



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA

“INDOAMÉRICA”

DIRECCIÓN DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**ACCESO A LA SALUD DE MUJERES EMBARAZADAS MEDIANTE
ACCIÓN DE PROTECCIÓN. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N°.904-12-JP/19
EMITIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.**

Trabajo de titulación, modalidad estudio de caso, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autora

Abg. María Lourdes Taya

Tutor

Dr. Ph.D Christian
Masapanta

QUITO-ECUADOR
2023

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

Yo, María Lourdes Taya Araque, declaro ser autor del trabajo de integración curricular con el nombre “Acceso a la salud de mujeres embarazadas mediante acción de protección. Análisis de la sentencia N°.904-12-jp/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 22 días del mes de Febrero de 2023, firmo conforme:

Autor: Abg. María Lourdes Taya Araque

Firma:

Número de Cédula: 1720146214

Dirección: Pichincha, Quito, Condado, Barrio Santa María, Calle Legarda, entre Oe23B, pasaje N62B, casa No. 62-81.

Correo Electrónico: lourdesaraque@hotmail.es

Teléfono: 0991992991

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de tutor del trabajo de integración curricular “Acceso a la salud de mujeres embarazadas mediante acción de protección. Análisis de la sentencia N°.904-12-jp/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador” presentado por María Lourdes Taya para optar por el Título Magister en Derecho Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública por parte de los lectores que se designen.

Quito, 27 de Febrero del 2023

Dr. Ph.D Christian Rolando Masapanta Gallegos

C.C. 1715231062

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

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

Quito, 27 de Febrero del 2023

Abg. María Lourdes Taya

C.C. 1720146214

APROBACIÓN DE LECTORES

El trabajo de integración curricular, ha sido estudiado, leído y autorizada su impresión, sobre el tema: “Acceso a la salud de mujeres embarazadas mediante acción de protección. Análisis de la sentencia N°.904-12-jp/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador”, previo a la obtención del título de Magister en Derecho Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de integración curricular.

Quito, 27 de Febrero del 2023

DRA. MGS. WENDY PIEDAD MOLINA ANDRADE
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

ABG. MGS. CLARA ELIZABETH SORIA CARPIO
VOCAL

DR. PH.D CHRISTIAN ROLANDO MASAPANTA GALLEGOS
VOCAL-TUTOR

ÍNDICE DE CONTENIDOS

AUTORIZACIÓN.....	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	iv
APROBACIÓN DE LECTORES.....	v
DEDICATORIA.....	viii
AGRADECIMIENTO	ix
RESUMEN EJECUTIVO	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: ACCESO A LA SALUD DE MUJERES EMBARAZADAS Y SU VINCULACIÓN CON LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE DERECHOS	2
Un breve análisis de los derechos	3
El derecho a la salud	6
El derecho a la salud como derecho fundamental.....	10
La salud como servicio público.....	15
El derecho a la salud de los grupos de atención prioritaria	18
El derecho a la salud de las mujeres embarazadas: protección y atención preferencial	20
La violencia obstétrica.....	23
La garantía.....	25
Tipos de garantías.....	31
Naturaleza jurídica de la acción de protección.....	33
Objeto de la acción de protección	42
El proceso constitucional de selección y revisión.....	48
CAPÍTULO II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR CON RELACIÓN AL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES EMBARAZADAS	53
Temática a ser abordada	53
Puntualizaciones Metodológicas	54
Antecedentes del caso concreto.....	54
Decisiones de primera y segunda instancia	55

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador	57
Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional	59
Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis	60
Medidas de reparación adoptadas por la corte constitucional	65
Análisis crítico de la sentencia N°. 904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional sobre el acceso a la salud de mujeres embarazadas mediante acción de protección..	69
Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano	69
Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional	70
Métodos de interpretación.....	74
Propuesta personal de solución del caso	74
CONCLUSIONES	80
Bibliografía	82

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.-Normas básicas del proceso de selección y revisión.....	51
--	----

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi hijo, la persona más importante de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco, principalmente, a la Universidad por permitirme ser parte de esto y abrirme paso a una nueva forma de ver el mundo. A mis profesores y de manera especial a mi tutor que fue un guía para encaminar mi estudio.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: ACCESO A LA SALUD DE MUJERES EMBARAZADAS MEDIANTE ACCIÓN DE PROTECCIÓN. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N°.904-12-JP/19 EMITIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

AUTOR: Abg. María Lourdes Taya

TUTOR: Dr. Ph.D Christian Masapanta

RESUMEN EJECUTIVO

La salud reproductiva de las mujeres tiene una amplia conexidad con el ejercicio y goce efectivo de otros derechos, entre estos: el de las mujeres embarazadas a recibir atención prioritaria, derecho a la salud, derecho a la salud de la mujer embarazada, derechos fundamentales constitucionalizados en el marco jurídico ecuatoriano; y, la violencia obstétrica como una aptitud que quebranta los mismos violentando la integridad personal de la gestante relacionado con la asistencia inadecuada y desigual que en muchas ocasiones reciben las mujeres, lo que agrava su estado de salud. Frente a esto, un contexto de una problemática en constante ascenso y una normalidad impuesta. Es de esta forma, como el objetivo de este estudio se encauzó en determinar en qué medida la garantía de acción de protección garantiza el acceso al derecho a la salud en mujeres embarazadas a través del análisis de la sentencia N°. 904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional. Para el cual, se ha efectuado un análisis de las principales bases teóricas, jurídicas y doctrinarias del derecho a la salud de mujeres embarazadas, la acción de protección y de la sentencia N°.904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador mediante la implementación de la investigación cualitativa, en la que se usó el método de estudio de caso y técnica de análisis documental arrojando como resultados que la sentencia en mención cumple con todos los parámetros en cuanto a la forma de la misma y sobre el análisis de los fundamentos de hecho y de derecho se evidencia una vulneración de los derechos en mención agravados por la violencia gineco-obstétrica y el desarrollo de norma para que esto se prevenga.

DESCRIPTORES: Mujer embarazada, Derecho a la Salud, Atención Prioritaria, Violencia Obstétrica, Acción de Protección

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

**ACCESS TO HEALTH CARE FOR PREGNANT WOMEN THROUGH AN ACTION FOR
PROTECTION. ANALYSIS OF SENTENCE N°.904-12-JP/19 ISSUED BY THE
CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR.**

AUTOR: Abg. María Lourdes Taya

TUTOR: Dr. Ph.D Christian Masapanta

ABSTRACT

It is important to notice that currently, the right to health is still violated, showing disrespect to people who belong to the priority attention group. This research work is made up of two chapters. The first one states the right to health as a fundamental right and considers health as a public service. The right to health for priority groups, for pregnant women who must receive protection and preferential care. Obstetric violence should be observed as a Protection Action. In the second chapter, Mrs. Jessika Nole Ochoa is the case under study, who enters the IESS hospital with pains related to her pregnancy condition. In the hospital, she did not receive adequate and suitable medical assistance from the medical staff. She did not receive priority attention and was not considered at that moment as a vulnerable person (pregnant). The birth took place without medical assistance, The attention was given only at the birth moment, which turned on hemorrhagic symptoms. Later, she was transferred to the Teófilo Dávila Hospital due to the lack of payment by her employers. Mrs. Nole Ochoa filed an action for protection, requesting a declaration of rights violation. In the first instance, the claim was accepted. In the second instance, it is confirmed, with the only exception, which revokes the public apology. The action for protection guarantees, above all, access to the health right of pregnant women and other rights that have been violated, whether by action or omission of the State or of a private individual. The selection and review carried out by the Court generate a constitutional precedent with binding force with “erga omnes” effects with the aim of avoiding and preventing the violation of the rights.

KEYWORDS: Accessibility, health, protective action, priority attention groups.

INTRODUCCIÓN

El acceso al derecho a la salud de mujeres embarazadas mediante acción de protección. Análisis de la sentencia N°. 904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Este tema aborda un estudio sobre los derechos fundamentales que se instauran en la Constitución determinándolos como justiciables y exigibles de forma directa y, por tanto, se encuentran respaldados por garantías jurisdiccionales que avalan su cumplimiento. Es así en este caso, analiza la vulneración del derecho a la salud de las mujeres embarazadas a través de la violencia gineco-obstétrica y que, además, termina por vulnerar otros derechos como la integridad personal de la persona afectada, sin considerar, que el Estado en el que se encuentra la constituye como aquellas personas que requieren de una atención prioritaria y especializada.

La accesibilidad y calidad al derecho a la salud en mujeres embarazadas ha sido una problemática social, cultural, política y económica en constante ascenso. El desconocimiento de los derechos de las mujeres embarazadas, así como la falta de cumplimiento de los deberes y obligaciones de los servidores públicos en el sistema de salud ha generado un tipo de normalidad y aceptabilidad frente a esto. Es así, como la importancia de este estudio radica en concientizar positivamente a la sociedad y a las mujeres embarazadas sobre sus derechos fundamentales a través de un análisis que permita entrever los daños, afectaciones y vulneraciones de otros derechos vinculados que la transgresión al derecho a la salud en mujeres embarazadas puede generar con el fin de promover mayor visibilidad y que la mujer embarazada pueda asumir su papel de titular de derechos.

Asimismo, el análisis de este tema, desde el ámbito jurídico, permitirá abordar aspectos normativos nacionales e internacionales sobre el acceso al derecho a la salud, así como sus derechos vinculantes para garantizar su efectivo goce y cumplimiento. En esta misma línea, un análisis jurisprudencial sobre la acción de protección como una garantía que se interpone con el objeto de buscar un amparo directo y eficaz de los derechos. Así como también, se evidenciará la relevancia de esta sentencia en el marco de configurarse como jurisprudencia o precedentes vinculantes en la búsqueda por evitar el cometimiento de más atropellos y vulneraciones de derechos.

Para lo cual, se ha señalado como objetivo general el determinar en qué medida la garantía de acción de protección garantiza el acceso al derecho a la salud en mujeres embarazadas a través del análisis de la sentencia N°. 904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional y como objetivos específicos realizar un análisis de las principales bases teóricas, jurídicas y doctrinarias del derecho a la salud de mujeres embarazadas y de la acción de protección; y, efectuar un análisis de caso de la sentencia N°. 904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador; esto por medio de un tipo de investigación cualitativa que usa el método de estudio de caso y en el que se implementará la técnica de análisis documental (jurídico y doctrinario) para su desarrollo.

El capítulo uno, por su parte, efectúa un análisis del derecho al acceso a la salud de las mujeres embarazadas y de la acción de protección partiendo por un abordaje teórico de los derechos humanos fundamentales, derecho a la salud, derecho a la salud de las mujeres embarazadas: protección y atención preferencial, violencia obstétrica, naturaleza y características de las garantías, acción de protección y el proceso constitucional de selección y revisión; categorías que realizan una aproximación y fundamentación del contexto en cuestión.

Finalmente, el último capítulo aborda un análisis jurisprudencial de la sentencia emitida por Corte Constitucional del Ecuador ante la falta de atención médica a la mujer embarazada y, con ello, la vulneración de derechos como son la salud, atención prioritaria de las mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes y de la violencia obstétrica. Derechos que se ha evidenciado en este estudio que derivan con otros conexos que terminan por repercutir, determinadamente, como son la vida, dignidad e integridad personal, mismos que no han sido mencionados en la sentencia revisada. Sienta así, un verdadero precedente en el marco de prevenir posibles vulneraciones de dichos derechos en este contexto y así por medio de la reparación integral, especialmente, con referencia a la no repetición como la elaboración de guías o directrices que prevengan la violencia obstétrica y otros derechos relacionados con la atención de las mujeres embarazadas.

CAPÍTULO PRIMERO: ACCESO A LA SALUD DE MUJERES EMBARAZADAS Y SU VINCULACIÓN CON LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

Este capítulo analiza el derecho al acceso a la salud de las mujeres embarazadas y su protección mediante la acción de protección, partiendo por un abordaje teórico de los derechos humanos fundamentales, derecho a la salud, salud de las mujeres embarazadas: protección y atención preferencial, violencia obstétrica, naturaleza y características de las garantías, acción de protección, y el proceso constitucional de selección y revisión; categorías que realizan una aproximación y fundamentación del contexto en cuestión.

Un breve análisis de los derechos

Los derechos humanos se afianzan en la Alemania Nazi, en el siglo XIX, luego de la experiencia vivida en el Holocausto tras la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente y con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), líderes mundiales y organismos internacionales se comprometieron en que nunca más estos sucesos podían ocurrir y así evitar múltiples vulneraciones a los derechos humanos. Este compromiso trajo consigo, el establecimiento de una hoja de ruta con normas que garanticen y protejan los bienes jurídicos de las personas como la vida, la dignidad, la integridad personal, entre otros, documento que luego se convertiría en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cuyo contenido se incorporaría en las Constituciones.

