Obtenido de VIH/SIDA: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>
- Programa de acción de la conferencia internacional sobre la población y el desarrollo. (13 de septiembre de 1994). Asamblea General. El Cairo.

### **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

- Burneo, R. (2009). *Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- DE ASIS Rafael, (2007), “*Los desafíos de los Derechos Humanos hoy*”, Editorial Dykinson, Primera Edición, España.

- Farith, S. (2014). *Interés Superior del Niño Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Quito: Ediciones Iuris Dictio.
- Fernandez Eusebio, (2010), “*Valores Constitucionales y Derecho*”, Editorial Dykinson, Primera Edición, España.
- Gargarella R, (2009). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. II, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Guerrero, M. (2009). *La protección de los derechos humanos en el Estado de derecho internacional*. Ciudad de México. UNAM.
- Guaranda, Wilton (2011). “*Progresividad de las Garantías Constitucionales en la Constitución de Montecristi*”. Ecuador
- Haberle Peter, (2013), “*Pluralismo y Constitución*”, Editorial Tecnos, Primera Edición, Estados Unidos.
- Jaramillo, V. (2011). *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- McCrudden. C (1991), *Introducción al derecho antidiscriminatorio Law*, Dartmouth-Canada
- Pérez E, (2016). *La Igualdad y no Discriminación en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: UNAM.
- Salgado, H. (enero de 2012). *Lección de del derecho constitucional*. Quito: Ediciones legales.
- Simón, F. (2008). *Derechos de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Villalobos, K (2016). *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social*. Ciudad de México: serie doctrina jurídica num.703.

### **Jurisprudencia Internacional**

- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías*. Madrid: Editorial Trotta.

### **Otros instrumentos**

- Opinión Consultiva. (17 de septiembre de 2003). Asamblea General. (OC-18/03).