Su reconocimiento permite que se desprenda una multiplicidad de tratados que los reconocen y avalan su cumplimiento con un enfoque universal y su cumplimiento nacional depende de la adhesión de los países miembros que, además, son constitucionalizados en cada uno de los mismos. Diversas son las nociones que aborda el estudio de la Constitución y el constitucionalismo jurídico. Al respecto, Ferrajoli (2010) menciona que uno de los rasgos más comunes relacionados a estos es la concepción de los poderes públicos, el cual incluye el legislativo y, la segunda, sobre la base de una variedad de normas superiores que en los actuales libros constitucionales determinan los derechos fundamentales.

Como sistema jurídico, el constitucionalismo determina limitaciones y

vínculos que se orientan en aspectos formales y sustanciales que se encuentran rigurosamente imputados hacia todas las fuentes que integran el ordenamiento jurídico estatal mediante normas supra-ordenada; y, desde un enfoque de teoría del Derecho “[...] a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no solo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos” (p.17). Estos son concepciones básicas necesarias para su funcionamiento desde cualquiera de sus orientaciones.

Al respecto, las normas constitucionales como derechos fundamentales, no son reglas de observancia e inobservancia; sino que, por el contrario, son mandatos de optimización, los cuales “[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 2008) y que son susceptibles a ponderación cuando estos entran en conflicto algo que, generalmente, ocurre de forma frecuente.

Nash Rojas (2006) menciona que dicha ponderación desecha los estándares generales de jerarquías que parten de los derechos fundamentales, principalmente, los establecidos en tratados internacionales y la Constitución y los cuales son exenciones que las leyes conceden y que mantienen como objetivo elemental la limitación de los poderes estatales para que los seres humanos no se vean afectados. Sobre esta estructura, es imperante referenciar las obligaciones que el Estado asume como destinatario principal siendo estos: respetar, constituye una obligación de abstención, implica no hacer daño y no involucra un gasto estatal; proteger, el Estado deberá garantizar ante cualquier particular o el mismo Estado, el acceso efectivo y que no se private ilegalmente los derechos a los individuos; y, realizar, en el cual el Estado debe asegurar el cumplimiento de los derechos por medio del uso e implementación de recursos y medios que satisfagan dichos derechos (Villán, 2009).

Es así como, se ha encauzado esta lucha a la necesidad de alcanzar una

reivindicación de la dignidad humana; comprendida como un principio y valor inherente al ser humano y que se basa en el respeto y la libertad de los mismos (Suárez, 2009). Se infiere de esta manera que, el fundamento de los derechos humanos es la vida, integridad y dignidad que busca su goce pleno y efectivización inmediata mediante la garantía de condiciones de vida como son los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) (salud, alimentación, vivienda digna, etc.) que les permita mejorar su entorno, así como, su propio progreso, bienestar personal y colectivo.

Según la Comisión de Derechos Humanos de la ciudad de México (2011) se establece que los derechos humanos “son aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar” (p. 10). La naturaleza de estos derechos surge desde dos aristas elementales, una apoyada en la noción de derechos naturales (inherentes al hombre) y otra como derechos morales (como una construcción de principios y valores compartidos). Los derechos fundamentales de los individuos involucran una perspectiva social contraria a la inequidad económica, política y social.

Pese a que ha existido varias controversias sobre la noción que termina por definir a los DESC, existe una que claramente se aproxima a la realidad social, al considerarlos como aquellos derechos humanos exigibles estatalmente, “[...] necesarios para que los individuos tengan la garantía de que podrán disfrutar de sus libertades civiles y políticos, y de que sus proyectos de vida se realizarán en las mejores condiciones gracias al acompañamiento y cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en esta materia” (Suárez, 2009, p. 62). Por lo que los DESC, frente a la dogmática del derecho constitucional, adoptan una nueva postura, exigibilidad y transcendencia en los textos constitucionales gozando de igualdad jerárquica, de exigibilidad directa al Estado y de vinculación fundamental porque se encuentran ligados a los derechos civiles y políticos implantando un orden jurídico en el que se reconocen a estos como derechos inherentes a las personas, siendo uno de estos, el derecho a la salud.

El derecho a la salud

La salud puede ser concebida desde diversos enfoques como un aspecto cultural, social, filosófico, económico e inclusive divino. “El derecho a la salud no es, no puede ser, el derecho a estar sano, sino a contar con decisiones, medios y recursos disponibles, accesibles, aceptables y de calidad que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible” (De Currea-Lugo, 2009). Este derecho comprende libertades como la autonomía en la decisión sobre su cuerpo, acceso a información vinculada con su estado de salud, rechazo (si este fuere el caso) a tratamientos, elección sobre la salud sexual y reproductiva de las mujeres, entre otras; y, garantías que avalan su protección como accesibilidad a medios y recursos que mantengan o permitan recuperar su salud enfocada desde principios elementales como la oportunidad, eficiencia, eficacia y disponibilidad de los mismos.

La salud es una rama interdisciplinaria que integra un sinnúmero de procesos, no solo aquellos que los vincula con la anatomía del cuerpo o la mente del ser humano, sino también, con el ambiente, las relaciones sociales, la disponibilidad económica, etcétera. Sin lugar a dudas, un fenómeno caracterizado por su transversalidad. Por lo que también, se la define como “[...] la base sobre la cual se construye la felicidad de los individuos, su realización como personas y su contribución al máximo de satisfacción colectiva” (Briceño León , 2000). Alcanza entonces, un nivel de bienestar que quizás se constituya como el indicador más relevante para una sociedad, un condicionante para poder obtener el desarrollo personal y profesional.

La OMS ha definido a la salud como “[...] un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (1948). La salud más que implicar la ausencia de padecimientos o la accesibilidad a la atención médica constituye un derecho fundamental de todo ser humano en su completa integralidad, por lo cual, este debe entenderse al más amplio sentido de su concepción. A esta noción de salud se le ha ido añadiendo

otras aristas como la capacidad de funcionamiento, dinámico y continuo, que llega posteriormente, a instaurarse como un fenómeno multidimensional, que ya no solo involucra lo médico, biológico, sino que integra lo socio-ecológico desde un paradigma global.

Es de esta forma, como la salud integra acciones de prevención, protección y promoción implicando un enfoque holístico que contiene contextos físicos, sociales, culturales y elementos vinculados con la vida y la dignidad. “El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (Prosalus & Cruz Roja , 2014).

Desde esta perspectiva, Ase & Buriyovich (2009) menciona que el derecho a la salud configura un componente fundamental e inalienable de la dignidad humana, determinándose así, como un bien jurídico en sí mismo que no requiere de ningún tipo de argumento para su goce y garantía efectiva; es decir, este derecho se convierte en fundamental por estar ligado a un derecho civil o político, los cuales requieren de este para poder cumplir con las garantías básicas de las personas como una vida digna. Es así como, el derecho a la salud incluye principios indispensables y que se encuentran interrelacionados. Parra Vera (2003) describe a estos principios de la siguiente manera:

- *Disponibilidad o asequibilidad:* Los Estados adoptarán, en el marco de lo posible, bienes, establecimientos y servicios de salud suficientes y adecuados, así como, personal profesional capacitado para garantizar el acceso al sistema de salud. De la misma manera, el Estado deberá asegurar el presupuesto necesario y suficiente para la creación y conservación de la infraestructura y estructura del sistema sanitario. “En ningún caso el Estado puede eludir su responsabilidad bajo el argumento de no contar con los recursos necesarios” (Suárez Sebastián M. , 2009).
- *Accesibilidad:* Todos los bienes y servicios de salud pública deberán ser accesibles a todos los individuos, sin diferenciación alguna. Los Estados

se obligan a asegurar el acceso a los individuos eliminando todas las barreras culturales y presentando así características fundamentales: no discriminación, es decir, acceso para todos sin ningún tipo de discriminación; accesibilidad material, asegurar condiciones materiales asequibles (locación geográfica o tecnológica); accesibilidad económica que promueve un sistema de salud gratuito y al alcance de todos; y, finalmente, accesibilidad a la información, misma que se refiere a garantizar la información del paciente a su familia.

- *Aceptabilidad (calidad)*: todos los bienes y servicios de salud pública deberán regirse bajo estándares de respeto, ética y valores culturales adecuados, los cuales deberán ser aceptados por las personas vinculándolos con sus necesidades e intereses colectivos.
- *Adaptabilidad (permanencia)*: todos los bienes y servicios de salud pública deben orientarse y adaptarse a los contextos sociales, así como, a los requerimientos básicos de los seres humanos desde un enfoque personal, social, cultural y económico.

Por lo que, el derecho a la salud comprende un bien jurídico mayor que requiere de protección. Alcanza su materialización mediante la exigibilidad de medios que aseguren o restituyan condiciones idóneas para lograr su efectividad. La salud como un deber y obligación prioritaria del Estado se relaciona según Arroyo et. al (2004) con tres dimensiones elementales:

- El *respeto*, el cual hace referencia a la prohibición absoluta del Estado ante la transgresión de los derechos fundamentales. Su inobservancia, sea esta por acción u omisión, implica la sanción por parte de instancia nacionales e internacionales que garantizan y reconocen los derechos humanos. Los regímenes para el efecto deberán instaurar políticas públicas que garanticen el bienestar físico y mental, ejemplificando lo dicho, esto se producirá a través de acciones que reduzcan la incidencia de preeclampsia en el embarazo, lo cual es prevenible siempre que los médicos adopten medidas para evitarlo.
- La *protección*, por su parte, determina la obligación estatal para la prevención de vulneraciones de derechos, tanto del Estado como de sus particulares, así como de medidas o acciones que permitan la reparación integral de estas

violaciones, un ejemplo de ello, radica en la construcción de leyes que garanticen su protección o el acceso gratuito a una atención médica de calidad, un ambiente sano, una alimentación adecuada o norma que permita evitar la violencia obstétrica.

- El *cumplimiento*, compromete al Estado a que adopte medidas necesarias y apropiadas para la efectivización y goce de los derechos de manera plena. Su incumplimiento determinará que el Estado no efectuó lo suficiente para impulsar el acceso a servicios públicos de salud evidenciados en políticas públicas que permitan su progresividad, tal es el caso, del acceso a medicamentos o médicos especializados para una atención apropiada.

Al derecho a la salud, históricamente, se lo ha categorizado como derecho de prestación, percepción que con el tiempo ha ido evolucionando puesto que a priori, estos derechos eran, únicamente, comprendidos como tal, en la medida de lo posible relacionados con la disponibilidad económica de un Estado, haciendo que su satisfacción se condicione a la predisposición presupuestaria de los regímenes transitorios (Saura, 2011). En este sentido, su realización se configura como progresiva.

Sobre la progresividad se establece que es un principio elemental que influye en el enfoque de derechos humanos. “El enfoque de derechos considera las limitaciones de recursos y propone una realización progresiva y gradual de los derechos a través del tiempo” (Ase & Buriyovich, 2009). Además, determina condiciones para su gradualidad:

- Si se cuenta con los recursos disponibles, la obligación de respetar debe ser de inmediato cumplimiento, en cuanto a las obligaciones de proteger y cumplir involucra recursos que garantizan su eficiencia y efectividad.
- Si su cumplimiento se da de forma gradual se debe determinar un plan de acción, fijando plazos y metas que garanticen su cumplimiento.
- La definición de un contenido no excluye la prohibición de regresividad. Es decir, si un Estado garantiza contenidos determinados de los derechos, únicamente, se les permite avanzar hacia su mejora y perfeccionamiento,

mas no, hacía su retroceso.

Sin embargo, con la evolución del derecho y más aún con las teorías de un constitucionalismo contemporáneo se deja atrás esta postura para adoptar una en la que el derecho a la salud termina por ser concebido como un derecho fundamental.

El derecho a la salud como derecho fundamental

La expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana son los derechos humanos. Estos son elementos básicos estructurales dentro del sistema jurídico y de las ramas que lo conforman. Los derechos fundamentales son en sí mismo derechos humanos universales que jurídicamente se hallan instaurados y reconocidos por un Estado en el contexto de su jurisdicción nacional y, también, dentro de un contexto internacional. “Los derechos fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo este un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común” (Nogueira Alcalá, 2003, p. 142).

Los derechos fundamentales se caracterizan, principalmente, por su inviolabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, indivisibilidad e interdependencia, por cuanto estos no pueden ser transferidos, ni pueden ser arrebatados con el tiempo (Chiriboga Zambrano & Salgado Pesantes , 1995). Su clasificación se ha dado en función de tres generaciones de derechos: la primera generación son aquellos derechos civiles y políticos (garantizar la vida, libertad, seguridad, igualdad, etc.); la segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales (garantizar la salud, el trabajo, etc.); la tercera generación se encuentran el desarrollo y el medio ambiente sano; es decir, aquellos que son considerados como derechos de solidaridad.

El mismo autor señala sobre los derechos prestacionales que estos determinan un avance en su legitimación y jerarquización que deviene de la evolución constitucional y jurídica ecuatoriana, en su democratización y en la

consolidación de un Estado Constitucional de Derechos, en la que los DESC instauran no, únicamente, el complemento de los derechos de primera generación, sino que además, con relación a la jerarquización normativa instaura que “la más sólida y aceptable es aquella que considera que los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales –ratificados por el Estado- poseen igual valor que las normas de la Constitución, que tienen rango constitucional” (p.29).

Es obligación estatal, desarrollar condiciones elementales que permitan la satisfacción de requerimientos relacionados con los DESC o de prevenir y eliminar barreras que impidan su evolución y satisfacción. El derecho a la salud, como parte de los DESC ha sido, por largo tiempo, un tema controversial, sobre todo por su conflictividad al ser considerados como derecho fundamental debido, esencialmente, a que estos se tornan difíciles en su realización y en su contenido de prestacional. Frente a esto, se han configurado con el desarrollo de la teoría constitucional contemporánea como soportes esenciales del sistema de los derechos fundamentales.

Parra (2013) al respecto señala que lo que define el contenido de un derecho fundamental es la relación que este genera con algo, esto es, un vínculo existente entre sujeto-destinatario y el contenido como tal del derecho. Existe, entonces, un derecho fundamental cuando el Estado asume su papel de destinatario implicando, además, que este aborde tres concepciones básicas: que se dé por el texto Constitucional (formal), que sea inherente al individuo por el hecho de serlo y por la base propia estatal (material) y aquellos que se configuran como relevantes para la democracia y la sociedad. Siendo así, como al no establecerse ningún tipo de jerarquía en la Constitución, implica que todos aquellos que se encuentren aquí instaurados son derechos constitucionales fundamentales reforzados por las garantías de acciones jurisdiccionales.

Asimismo, Alexy (1993) señala que las normas establecidas en la constitución ocupan el más alto grado de dicho sistema y su objeto constituyen de gran abstracción e importancia; de conformidad con la teoría de las normas que no

instaura base alguna para que se efectúe algún tipo de diferenciación de índole estructural, por cuanto, al encontrarse dentro de este cuerpo normativo superior se terminan por configurar como normas jurídicas.

Desde dicha concepción y como derecho fundamental, la salud, abarca una configuración legal amplia y extensa. Lo mismo ocurre para lograr su efectivización, puesto que debe mantener como punto inicial un sistema de organización estatal que responda a la demanda de la colectividad. Se parte de ello, para designar el carácter de derecho de prestación y para lo cual requiere del desarrollo legislativo, político, técnico y económico que garantice una cobertura y expansión total. “La prestación que involucra el derecho a la salud es de carácter programático porque requiere de un proceso en el que se diseñan y planifican las instituciones y el sistema que lo hacen posible” (Parra Vera, 2003, p. 40). Esto involucra tiempo y recursos que deben ser destinados bajo ciertos parámetros y desde una concepción democrática.

Si bien, en un inicio, el derecho a la salud no pudo ser interpretado como derecho fundamental, en ciertas circunstancias, los derechos prestacionales se han transformado en subjetivos, la jurisprudencia dictada a través del tiempo se ha pronunciado sobre el derecho a la salud como un derecho fundamental respaldado bajo ciertos supuestos y criterios, así como, de la procedencia de la acción tutelar. Estos criterios bajo los cuales se respalda esta adopción, según Parra Vera (2003) son los siguientes:

Conexidad con otros derechos fundamentales: a los derechos fundamentales por conexidad se los denomina así por su “[...] íntima relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos” (Corte Constitucional de Colombia , 1992). Este es el caso de la salud, que no considerándose como un derecho fundamental, adquiere dicha categorización cuando tras la inatención de un individuo enfermo, esto ha supuesto una amenaza o riesgo al derecho a la vida.

Desde este criterio, la salud vinculada a su naturaleza jurídica se encauza primero en la identificación de este como una representación inmediata del derecho a la vida, es decir, si se atenta en contra de este derecho inmediatamente tendrá como resultado una evidente transgresión del derecho a vida y vida digna. Por otra parte, se lo posiciona desde un carácter asistencial, ubicándolo desde un aspecto necesario para consolidar un Estado de Derecho, debido a que su reconocimiento está atribuido a medidas concretas, principalmente vinculadas con los derechos y reglas. El derecho a la salud y su frontera con la representación de fundamental y asistencial casi siempre resulta con su imprecisión y continua transformación; sin embargo, la salud es un derecho fundamental porque se relaciona con el derecho a la vida y a su protección manteniendo dicha naturaleza desde una manifestación primaria y, partiendo desde esto, se lo imputa como un objeto de control tutelar.

Relevancia que adquiere el derecho a la salud con los sujetos de atención prioritaria de protección: la relación de este derecho con aquellas personas que mantienen un grado de vulnerabilidad debido a sus condiciones físicas, psicológicas o sociales, especialmente con niños y niñas, adultos mayores, mujeres embarazadas, entre otros, lo ha configurado como un derecho fundamental íntegro. Es por esta razón que, el núcleo determinante del derecho a la salud permite su protección tutelar ante la vulneración del derecho a la salud, la situación y afectación de la persona y la ausencia prestacional del servicio de salud que transgrede o pone en peligro la integridad personal y la vida de los individuos.

Los derechos fundamentales determinan obligaciones constitucionales que permitan satisfacer los bienes que no son negociables, esto es, que no tienden a subordinarse por regla de mayoría. El fundamento de estos derechos es de carácter prestacional, su limitación únicamente se produce, siempre que el Estado, demuestre y justifique, que les resulta inadmisibles atenderlos, sin descuidar y desatender la protección básica de otros derechos de igual categoría (Parra Vera,

2003, 43).

Es así como, el derecho a la salud adquiere una condición de fundamental, puesto que a través de procesos institucionales y democráticos los posicionan en espacios que permiten garantizar la integridad, vida y dignidad humana, más aún en personas que tengan condición de vulnerables o doble vulnerabilidad, tal es el caso de mujeres embarazadas.

Derecho autónomo con relación a su contenido de derecho prestacional: la salud como derecho fundamental, así como constitucional, está enfocado en la dignidad humana y desde la perspectiva de derecho subjetivo. Sin embargo, sobre este último, al abordar al sistema de salud internamente, en el cual se reconocen los procedimientos, medicamentos, establecimientos, personal de salud adecuado y, de forma general, todos los factores que permiten garantizar y alcanzar un goce efectivo de este derecho superando la indeterminación para traducir su intención funcional como un derecho subjetivo. Este tiende a abordar toda expectativa jurídica de prestación (positiva) o de no lesión (negativa) que una persona se forja sobre la acción u omisión de un sujeto titular de derechos con otro sujeto obligado (en especial, el Estado) (Ferrajoli, 2006, p. 33). Ante la negativa de un servicio público de salud se estaría violentando un derecho fundamental, pues no es necesario que la vida corra riesgo para poder satisfacer dicho derecho, lo que deriva en que no se requiere que exista una conexidad con otro derecho (vida o integridad personal).

Nogueira Alcalá (2003) señala que la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia T-042, de 1996, establece que cuando los derechos sociales, económicos y culturales, tal es el caso del derecho a la salud, se consagra en la Constitución, estos son directamente asumidos por el Estado y se determinan legal, reglamentados y subjetivos y, por ende, tienden a ser totalmente exigibles de manera inmediata por sus titulares y ante las vías correspondientes. Asimismo, el hecho de que estos sean positivizados constitucionalmente determina un paso hacia su efectividad, eficacia y cumplimiento dejando de lado su categoría de

derechos prestacionales para pasar a constituirse como derechos auténticos y de igual jerarquía.

Dentro del marco constitucional ecuatoriano no existe una categorización o diferenciación de los derechos de conformidad con el artículo 11, de la Constitución del Ecuador (2008), en el que se determina que todos los derechos y principios que en este cuerpo normativo se establecen, gozarán de igual jerarquía, sin efectuar distinción alguna y que, además, los constituyen como irrenunciables, interdependientes, inalienables e indivisibles adoptando una posición contraria a aquella que en los instrumentos internacionales se efectúan cuando fragmentan, de alguna manera, los derechos de abstención (vida) con los prestacionales (salud), integrándolos y agrupándolos como un todo que gozan de igualdad jerárquica y que adquieren un mismo valor que se les atribuye a todos derechos, guardando imparcialidad y sin que ninguno prevalezca sobre el otro. En este sentido, todos acarrearán la misma relevancia para que por medio de su garantía se permita alcanzar todos los proyectos de vida de las personas en el marco de la dignidad e integridad humana. Finalmente, ante su desconocimiento o quebrantamiento estos podrán ser plenamente justiciables de conformidad con las garantías que este mismo cuerpo legal reconoce y los tratados internacionales, siendo así que este derecho a la salud como los demás derechos son catalogados como derechos constitucionales.

La salud como servicio público

La salud y el servicio público son concepciones diferentes, pero totalmente interrelacionadas. Se parte por definir a la salud pública como un “[...] proceso de movilización de recursos para garantizar las condiciones apropiadas para un estado de salud sostenible de la población” (Villalbí, 2012, p.6). En concordancia con esta afirmación, la salud pública comprende la prolongación de la vida mediante la prevención de enfermedades y la organización de esfuerzos comunitarios, siendo algunos de estos, los que Castillo Robles (2010) propone:

El saneamiento del medio; el control de las infecciones transmisibles; la educación de los individuos en la higiene personal; la organización de los servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico temprano y tratamiento preventivo de las enfermedades; el desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuado para la conservación de la salud (p. 10).

Bajo esta premisa, para que un derecho se torne totalmente efectivo, este debe mantener condiciones como las que se menciona anteriormente y necesarias que permiten garantizar la salud pública. Además, desde la concepción propia de la salud pública se ha propuesto acciones inherentes para alcanzar una gestión y desempeño adecuados enmarcados desde la protección, fomento, recuperación y rehabilitación de la salud, así como, las funciones del servicio médico y sanitario. Sin embargo, este concepto se moderniza para ser definido como una ciencia que busca la prevención de dolencias físicas y psicológicas, prolongación de la vida, fomento de la salud a través de la eficiencia física y mental mediante esfuerzos estructurados desde el Estado para prevenir y combatir enfermedades y lesiones, educar para preservar la salud, organizar servicios (diagnóstico y tratamiento), maquinaria y profesional médico, entre otras, que permitirán garantizar una vida digna, así como la integridad personal de todos los individuos.

Se trata así, de un enfoque interdisciplinario e integral que conforma un sistema sanitario que incluye lo asistencial. El servicio de salud pública es un “[...] conjunto de recursos, instituciones, servicios y procedimientos que un Estado articula para los fines de salud, siendo pues, además, los servicios de procesamiento y distribución de agua, control de basuras, etc.” (De Currea-Lugo, 2009, p. 162). Comprende entonces, elementos y mecanismos necesarios y organizados para adquirir una atención de calidad en la salud pública.

El servicio público de la salud incluye acciones tanto de abstención, como de prestación. El eje central del sistema de salud radica en salvaguardar la vida e integridad personal de un individuo, cualquier que este sea, sin ningún tipo

de discriminación o distinción. La integralidad de este abarca una red de establecimientos, insumos, medicamentos, servicios, profesional capacitado para preservar y recuperar la salud, no únicamente desde un enfoque médico, científico, sino desde la concepción misma de los derechos humanos y principios elementales que garantizan su accesibilidad, eficiencia y eficacia.

La salud pública, desde el enfoque sistémico, se reconoce como una interrelación, coordinación y articulación de diversas instituciones, factores, políticas y actividades necesarias para lograr un idóneo funcionamiento. “El Sistema Nacional de Salud tiene por finalidad mejorar el nivel de salud y vida de la población ecuatoriana y hacer efectivo el ejercicio del derecho a la salud” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, 2002). Los derechos y obligaciones que contiene a la salud como derecho se comprenden bajo esta lógica de servicio público.

El servicio público de salud se rige bajo principios que permiten en la medida de las posibilidades económicas de un Estado alcanzar su implementación y optimización. Ante esto, la Ley en mención determina a la *equidad* como un servicio accesible y de calidad suprimiendo barreras que permitan alcanzar un sistema justo e imparcial; *calidad*, por medio del cual se buscará efectividad, calidez y satisfacción de los individuos que conforman la sociedad; *eficiencia*, a través de la utilización adecuada de recursos técnicos, administrativos y financieros disponibles y adecuados para garantizar la seguridad humana; *participación*, promoviendo la implicancia ciudadana mediante el control social y la adopción de decisiones; *pluralidad*, respetando las aspiraciones, necesidades y generando interacción pluricultural; *universalidad*, mediante el acceso a todos los individuos sin discriminación alguna; *solidaridad*, como una práctica de ayuda mutua entre personas y sectores en el marco de la equidad y justicia social, *integralidad*, como un principio que avala la cobertura de toda la salud y condiciones de vida digna poblacional. Estos principios, son mandatos que aseguran un acceso, protección y promoción del sistema de salud desde una perspectiva de atención integral de la misma así como de su funcionamiento, en

donde este no se restringirá a ninguna persona y cuya accesibilidad se enfatizará en el derecho a la salud de los grupos de atención prioritaria.

El derecho a la salud de los grupos de atención prioritaria

Históricamente, las personas han fragmentado y categorizado a las sociedades, consciente o inconscientemente, orientadas desde un enfoque de exclusión, relego y negación debido a factores sociales, económicos o culturales basados en condiciones de género, orientación sexual, profesión, edad, etcétera. Esto se ha configurado como una realidad social, en donde los individuos, grupos o sectores son aquellos que debido a su clasificación han requerido de mayor atención y tratamiento priorizado.

Frente a ello, Quintero Mosquera (2011) señala que la legislación ha determinado tipologías legales encauzadas en garantizar e incrementar su protección, así como un enfoque basado en la igualdad material. “La igualdad formal establece la igualdad de todas las personas ante la ley; no obstante, la igualdad material reconoce la existencia de diferencias que requieren un tratamiento especial por parte del Estado” (Erazo Galarza, 2021, p.69). En este sentido, el tratamiento que el sistema normativo otorga a estos grupos de atención prioritaria es fundamental porque reconoce, garantiza y otorgar mayor prioridad ante la ley a aquellos que lo conforman.

Sobre los grupos de atención prioritaria, López Moya (2021) los define “[...] como el conjunto de individuos, que guardan una semejanza entre sí y que, por sus características o condición, ameritan una acción preferente por parte de un tercero, en este caso por parte del Estado, quien insta su réplica incluso, al sector privado” (p.657). La evolución normativa ha cumplido un papel fundamental porque ha conllevado a una conquista interna a favor del reconocimiento de las competencias y preferencias para estas agrupaciones, en normas y tratados internacionales, como sujetos titulares de derechos para conseguir igualdad material y formal. Asimismo, se han instituido condiciones preferentes vinculadas con la vulnerabilidad y doble vulnerabilidad. Esta última entendida como “[...]”

una condición acumulativa: los sujetos desprotegidos se ven inmersos en ocasiones en una “espiral de la vulnerabilidad” (p.85). Un espiral de vulnerabilidad es comprendida como una circunstancia –vejez, embarazo, discapacidad- se suma otra, debido a contextos económicos, pobreza, culturales, étnicas, lo que produce situaciones de discriminación, exclusión, entre otras.

El reconocimiento que los derechos ocupan en normativa nacional y tratados internacionales es realmente determinante. “Efectuándose así una transformación integral dentro de todo el ámbito jurisdiccional, que, aunque aún presenta serios problemas en razón del desconocimiento generalizado del derecho constitucional, se ha ido adaptando a las nuevas exigencias de nuestro Estado constitucional” (Erazo Galarza, 2021). Es decir, las normas que abordan dichos aspectos buscan reconocer esta condición de manera integral.

La presencia de personas y grupos que requieren de una atención prioritaria adquiere mayor importancia con el constitucionalismo ecuatoriano, en donde todos los individuos gozan de su titularidad, sin distinción alguna; sin embargo, ante esta surge un tipo de adopción de medidas implícitas que priorizan las condiciones de las personas antes mencionadas que requieren de tratamientos, normas jurídicas y acciones especiales que prioricen la efectividad y garantía de sus derechos.

Por lo antes señalado, reconocer a los grupos prioritarios de la sociedad, es comprender que se deberá adoptar condiciones especiales y sustanciales para que estos individuos con características diferentes que demandan de acciones y medidas constitucionales y legales alcancen una igualdad material. Además, el Estado ha supuesto un reconocimiento holístico de estos derechos encaminados a la efectivización y atención preferentes a niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y con enfermedades catastróficas y, por supuesto, el derecho a la salud de las mujeres embarazadas.

El derecho a la salud de las mujeres embarazadas: protección y atención preferencial

López Moya (2021) señala que, desde la legalidad, la protección de los grupos específicos determina una medida contemplada por los Estados para lograr alcanzar una mayor adhesión social, así como una equiparación de oportunidades reflejadas en la construcción y consolidación de un Estado Constitucional de Derechos regidos bajo la aplicabilidad de principios para conseguir una igualdad, formal y material, como un fuerte constituyente para la exigibilidad de la justicia social.

La falta de equidad en las sociedades ha sido un determinante porque se ha visto manifestado en grupos poblacionales inmersos en situaciones que, de una u otra manera, los sitúan en un estado de riesgo y vulnerabilidad derivando en una inminente transgresión de derechos. Ante dicho reconocimiento y sobre todo de la afectación de los derechos, los individuos con tales características se objetivizan como grupos vulnerables en las normas nacionales e internacionales. La evolución histórica ha permitido que el criterio jurídico con respecto a los grupos que han sido relegados y excluidos adopten dicha figura y, por tanto, se hagan beneficiarios a un trato preferencial.

Tal es el caso, de las mujeres embarazadas, a las cuales se les reconoce dentro de su derecho a la salud, la salud reproductiva, misma que se la conceptualiza como “la capacidad de los individuos y de las parejas de disfrutar una vida sexual y reproductiva satisfactoria, saludable y sin riesgos, con la absoluta libertad para decidir de manera responsable y bien informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos” (Espinosa Mora, 2007). Como principales elementos se instauran a la salud de la mujer, planificación familiar y salud de la mujer embarazada. Desde un enfoque totalmente contemporánea, esta última mencionada establece una “protección que implica la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia, el desarrollo de programas para reducir la incidencia de los embarazos de alto riesgo, la prevención de la morbilidad y la mortalidad y la protección de la lactancia materna para favorecer

el espaciamiento de los nacimientos” (Parra Vera, 2003, p. 141).

Estas aportaciones en temáticas evolutivas sociales como normativas de derechos han marcado precedentes desde los modelos autocráticos de Estados hasta los Constitucionales de Derechos enfocados en una perspectiva inclusiva y de una propensión neoconstitucionalista. El derecho a la salud de las mujeres embarazadas aborda un tipo de protección que incluye un cuidado especializado y gratuito de la mujer embarazada desde un sistema integral de la salud materna que incluye la vida durante todo el embarazo, parto y posparto, así como el periodo de lactancia y la infancia del niño (Constitución del Ecuador, 2008).

Sin embargo, la protección, respeto y cumplimiento de este derecho en las mujeres embarazadas ha sido una expectativa difícil de cumplir. La implementación de modelos de protección enfocados en garantizar la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad de la salud resultan casi siempre heterogéneos, al igual que su nivel de éxito. “[...] La situación política y los determinantes sociales de salud son de vital importancia en el funcionamiento de los esquemas de protección social a la maternidad visualizada como un Derecho Humano de primer orden” (Serrano Ramírez, 2012).

El derecho a la salud de las mujeres embarazadas termina por constituirse como un mecanismo de protección materna, no solamente, porque se enfoca en atender, asistir y tratar a las personas desde el área médica y científica; sino porque también, congrega elementos necesarios para garantizar la salud como: “[...] el estilo de vida, el modo de vida, acceso al agua limpia potable, a condiciones sanitarias adecuadas, alimentos sanos, vivienda adecuada, condiciones sanas [...] y reproductiva en los escenarios de salud en los cuales se brinda atención a este grupo particular de seres humanos: las mujeres embarazadas (p. 68).

Se parte entonces de este contexto para establecer que el embarazo no es una enfermedad, sino un estado fisiológico de la mujer que conlleva cuidados

desde un enfoque integral. Por lo que, el Estado se obliga a respetar y garantizar este ciclo vital y natural de la mujer a través de servicios vinculados con las obligaciones de prestación, considerando para el efecto, medidas encaminadas en asegurar la disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad del derecho a la salud de las mujeres embarazadas a través de políticas públicas que reconozcan el derecho universal de estas mujeres y sus familias a un proceso de maternidad, parto y posparto adecuado y seguro, principalmente en el sistema de salud pública.

Sobre la atención prioritaria en el sistema de salud pública, el Estado deberá implementar políticas públicas encauzadas en garantizar el derecho de salud de las mujeres embarazadas, frente a ello, surge las acciones positivas o discriminación positiva entendida como “acciones de inclusión y búsqueda de la equidad, inicialmente asociadas y propias del enfoque de derechos [...]. Se consideran un mecanismo equiparador de las desigualdades sociales y expresión de la participación real en los espacios democráticos para grupos desaventajados” (Durango, 2016, p. 25). Esto determina que, los individuos en contexto similares mantendrán un trato igualitario; más, sin embargo, aquellas que se encuentren en condiciones diferentes serán tratadas desde un enfoque diferencial considerando dicha diferencia bajo el principio de proporcionalidad y de conformidad con sus circunstancias, particularidades y requerimientos, estas acciones serán un mecanismo capaz de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de las mujeres embarazadas.

Es de esta forma como, la discriminación positiva constituye una noción orientada en el diseño y planificación de políticas públicas basada en diversos enfoques que permiten alcanzar más igualdad logrando no solamente reducir la mortalidad y morbilidad de las madres y de los infantes, sino que genera inclusión social, mejora las condiciones individuales de las madres y permite garantizar una vida e integridad personal debido a que la falta de un sistema de salud pública eficiente y eficaz conlleva a evidenciar, entre muchas otras negligencias y problemas, la violencia obstétrica.

La violencia obstétrica

Tradicionalmente, el control ejercido sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres ha constituido un mecanismo que ha permitido conservar la hegemonía masculina, así como, la subordinación sobre las misma y, por ende, instaurar un tipo de discriminación que, conjuntamente, con la injerencia de los servidores de la salud, sean estos públicos o privados, puede terminar implicando una actuación de violencia institucional en contra de las mujeres (Gherardi, 2016).

Sobre la violencia, su análisis implica varias acepciones, una de las más tradicionales, termina por configurarlo como una manifestación física ejercida contra una persona. Sin embargo, las manifestaciones no físicas se conforman como violentas, tal es el caso, de la ejercida por instituciones u organizaciones.

Este tipo de violencia obstétrica, en su mayor parte del tiempo, suele ser usada como un sinónimo de violencia estructural. Contero (2019) afirma sobre la violencia obstétrica que esta comprende a todas aquellas organizaciones que ostenta el poder sobre las diversas sociedades, mientras que; la segunda, surge de las estructuras sociales repercutiendo en el respeto y cumplimiento de los derechos de las víctimas.

Retomando la violencia obstétrica, esta está “[...] asociada a la intervención desproporcionada e inexorablemente medicalizada del proceso natural de la condición de embarazo y del parto, imprime un mensaje poderoso de subordinación de las mujeres en razón de su maternidad” (Gherardi, 2016, p. 17). Comprende entonces aptitudes violentas ejercidas por el personal médico de la salud relacionado con los procedimientos reproductivos y expresándose en un trato deshumanizador, uso abusivo de la medicalización y la patologización de los procedimientos naturales con un impacto alto y negativo en la calidad de vida de las mujeres. Esta a su vez, se constituye como un tipo de violencia institucional del sistema de salud, sea público o privado, vulnerando los derechos

reproductivos de la mujer y, como instancia última, genera una dominación, hegemonía, control y autonomía del cuerpo y de la mujer (Voria, 2020).

Los tipos de subordinación ejercidos ya no solo en los contextos privados (familia), sociales, culturales y económicos (discriminación), sino ahora también, en el sistema sanitario en contra de las mujeres repercute en la vida y dignidad de las mujeres. Pese a que este tipo de violencia determina una evidente transgresión de los derechos humanos, su práctica termina por ser naturalizada, pero especialmente desconocida inclusive por las mismas mujeres que la sobrellevan. “La violencia obstétrica se refiere a las prácticas y conductas realizadas por profesionales de la salud a las mujeres durante el embarazo, el parto y el puerperio, en el ámbito público o privado, que por acción u omisión son violentas o pueden ser percibidas como violentas” (Rodríguez & Martínez , 2021). Estas conductas pueden presentarse de la siguiente manera:

- *Violencia física:* se materializa mediante las malas prácticas médicas e invasivas, utilización indiscriminada de medicamentos no justificado, irrespeto en los tiempos, así como en la atención otorgada antes, durante y después del parto.
- *Violencia psicológica:* incluye un trato grosero, humillante, burlón, discriminatorio y deshumanizado, sea esto, en el momento de que la mujer requiere de atención o en el intervalo de la práctica obstétrica.

Finalmente, la violencia obstétrica conlleva a prácticas que oprime, intimida y degrada a la mujer de diversas maneras en la atención a la salud reproductiva de la misma en el periodo de embarazo, parto y posparto. Pudiendo afirmar que aquel tipo de violencia resulta ser la más peligrosa y que se torna invisibilizada. Las víctimas generalmente tienden a retratar como se las inferioriza haciéndoles sentir una pérdida de poder, ignorándolas y tratándolas con absoluta apatía, indolencia, abandono, desdén y humillación. Frente a esta problemática de salud pública, así como una evidente transgresión de sus derechos surgen mecanismos que permiten alcanzar el respeto, cumplimiento y, con ello, su garantía.

La garantía

La hegemonía y abuso del poder, en gran o menor medida, siempre ha prevalecido y con ello se antepuesto la negación o vulneración de lo que hoy en día se reconoce como derechos fundamentales de los individuos. El reconocimiento estatal de los mismos, históricamente se ha visto limitado, inhibiendo su goce efectivo, pleno y eficiente. De manera naturalizada, el autoritarismo y arbitrariedad de regímenes han conducido al desarrollo de instrumentos y mecanismos que garanticen la defensa de los derechos humanos mediante la determinación de vínculos y limitaciones que han permitido maximizar la efectividad del respeto y cumplimiento de los derechos y han minimizado las amenazas sobre estos (Cervantes Alcayde, 2010). Conviniendo realizar una diferenciación que con frecuencia deriva en confusión. Los derechos son garantías normativas determinadas en textos constitucionales y legales, mientras que las garantías son mecanismos que permiten garantizar el ejercicio de dichos derechos.

Doctrinariamente hablando, surge entonces la teoría de las garantías como aquel obstáculo que rompe con aquella imposibilidad de exigir el respeto y cumplimiento de los derechos humanos de la persona frente a la acción u omisión arbitraria del Estado o de sus particulares. La garantía conlleva a efectuar un breve recorrido por las razones que motivaron el apareamiento de estos mecanismos que, en la actualidad, se tornan totalmente relevantes y necesarios para tutelar y garantizar los derechos humanos, así como para poder afirmar que un país se constituye como un Estado Constitucional de Derecho, cuya verdadera significancia radica en que los derechos sin garantías no se constituyen como tal si están carentes de estas (Ferrajoli, 2006).

La reflexión acerca de las garantías cobra sentido si estas abordan a los derechos desde una perspectiva contemporánea atribuyéndola “[...] como poderes subjetivos constituidos en límites al poder y actuación del Estado, acepción que proviene del contractualismo medieval promovido por HOBBS, LOCKE Y

ROUSSEAU [sic]” (Quintana, 2020, p. 36). Del precepto antes mencionado, la noción de garantías de derechos no es una temática vinculada con el Derecho Constitucional, menos aún con el Procesal Constitucional, puesto que surge de un marco histórico-político que se relaciona con el constitucionalismo, sobre todo en el contexto de las revoluciones norteamericana y francesa que datan del siglo XVIII y del que parten los preliminares y solemnes instrumentos jurídicos que condicionaron al Estado a que su organización se encauce en un documento constitucional que cumpla con los parámetros básicos del mismo y con el cumplimiento de dos requisitos elementales: la división de poderes y la garantía de los derechos.

Sin embargo, tras las transformaciones de los modelos estatales, reconocer y amparar los derechos y libertades humanas a través de dichas garantías ya no derivan en una total suficiencia o novedad, puesto que surge una clasificación extensa de garantías con las Constituciones en Latinoamérica (década de los ochenta) y en Europa (década de los cincuenta) bajo el postulado de que los derechos humanos, sin que importe su origen o ámbito de protección, estarán resguardados por diversos tipos de garantías. A esto se lo conoce como neoconstitucionalismo sobre la base del Estado y garantismo constitucional.

Desde esta teoría garantista, Ferrajoli (2007) menciona que la base edificatoria de las garantías dirigidas es “[...] asegurar el máximo de efectividad a los principios constitucionales establecidos” (p.16), lo que instaura una divergencia que a su parecer es la más sustancial, sobre todo en el ámbito jurídico que surge de la determinación en constituciones rigurosas relativas a las limitaciones y dilataciones para la creación legislativa. Esta como producto del iusconstitucionalismo consiste en una desintegración entre la vigencia y la validez, esto es, entre el ser normativo legal y el deber ser inherente del derecho. Por lo que, una ley es válida no únicamente por estar vigente (reconocida en el ordenamiento jurídico), sino por la coherencia de su contenido con relación a la de la norma constitucional.

De esta divergencia surge en el Estado Constitucional de Derecho, un derecho ilegítimamente jurídico, en donde la validez y la vigencia legal normativa coinciden debido a la escasa normativa del nivel supraordenado de estas, misma que constituye un desperfecto estructural del ordenamiento jurídico, pero sobre todo de las limitaciones de los poderes estatales referidos anteriormente y sobre la cual descansa la base de las garantías.

Para efectuar y dar cumplimiento con lo descrito anteriormente – división de poderes y garantía de derechos-, los Estados a través de sus Constituciones han determinado mecanismos jurídicos diversos que han mitigado, suspendido o, en ciertos casos, evitado el quebrantamiento de un derecho por parte del Estado o por un particular, sea por acción u omisión, sobre la que recae esta inobservancia. A esto se lo conoce como garantías. Pisarello dice sobre estas que son “los mecanismos o técnicas predispuestos para garantizar los derechos” (2007, p.111).

Blacio Aguirre (2016), por su parte, señala que la garantía deriva de la terminología anglosajona “warantia”, la cual hace referencia a una acción de defensa, protección, aseguramiento, afianzamiento, respaldo, salvaguardo, amparo o apoyo. Es de esta forma, como esta acoge un sentido más amplio equivaliendo a un tipo de responsabilidad u obligación. Se propone entonces a la garantía como: “[...] el medio o instrumento que implica certeza, seguridad o la tenencia o disfrute de algo” (Martínez Morales , 2007, p. 1).

El autor en mención determina que, la garantía es todo mecanismo que admita una defensa jurídica, cuya particularidad constituye una contraposición a una acción pública que provoque un perjuicio o daño. Sobre la garantía se establece algunas nociones básicas como: la de garantizar el acatamiento de un acuerdo estipulado, afianzar lo acordado, asegurar lo convenido, así como, todas las eventualidades que sobre las mismas puedan recaer.

Otra definición propone que las garantías aluden a “[...] aquellas

seguridades y promesas que ofrece la Constitución a todos los hombres, de que sus derechos han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades y por el pueblo mismo; y que se consignan, ya porque son inherentes a toda sociedad de hombres libres e iguales, ya porque se ha querido reparar errores y abusos del pasado” (González, 1930, p. 86). Esta refiere en esencia, a una protección concreta y práctica, de tal manera que, su falta de existencia no concurre en la negativa de un derecho, sino en la falta de aplicabilidad positiva debido a la inexistencia de esta.

Es así como, la garantía adquiere una noción sustancial de protección. Hace referencia a mecanismos válidamente jurídicos y reconocidos, cuya capacidad radica en garantizar, asegurar y proteger el ejercicio, cumplimiento y respeto de los derechos humanos cuando estos han sido violentados, por lo que, funcionan como un freno a la arbitrariedad e ilegalidad. Al respecto de esto, Martínez Morales (2007) señala como uno de los fines de las garantías la protección de derechos y libertades ante los abusos y arbitrariedades estatales o individuales. Otro de los fines propuestos radica en la declaración de derechos vulnerados, pero no solo esto, sino que, además es un factor imprescindible en los fallos emitidos dentro de los procesos. Sobre la reparación integral de los perjuicios ocasionados por el quebrantamiento de derechos y libertades fundamentales, Quintana (2020) determina que es otra finalidad primordial, cuando ante la evidencia y constatación de que un derecho ha sido vulnerado se deberá adoptar como medida inmediata su reparación material o inmaterial, de conformidad con el daño provocado y la satisfacción del mismo que permite que el titular vuelva al estado anterior del cometimiento del acto u omisión.

Pérez Royo (2003) menciona que surge la distinción entre garantía jurisdiccional de derechos y libertades y la garantía constitucional como aquella atribuida por la Constitución. La primera “[...] tiene como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados

por su violación” (Corte Constitucional del Ecuador, 2012), mientras que la segunda “[...] constituyen ese conjunto de herramientas que el constituyente ecuatoriano ha dotado a las personas para hacer efectivos sus derechos constitucionalmente reconocidos” (p.37).

La garantía es la obligación o responsabilidad que le ha sido conferida al Estado en el marco de su soberanía nacional para con sus personas, asegurando los derechos constitucionales que su texto los consagra. La estructura vertebral de todo ordenamiento jurídico estatal son los principios procesales de las garantías jurisdiccionales. El acceso a una justicia imparcial y expedita deberá someterse a una diversidad de formas legales regidas y que abren paso a la garantía constitucional para los involucrados. Los derechos y garantías son enunciaciones de la libertad que adquieren la categoría de fundamentales como tal. Para ello, Blacio Aguirre (2016) sustenta los siguientes principios instaurados por la justicia constitucional:

- a) *Debido proceso*: derecho consagrado en normativa nacional e internacional, por medio del cual se otorga seguridad jurídica y protección estatal a todas las personas inmersas en un proceso o actividad judicial que debido a las diversas interacciones sociales se puedan producir controversias vinculadas a conflicto de intereses o de cualquier otra índole.
- b) *Aplicación directa de la Constitución*: este documento supremo, así como los tratados internacionales, determinan que los derechos y garantías estipulados por los mismos deberán ser de inmediata y directa aplicabilidad, a petición de parte o de oficio, por y ante cualquier funcionario público, administrativo o judicial. Estos instrumentos legales otorgan a los litigantes, en igualdad de condiciones, la oportunidad de probar y fundamentar sus derechos.
- c) *Gratuidad*: todos los servicios de justicia, así como la accesibilidad a los mismos serán gratuitos, sin detrimento de que estos incurran en costas o gastos procesales a los que dieran lugar. Debiendo resaltar que, en los casos en los que se compruebe que la demanda resulta infundada o

fundada, se establecerá costas procesales a la demandante o demandado respectivamente, lo que en la práctica determina una limitación a este principio; sin embargo, constituye un contrapeso para quienes quieran hacer una utilización indiscriminada del aparataje judicial.

- d) *Inicio por demanda de parte*: los procesos judiciales inician con una petición o demanda, las cuales serán puestas en conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes. Estas postulaciones se yuxtaponen con la concepción de acción; es decir, incentiva a que de marcha a una acción jurisdiccional estatal.
- e) *Impulso de oficio*: el juez será el principal sujeto procesal, por lo que, este impulsará de oficio los procesos en materia constitucional y otros que estén señalados legalmente. Con lo relativo a otras materias corresponderá el impulso a los actores o demandados o sus respectivos abogados.
- f) *Dirección procesal*: los jueces, acatando el principio al debido proceso, dirigirán los procesos de manera activa, controlando la actividad participativa de los implicados y evitando dilataciones innecesarias.
- g) *Formalidad condicionada*: las actuaciones jurídicas deberán sujetarse a las formalidades legales para que las mismas sean reconocidas como tal. En el caso de los procesos constitucionales, el juzgador adecuará dichas formalidades al sistema judicial para alcanzar los fines determinados. La omisión de formalidades no sacrificará la justicia constitucional.
- h) *Doble instancia*: en el proceso constitucional existen dos instancias, salvo normativa que señale lo contrario, atribuido al superior jerárquico, el cual debe efectuar una revisión de las providencias, autos o sentencias emitidas por un juzgador, sea este por recurso de apelación, extraordinario de casación o consulta. La primera refiera a la discusión de problemas concerniente a derecho, presentación de alegatos y carga probatoria que pruebe lo suscitado en la causa. La segunda está orientada a revisar el fallo emitido por el juzgador para establecer si este cumple o no con todos los parámetros legales, jurisprudenciales y de derecho.
- i) *Motivación*: la obligación de los jueces radica en que todas las decisiones deberán ser fundamentadas con base en argumentos

jurídicamente válidos en el marco de las reglas y principios que rigen al mismo.

- j) *Comprensión efectiva*: las sentencias de los jueces deberán ser redactadas de manera coherente, clara, concreta, entendible, inteligible y sintética, en el marco del contexto de hecho, de derecho y del razonamiento que lo llevó a adoptar dicha decisión.
- k) *Economía procesal*: este determina un principio procesal general, el cual hace referencia a que, para alcanzar los propósitos, se deberá utilizar la menor cantidad de recursos, tiempo y trámites disponibles, consiguiendo con ello, que los costos y el tiempo empleado sea menor para el desarrollo del proceso. Este se encontrará regido bajo los principios de concentración, celeridad y saneamiento.
- l) *Publicidad*: es un principio que permite la difusión de información al público haciendo uso de los medios de comunicación necesarios con la finalidad de motivar al público a su consumo y utilización. Con esto, se busca la imparcialidad de los procedimientos mediante su publicación, salvo aquellos que la ley manifieste lo contrario, sin perjuicio de las medidas de aseguramiento que la jueza adopte para preservar la intimidad de los involucrados.
- m) *Iura novit curia*: aforismo latino que significa “el juez conoce el derecho”, esto deriva en que las partes no deben probar lo que dice la normativa en el litigio, sino por el contrario, probar los fundamentos de hecho y no los de derecho,
- n) *Subsidiaridad*: en la acción de protección, la sustentación se regirá bajo los principios procesales constitucionales y de la legislación ordinaria, en la medida de su compatibilidad.

Es de esta forma como la garantía busca asegurar, efectivamente, los principios constitucionales establecidos, atribución que le corresponde al Estado garantizar a las personas y para ello se generan tipos de garantías.

Tipos de garantías

Ferrajoli (2014) menciona que los derechos humanos instaurados en

normativa nacional y tratados internacionales no tendrían dicha categoría si estos estarían despojados de garantías. Conviene entonces destacar que los derechos subjetivos son “expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana” (Comisión de Derechos Humanos , 2011, p. 12).

Para Ferrajoli (2014) estos derechos refieren en esencia a dos tipos de obligaciones: el primero de carácter positivo (de prestaciones – de hacer) y el segundo de carácter negativo (de no lesión – de no hacer) que es atribuido a una persona a través del derecho objetivo (normas, leyes, constituciones) conjuntamente con garantías establecidas como deberes propios necesarios para dictar dichas normas jurídicas. Para tal efecto, entiéndase a los derechos de prestaciones a todos los derechos sociales, económicos y culturales; y, a los derechos de no lesión a todos los derechos políticos y civiles.

Sobre las garantías primarias y secundarias, el autor en mención, señala: La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular, o sea, la que he llamado garantía primaria: No hay derecho subjetivo en relación con una persona – afirma- sin el correspondiente deber jurídico de otra. La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que he llamado garantía secundaria: El derecho subjetivo [consiste] no en el presunto interés, sino en la protección jurídica”. (p. 47)

Las garantías antes expuestas determinan deberes vinculativos con el sujeto que permite un reconocimiento normativo (exigibilidad) y, ante dicho incumplimiento una sanción (protección). De acuerdo con lo expuesto por Ávila Santamaría (2012) las garantías primarias y secundarias que propone Ferrajoli hacen referencia al ordenamiento jurídico y a las políticas públicas y garantías jurisdiccionales, respectivamente.

Sobre las primarias son toda la normativa jurídica que establecen un marco de protección mediante instituciones y funcionarios estatales que les han sido señaladas sus competencias y que regulan, respetan y garantizan los derechos fundamentales de los sujetos de derechos. Por su parte, las garantías secundarias, son las políticas públicas que surgen de la administración de cualquiera de los poderes estatales concretados en programas, proyectos y planes; mientras que las jurisdiccionales son aquellas que se conocen como técnicas ejercidas por la autoridad jurisdiccional constitucional por medio de la acción constitucional, de acciones u omisiones, que tienden a violentar derechos fundamentales de individuos.

Sobre estas garantías constitucionales, se puede enfatizar en una clasificación que instaura el autor en mención, siendo estas preventivas como medidas que evitan la vulneración de derechos y entre estas se encuentran “[...] las garantías normativas, a las políticas públicas y las medidas cautelares” (p. 188). Por su parte, las reparadoras actúan posterior a la vulneración del derecho dentro de la que se encuentra la acción de protección.

Naturaleza jurídica de la acción de protección

Conviene empezar señalando que, las posturas de diversos teóricos sobre el constitucionalismo contemporáneo, ha derivado en el establecimiento de notables diferenciaciones entre el viejo y extinto amparo constitucional con la nueva y actual acción de protección. Por lo que, es necesario empezar haciendo una especial referencia sobre la noción de una acción de amparo para que, posterior a ello, se identifique la naturaleza de la acción de protección.

Quintana (2020) menciona que “la acción de amparo se constituía como una garantía de naturaleza cautelar y no de conocimiento ni declarativa, pues su propósito era la tutela de derechos subjetivos constitucionales, tomando medidas provisionales de defensa de los mismos, pero sin resolver cuestiones de fondo de la causa ni declarar la existencia de aquellos” (p.70). Por lo tanto, conceder un

amparo constitucional no derivaba en la declaración inmediata de un derecho vulnerado; es decir, su efecto no incurría en la invalidación o anulación de la acción impugnada por ser inconstitucional e ilegal; por el contrario, su acción recaía sobre la suspensión provisional de los efectos surtidos de este, hasta que el fondo del litigio se solucione ante la autoridad judicial competente (juez ordinario). Frente a las omisiones ilegítimas, por su parte, el juez constitucional ordenaba el cumplimiento o realización del acto omitido, puesto que el juzgador constitucional no reemplazaba al juez ordinario y, por ende, no podía conocer y resolver la causa de fondo, ni declarar vulnerados los derechos.

La acción de amparo difiere de la acción de protección, principalmente por la diferencia ejercida sobre su naturaleza, así como de las reglas elementales derivadas de esta (Arellano García, 1997). El amparo, por tanto, constituye un proceso de conocimiento, el cual hace referencia a una búsqueda por resolver una controversia interpuesta voluntariamente ante la autoridad jurisdiccional competente, tramitada sobre los supuestos sucesos o derechos que se han contrapuesto y que declara el derecho en cuestión o la cosa litigiosa (Quisbert, 2010), siendo esta únicamente cautelar.

Sobre las medidas cautelares, la Corte Constitucional del Ecuador (2013) afirma que estas tienen “por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución o en instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (p.13). Bajo este precepto, su activación pende de si existen amenazas o vulneraciones a los derechos constitucionales. Su efecto es distinto, puesto que, si existe la concurrencia de una amenaza, la medida cautelar busca prevenir la consumación de la vulneración de un derecho, mientras que, ante una violación del derecho, esta busca cesar dicha vulneración. Por lo tanto, el amparo pone en conocimiento el derecho fundamental, más no es declarativo, siendo este último “[...] un conjunto de actos cuya finalidad es la declaración o reconocimiento de la existencia de un derecho o una situación jurídica” (Vizcarra Dávalos, 2011).

En el Ecuador, esta acción conllevó un largo camino, para que, en 1967, sea implementada constitucionalmente sin establecer ningún tipo de procedimiento para su desarrollo; sin embargo, con la promulgación de la Ley de Control Constitucional en 1997, inicia el pleno ejercicio de dicha garantía. Ya con las reformas constitucionales de 1998, el amparo se asume como una acción ejercida en contra de los funcionarios públicos, exceptuando aquellas resoluciones judiciales, cuyo argumento inicial fue la afectación de la seguridad jurídica.

En el 2008, con una nueva reformatoria a la Constitución, el amparo amplía la defensa de los derechos fundamentales determinando una extensa variedad de garantías a priori, durante y posteriori de su quebrantamiento. “El amparo concebido en 1998 es restringido en su campo de acción en comparación al alcance constitucional designado en el 2008, cuya protección está a cargo de tres garantías: la acción cautelar, la acción de protección y el recurso extraordinario de protección” (Valle, 2012, p. 24). Sobre las restricciones del amparo en la Constitución del 98, la variedad de vacíos legales que dejó, transgredió derechos de individuos principalmente debido a las resoluciones jurisdiccionales que vulneraban derechos y que resultaban inimpugnables mediante la misma vía; así como la utilización abusiva de esta ante actos administrativos de funcionarios públicos.

La acción de protección no constituye un proceso declarativo, puesto que no ejerce una pretensión de declaración o reconocimiento de derechos, menos aún un contexto jurídico que se ventila en su trasfondo; busca entonces su protección. “Por ello, si mediante una acción de protección se discute sobre un derecho, al juez constitucional le compete resolver el fondo de la causa en cuanto ello se remita a emitir un pronunciamiento sobre eventuales violaciones al mismo por acción u omisión [...]” (Quintana, 2020, p. 73).

Dicho pronunciamiento no determinará un fallo de una situación jurídica, puesto que su competencia no recae sobre ello, haciéndolo ajeno a una acción constitucional. Este tipo de pronunciamiento quedará relevado de esta

jurisdicción a otra de instancia ordinaria o inferior. Las situaciones jurídicas “son aquellas situaciones que se le atribuyen a un sujeto en favor de un interés protegido” (Cuba Aranda, 2021).

Es de esta forma como la acción de protección es admitida siempre que, la autoridad jurisdiccional (juez) encuentre que el derecho ha sido quebrantado, por acción u omisión, resolución que se motivará desde los parámetros analíticos de estos aspectos y no sobre otros, permitiendo confirmar que es un proceso de conocimiento y cuya finalidad queda plasmada por la Corte Constitucional al referirse a esta como “la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales” (Corte Constitucional del Ecuador, 2013, p. 18). Sobre esto, no todas las violaciones abordan el debate constitucional; por el contrario, las vías de jurisdicción ordinaria abren un amplio y eficiente camino para su resolución en conflictos de legalidad. Tras una inadmisión al no encontrar vulneraciones de derechos, sino controversias infraconstitucionales, el juez se obliga a mostrar otras vías de sustentación de la misma, a través de una clara resolución motivada del porqué se niega la acción.

En cuanto a la acción como *tutelar*, aborda un criterio referente a la accesibilidad de estas con sus beneficiarios, permitiendo que sea de una manera directa y de rápida intervención, eficiente y eficaz para proteger el derecho vulnerado. Estas constituyen acciones de protección de aplicabilidad inmediata que funcionan en defensa o tutela de los derechos instaurados en la Constitución y que se rigen bajo los principios de accesibilidad, universalidad, gratuidad para que ejerza toda aquella persona que considere que sus derechos han sido transgredidos. Comprenden así, un tribunal independiente para que ejerza un control y atribuya una reparación integral ante dichas vulneraciones o riesgos existentes ante cualquier derecho. “Es decir, tiene como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la declaración de la

violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación” (Blacio Aguirre, 2016, p. 23).

En este sentido, la acción de protección busca amparar directa y eficazmente los derechos que han sido reconocidos por la Constitución y que se han vulnerado, por acciones u omisiones, de instituciones públicas o no judiciales, así como por parte de particulares, concretamente señalados por normativa legal o constitucional. Quintana (2020) menciona que, al ser un procedimiento de naturaleza tutelar, la autoridad competente que tenga conocimiento de dicho proceso adoptará, si así lo requiere, las medidas necesarias que permitan detener la transgresión de los derechos, sean estas de naturaleza preventivas o cautelares, sin que esto implique prejuzgar sobre la declaratoria de la vulneración de los derechos que se hagan en sentencia; sin embargo, tampoco la convierte en medida cautelar, conservando así, la acción de protección su estatus de proceso de conocimiento.

Esto quiere decir que las medidas adoptadas servirán como un acompañamiento de la garantía, más no la sustituirá. Por lo que su solicitud podrá inclusive darse previamente a la calificación de la acción de protección, así como, requerirlas de forma independiente. La actuación con respecto a las medidas cautelares por parte del juez deberá ser inmediata, siempre que el peticionario no declare haber interpuesto por vía independiente la solicitud de las mismas.

Sobre las medidas cautelares se establece que, tanto la autoridad competente (juez), como el peticionario, deberá cumplir con todos los requisitos de procedencia. Por su parte, el juez verificará la existencia de amenazas graves (aparición del buen derecho) o la vulneración de los mismos. De la misma forma, se comprobará que, el peticionario no incida en improcedencias frente a dichas órdenes judiciales.

De la misma forma, la acción de protección está determinada por la *reparación*. La medida reparatoria ha de entenderse como “el deber del victimario

de generar una nueva cadena de hechos que acerque, en la mayor medida posible, la realidad dañada a la que existiría de no haberse ocasionado el perjuicio” (Fisher, 1928). Sobre esto, se establece que el acusado deberá adoptar nuevas medidas que permita, completa o en la medida de lo posible, regresar al estado anterior del cometimiento del perjuicio.

Es así como, Alpa (2006) y Mazeaud et al. (1977) generan una similar acepción al considerar a la reparación como una forma de restaurar las cosas a su estado anterior adoptando las acciones necesarias que permitan que el actor se sitúe en la misma condición a priori a la del suceso cometido. Se comprende entonces que, el demandado es el responsable de dar cumplimiento a la reparación garantizando el alcance al estado anterior.

Sandoval (2013), por su parte, propone a la reparación integral como un principio que conlleva una obligación de carácter indemnizatorio que permite resarcir los daños a causa de dicha vulneración. Cuando la afectación recae sobre un contenido patrimonial esta comprende una responsabilidad civil, si por el contrario, constituye una afectación a bienes extrapatrimoniales su enfoque comprende una obligación competente en materia constitucional.

La reparación integral constituye una expresión jurídica que adquiere importancia realmente innegable, especialmente porque constituye aquel único mecanismo que, de una u otra forma, resarce el agravio cometido a la víctima. Aguirre Castro & Alarcón Peña mencionan que “la reparación integral es una institución jurídica que tiene por objeto subsanar, en la medida de lo posible, las consecuencias reales y potenciales generadas a partir de la vulneración de un derecho, para que este sea reintegrado *in integrum*” (2018, p. 126).

Al respecto, una reparación eficaz, eficiente y de rápida intervención tiene como objeto promover una justicia imparcial, corrigiendo aquellas transgresiones establecidas en normativa nacional e internacional referente con los derechos fundamentales del individuo. Dicha reparación deberá ser proporcional a

la gravedad de la vulneración del derecho, así como del perjuicio sufrido. En concordancia con lo antes manifestado, el Estado reparará a la víctima o será el garante de la reparación, de conformidad con el derecho interno e internacional, sea este por la acción u omisión que se le atribuya al mismo o a un particular, respectivamente.

La Asamblea General de las Naciones Unidas (2006) señala que, una reparación integral aborda:

La restitución como la devolución a la víctima a su estado anterior, en la medida de lo posible, al cometimiento de la vulneración del derecho; comprende así, restablecer su libertad, identidad, integridad, seguridad jurídica y humana, vida familiar, dignidad humana, vivienda, empleo y devolución de sus bienes. La *indemnización* es una concesión apropiada, total o proporcional, a la afectación del derecho vulnerado, así como a las circunstancias del caso, considerando así, a todos los perjuicios económicamente evaluables que se deriven de las vulneraciones manifiestas de conformidad con la normativa nacional e internacional de derechos humanos, siendo estas: perjuicio físico o psicológico, pérdidas de oportunidades (empleo, educación, etc.), perjuicios morales, materiales o ingresos (incluye el lucro cesante), los gastos en los que incurre la asistencia legal, psicológica, social, médica, entre otras.

La *rehabilitación* entendida como toda acción encaminada a la atención médica, psicológica, jurídica o social para los afectados.

La *satisfacción* incluye, cuando sea procedente, total o parte de ellas, las siguientes medidas: acciones eficientes que permitan parar con las transgresiones; verificar sucesos y revelación de la verdad de manera completa y pública, siempre que esto no dañe, vulnere o amenace la integridad personal del afectado y la de su familia; búsqueda de personas desaparecidas, de niños secuestrados y cadáveres de individuos asesinados, así como, su identificación, recuperación e inhumarlos considerando el deseo de las víctimas o de sus familias; declaración judicial u

oficial restableciendo la dignidad, integridad, reputación y derechos de las personas; disculpas públicas (reconocer sucesos y aceptar responsabilidades); aplicabilidad de sanciones penales o administrativas hacia los responsables de dichas transgresiones; conmemorar y homenajear a las víctimas; incluir de forma precisa las transgresiones en la enseñanza, así como en el material didáctico, en todos sus niveles, del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

Por último, las *garantías de no repetición*, constituyen medidas que contribuyen a prevenir que estos actos no se vuelvan a repetir, siendo estas aplicables parcial o totalmente: ejecutar un control pertinente y efectivo a las fuerzas armadas y seguridad por parte de las autoridades civiles; garantizar que los procesos militares y civiles se alinean con la normativa nacional e internacional relacionada con equidad, imparcialidad y garantías procesales; respeto y fortalecimiento de la autonomía del poder judicial; protección de profesionales en las áreas de derecho, salud, información, defensores de derechos humanos y otros sectores relacionados; educación en materia de derechos humanos prioritaria a todas las organizaciones estatales (sociedad, instituciones educativas, administración pública), así como capacitaciones a servidores públicos especialmente del ámbito judicial y fuerzas del orden (Policía Nacional y Fuerzas Armadas); observar, promover y aplicar normas y códigos de conducta éticas y morales en todas las instituciones públicas, privadas y de la sociedad civil; mecanismos orientados en la promoción, prevención, control y resolución de conflictos sociales; análisis, revisión y reformatorias de normativa que contravengan la garantía de los derechos fundamentales de los individuos.

Quintana (2020) al respecto establece que “se ha insistido en que la acción de protección pretende, si previamente se detecta y, en consecuencia, se declara vulneración de derechos fundamentales, la orden judicial de reparación por parte de quienes provocaron tal violación” (p.82). En dicho contexto, la reparación integral determina un derecho accesible a todo titular que considere que, de la violación de sus derechos reconocidos constitucionalmente ha resultado una

afectación. A la vez, este se establece como un principio que admite el perfeccionamiento y complementariedad de la garantía de dichos derechos, tal es el caso, que estos se encuentran inherentes en todo el ordenamiento ecuatoriano manteniendo su transversalidad al ejercicio de dichos derechos, ejemplo de ello constituye, la reparación integral para las víctimas de delitos penales, consumidores que sean víctimas de engaños comerciales, por discriminación de raza o género, por afectaciones a los ecosistemas.

Por su parte, Ávila Santamaría (2008) aproxima conceptualmente la reparación integral desde el contexto de las garantías jurisdiccionales enfatizando en el *restitutio in integris*, manifestando que el contenido de la reparación integral, a nivel internacional, ha tenido un impacto trascendental, contrariamente con la indemnización civil que es patrimonial, exclusivamente, pudiendo ser material e inmaterial. La primera es aquella que tiende a ser cuantificada y la segunda que no puede, monetariamente, ser cuantificada en dinero, por cuanto, se establece como trauma psicológico que involucra una disculpa y restitución. “En este aspecto, se debe contar con la opinión de la víctima, la creatividad es también un imperativo, hay veces en que la sola sentencia puede ser una reparación adecuada y otras en que la reparación es tan compleja que requiere ser satisfecha en el tiempo, como la prevención de la tortura que requiere capacitación (Ávila Santamaría, 2008).

De conformidad con lo antes mencionado, el autor insta una división entre la reparación integral y la indemnización civil como se manifestó en párrafos anteriores. Sin embargo, hace una especial alusión a lo material e inmaterial dentro de la reparación integral enfatizando en que no, únicamente, se requiere de la intervención de la autoridad jurisdiccional para abarcar en su integralidad el análisis del caso, sino que, además, es imperativo contar con la declaración de la víctima y, por su puesto, con la creatividad para garantizar una completa y adecuada reparación integral a través de una sentencia que contemple todos los aspectos fundamentales y para tal efecto se describe el objeto de la acción de protección.

Objeto de la acción de protección

Esta garantía ya sea de manera categórica o constitucional se reconoce como derechos en materia de resguardo, tal es el caso, de Chile (recurso de protección), España (recurso de amparo) y Perú (acción de amparo) (Quintana, 2020, p.95); sin embargo, en este último caso no lo reconoce directamente la Constitución, sino la ley.

En el caso ecuatoriano, análogamente con el colombiano, la acción de protección tiene como objeto amparar todo derecho fundamental que haya sido vulnerado, por acción u omisión, concepción que determina que el constituyente no ha excluido algún derecho que haya sido objeto de dicha garantía, volviéndola exigible, consecuentemente, con cualquiera de estos.

Sobre la acción de protección se establece que, su tutela recae sobre todos los derechos constitucionalmente reconocidos, sin condicionamientos, ni limitaciones; pero, el predicamento radica con respecto a aquellos que son fuente del derecho internacional, regulados por ley y los derechos subjetivos originados de la naturaleza humana o conocidos por innominados, sobre los cuales, la Constitución no hace ninguna mención.

Si bien, la acción de protección ampara los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, en aplicabilidad con el principio de interpretación sistemática constitucional, este no puede reemplazar o irrumpir el ámbito de otras garantías. El autor en mención, sobre esto, menciona que aquel que considere que su libertad ha sido violentada, no podrá recuperarla mediante dicha acción, sino a través del hábeas corpus; contextos similares son los que ocurren con aquellos que tras sentir que su derecho a la información y datos personales se ha vulnerado, lo deben exigir mediante el acceso a la información y habeas data, respectivamente.

Sin embargo, se produce un conflicto entre constitucionalidad e ilegalidad de los derechos que son reconocidos en normativa legal. Al respecto, la Corte

Constitucional del Ecuador (2012) determina que “la acción de protección no puede invadir las atribuciones que atañen al control de la legalidad, ni extiende para actos u omisiones que incumplen disposiciones constitucionales, legales o contractuales de cualquier índole, pues para tales casos, el ordenamiento jurídico provee la acción pertinente ante la autoridad competente” (p.8). Es decir, los derechos legales y constitucionales son ejercidos y defendidos adecuadamente enmarcados en el debido proceso y, por lo tanto, para que dicho proceso sea válido constitucionalmente, la conducción del mismo, por parte del juzgador y las partes procesales, se dará en atribución estrictamente a las de sus competencias.

Lo que implica que, la acción de protección procede cuando el juzgador ha verificado que efectivamente ha existido la transgresión de un derecho constitucional, por lo que, la tutela de los mismos tiene como único camino la garantía jurisdiccional. Esto esencialmente porque los conflictos generados en norma legal tienen cabida mediante la aplicabilidad de otras vías y medidas eficientes que están inmersas en la misma jurisdicción ordinaria.

Precisa la Corte Constitucional del Ecuador que, la acción de protección tiene como objeto fundamental amparar, eficiente y de manera directa, los derechos constitucionalmente reconocidos, por acciones u omisiones, de la autoridad pública no judicial, esto es, “contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación” (2013, p.8).

Esto comprende que, desde el marco constitucional se atienden conflictos de esta materia como tal; mientras que de lo legal se ocupa la normativa ordinaria; sin embargo, no es que la normativa nacional haya fijado una diferenciación entre la constitucionalidad y legalidad, por el contrario, esta ha sido resuelta basado en el análisis, criticidad y el derecho de los juzgadores estableciendo si este

comprende materia de legalidad o constitucionalidad, incidiendo en un desconcierto injustificable entre el derecho subjetivo.

Ante esto, la Corte Constitucional (2010) eliminó la noción de diferenciación entre derechos constitucionales y legales, decidiendo que por el contrario, la acción de protección procederá siempre que, aun existiendo y prevaleciendo el derecho con características de legal, la aplicación de la acción de protección no se limitará ante una evidente vulneración de un derecho constitucional inmerso en esta acción de carácter legal. Para atender este criterio se señala que, cuando un ciudadano ha perdido un bien inmueble por incumplimiento de una obligación hipotecaria, si bien, la pérdida de dicha propiedad deviene, para su resolución, ante la vía ordinaria; si ante este hecho, el ciudadano ha sido desalojado del bien de manera arbitraria, sin la emisión y notificación previa de una orden judicial, este acto devendrá en un caso constitucional, puesto que no está solamente en juego el goce real del bien patrimonial, sino que deviene consigo derechos vulnerados como son la integridad y dignidad personal del ciudadano.

La legalidad “es regla de competencia y regla de control, dice quién debe hacerlo y cómo debe hacerlo” (Islas Montes, 2009, p.101). Presupone entonces, una norma jurídica que otorga potestades, una regla de competencia o el derecho de un Estado. Controla de esta forma, actuaciones de todas las instituciones estatales ante el poder excesivo y abusivo referente con disputas jurídicas. Por otra parte, la constitucionalidad evidencia la relevancia del control porque inquiera en lograr aquel equilibrio realmente necesario entre la libertad y la autoridad (Barragán Romero, s.f.).

El principio de supremacía constitucional constituye de esta forma la garantía más eficiente de la dignidad y libertad del ser humano, imponiendo a los poderes estatales la obligatoriedad de enmarcar sus actuaciones a las leyes que se encuentran prescritas en normativa jurídica. Por lo que, si la Constitución adquiriera la misma jerarquía jurídica que el de otras leyes, el amparo que

consagra en su norma escrita, devendría en algún momento en la falta de efecto. Supone así, dogmas elementales del derecho con los que se busca la seguridad jurídica de los individuos.

Por consiguiente, la constitucionalidad instauro la aplicabilidad de la legalidad propia del Estado de Derecho. “[...] El concepto de legalidad abarca no solo el control de las leyes, decretos y reglamentos, sino que, progresivamente, también alcanzó a los principios generales del Derecho, la jurisprudencia e, incluso, la Constitución” (Quintana, 2020, p.100). Esto debido a que la legalidad se asume como una concepción netamente administrativa en el derecho público clásico, atribuyéndola como unitaria, por lo que su aplicabilidad se restringe a todo el entramado de normas jurídicas.

En este sentido, la noción de legalidad absoluta se abandona, pero no se elimina frente a la idea del Estado de Derecho, en donde se admite la constitucionalidad como aquel discernimiento que no solo se enfoca en la exclusividad del principio de legalidad (administrativo), sino que reconoce la inexistencia de los controles en ámbitos administrativos o jurisdiccionales que se hacen manifiestos en todas las diferentes áreas de la norma positiva.

El reconocimiento de la Constitución como norma suprema, no extingue la legalidad, únicamente la limita a ciertas áreas del derecho, mientras que la Constitución reserva para sí misma la garantía determinante del contenido de los derechos fundamentales, rechaza así, que la legalidad pueda hacerse cargo de este último. Consecuentemente, la legalidad no desaparece, simplemente se conforma como un elemento de la constitucionalidad. Es de esta forma, como la constitucionalidad no se fragmenta, contrario a lo que sucede con la legalidad, esta puede ser específica y de aplicabilidad para cada rama o materia del derecho (ordenamiento jurídico), pero esto no ocurre con la constitucionalidad, esta es única, suprema y fundamental.

Supone así, que la legalidad se encarga de ocupar conflictos propios de cada área del derecho, sin perjuicio de que se vinculen o se observen normas constitucionales, mientras que “la constitucionalidad vigila la sujeción de las conductas públicas y, en algunos casos, privadas, a la Norma Fundamental, la cual cuenta con juez propio para conocer y sancionar la inobservancia a la Constitución sea porque se vulneran derechos fundamentales, o porque la conducta no se acopla a la supremacía formal y material de ella” (p.101).

El conflicto existente entre la constitucionalidad y legalidad radica en primera instancia en la materia de competencia ante el juzgador. El juzgador constitucional no puede conocer áreas o esferas que son de competencia de un juzgador ordinario. Para tal efecto, las acciones constitucionales no se le puede conceder al peticionario cuando a través de la discusión de fondo, pretenda interponer argumentos relativos con la violación de derechos y, que la misma, resulta que es competencia estricta de la vía ordinaria. Un segundo componente es que, no puede existir ninguna confusión entre el contenido y fuente del derecho que supuestamente se ha vulnerado; para ello, “el juez debe actuar frente a violaciones directas a derechos fruto de una omisión o de un acto cuando esa afectación se interfiera con el contenido esencial de aquellos” (Pérez Tremps, 2004).

Por ello, los derechos subjetivos tienen tres fuentes: la Constitución, tratados internacionales y la naturaleza propia e inherente a cada persona. Pedro (2006) determina que la Ley no se constituye como una fuente de derechos debido a que no se encuentran consagrados dentro de estos como tal los derechos, sino que únicamente los regula imponiéndoles condicionamientos para la habilitación de su ejercicio a través de requisitos, limitaciones y entre otros mandamientos. Esto es porque la Constitución obedece en esencia a su propia concepción de norma general y, desde su misma dogmática, se establece que no puede, ni debe normar porque se instaure desde la positividad y no se apega a la adjetividad de la norma, la cual delega a la ley mediante un proceso la atribución de cumplir con dicha tarea.

Por otra parte, Quintana (2020) efectúa un análisis elemental sobre la consideración que los juzgadores constitucionales deben tener clara con respecto al contenido, ámbito o alcance del derecho transgredido, puesto que, este insta una verdadera limitación entre la legalidad y la constitucionalidad. Resultaría inadecuado entonces, asegurar que todo derecho derivaría en objeto de resolución por medio de una acción de protección. Por lo que, como una medida que permite evitar incurrir en dicha equivocación, el juez constitucional, deberá tener claro el ámbito material (accidental) y ámbito esencial (jurídico-protegido) del derecho en cuestión (llamado también núcleo duro).

En su mayor parte, el contenido de los derechos se enmarca dentro de un contexto o ámbito determinado de la actividad (familiar, empresarial, laboral, política); sin embargo, no todos los comportamientos que generalmente se desprenden de dichas conductas tiende a obtener protección constitucional, sino solamente aquellas que en esencia son parte de este escenario. Todos los derechos poseen un contenido determinado, implicando límites asimismo internos, fronteras que delimitan el comportamiento o personalidad humana que cada derecho protege y garantiza. A esto se lo conoce como ámbito jurídicamente protegido y comprende una protección integral, si transciende estos límites, el derecho deja de gozar de una protección constitucional.

Por lo que, su limitación responde a una sistemática interpretación constitucional y a la finalidad del mismo derecho. Martínez & De Domingo (2010) señala que la acción de protección buscará garantizar dicho derecho, siempre que la acción u omisión, transgredan el contenido del derecho violentado, más no implica un análisis de la fuente de la que este proviene. La cuestión radica así, no en el análisis de la competencia de la materia, sino en la transgresión del derecho y, por ende, en la competencia del juez para determinar si efectivamente existió alguna vulneración.

Finalmente, los jueces no podrán rechazar una acción de protección alegando fundamentos que deriven de la incompatibilidad de un derecho con la Constitución; es decir, que el derecho pertenezca a una ley porque en este caso, todas las acciones terminarían por ser negadas debido a que la generalidad de los derechos se despliega por medio de legislación secundaria. Como un aspecto adicional, el juzgador podrá verificar, a priori a la aceptación o negación de la acción de protección, dos circunstancias que pueden trastocar la decisión, por una parte, la vulneración esencial del derecho –lo que no se vincula en nada con su fuente- y que el camino idóneo para resolver dicha violación sea únicamente la garantía y no otra vía. “De ahí que la acción de protección tiene por objeto la tutela de derechos vulnerados por actos u omisiones siempre que afecten a su ámbito o contenido constitucionalmente amparado” (Quintana, 2020, p.105).

En definitiva, pese a que la Constitución no despliega un catálogo holístico de los derechos, su contenido dogmático no se agota en un establecimiento taxativo de estos, abriendo la puerta a los derechos subjetivos que no se encuentran incluidos en el derecho positivo, como aquellos que derivan de la dignidad humana y que se tornan necesarios para garantizar su cumplimiento. Lo que se refleja en una tutela de todos los derechos, sin importar el reconocimiento que de este se desprenda sobre la base constitucional e internacional o que su desarrollo se concentre en una ley subjetiva o positiva, siempre que este, afecte al eje o contenido central del mismo y para esto se establece el proceso de selección y revisión.

El proceso constitucional de selección y revisión

La Corte Constitucional del Ecuador se instaura como un organismo de control, administración e interpretación de la justicia constitucional, por lo que, su competencia radica en efectuar interpretaciones de ámbito constitucional. “La jurisdicción constitucional es la potestad conferida por la Constitución a los órganos respectivos, para conocer y pronunciarse sobre asuntos en materia constitucional” (Jaramillo Huilcapi, 2011, p.36). Una de las principales premisas de la jurisdicción constitucional es el litigio que conlleva a la materialización de la

garantía y la salvaguardia de los derechos fundamentales vulnerados.

La justicia constitucional se rige bajo principios, mismos que se determinan como mandatos de optimización, sobre estos, se determina que “[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 2008, p.14), es decir, su cumplimiento se genera desde grados diferentes dependiendo de las características antes mencionadas. Sobre las posibilidades jurídicas, estas han sido determinadas a través de reglas y, por ende, de principios que juegan contrariamente (proporcionalidad de la pena por tráfico de marihuana).

Por otro lado, las reglas se configuran como normas que en definitiva ordenan el cumplimiento de algo, son entonces, normas condicionadas a las que se les denomina como mandatos definitivos (prohibición de torturar). Al ser un mandato definitivo, su cumplimiento deberá ser aplicado en su integralidad. Por lo que, “[...] la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, debe procurar el progreso de los derechos fundamentales, pues, sería impensable que, el Estado retroceda en el cumplimiento de su compromiso social” (Jaramillo Huilcapi, 2011, p. 39).

Ávila Santamaría (2009) enfatiza en que los principios sirven como estándares de interpretación, son entonces, la manera en que estos permiten valorar significativamente el régimen jurídico, así como el análisis y resolución de las antinomias (contradicción de las normas) y las anomias (lagunas jurídicas). Con la evolución del derecho, el pragmatismo jurídico se concentra en perspectivas de interpretación constituyéndose un sustento para el progreso y evolución de los derechos constitucionales.

Es así como, los mecanismos de interpretación constitucional se basan en criterios de interpretación, que son instrumentos indispensables para las autoridades jurisdiccionales requeridas al momento de vincular el contexto real con los principios constitucionales y, con ello, modificar las disparidades sociales.

Estas herramientas tienden a efectivizar la justicia comprendida como un todo integral que abarca la seguridad jurídica en la búsqueda por alcanzar la imparcialidad constitucional.

El autor en mención establece que la exégesis constitucional es metódica y finalista que inquiriere en criterios más extensos para la garantización de los derechos fundamentales. Generalmente, se afirmaría que dichos criterios recogen estas directrices: “[...] (a) que un mayor número de derechos se hicieran tutelables, (b) con menos trabas meramente procesales; y, (c) con una primacía más clara del derecho constitucional sobre el derecho común. Las herramientas con las que debe contar el sistema de justicia constitucional a desarrollarse deben ser los principios y criterios constitucionales que la norma fundamental reconoce” (p.72).

Al ser la Constitución la norma suprema, el precedente se configura como un custodio constitucional adquiriendo fuerza vinculante; es decir, sirve como un mecanismo de interpretación constitucional y de normativa legal ordinaria de conformidad con la misma Constitución. En este sentido, Pazmiño (2021) menciona que la Corte Constitucional tiene como potestad la creación de estos precedentes, así como, la selección y revisión de los fallos de las garantías constitucionales que se determina como una más de sus facultades.

La Corte Constitucional considera que “[...] a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en una instancia de apelación, dado que esta competencia no se enfoca a la reparación exclusiva de derechos subjetivos; por el contrario, su objetivo radica en la generación de derecho objetivo mediante el desarrollo de jurisprudencia vinculante” (Aguirre Castro, 2019, p.225). El proceso de selección y revisión tienen como cimiento el *certiorari*, el cual consiste en un procedimiento que revisa todas las acciones y decisiones adoptadas por los tribunales inferiores.

Las garantías jurisdiccionales en Ecuador pueden ser fragmentadas en

dos categorías: la primera que recae sobre el conocimiento de Corte Constitucional y otras que son de conocimiento de cortes provinciales y de primera instancia. Sobre estas últimas, Pazmiño (2021) señala que por mandato legal y constitucional deben ser remitidas y puestas en conocimiento de la Corte Constitucional a través de la selección de estándares específicos y, que a la vez, generen jurisprudencia vinculante mediante una acción de revisión, siendo su objetivo principal garantizar la aplicabilidad de los principios constitucionales, coherente y consistentemente, por parte de los operadores de justicia.

“El proceso de selección es un mecanismo de disciplina del precedente, ante cuya inobservancia, la Corte puede y debe imponer el criterio jurídico final” (Aguirre, 2019, p. 102). La selección y revisión determinan tres ejes fundamentales: el primero, el procedimiento; el segundo, los parámetros de selección; y, el tercero, las consideraciones básicas. En la siguiente tabla se detalla cada uno.

Tabla 1.-Normas básicas del proceso de selección y revisión

Normas básicas del proceso de selección y revisión		
Procedimiento	Parámetros de selección	Consideraciones básicas
<p>- Remisión: una vez se ejecutorie los fallos de las garantías ordinarias, en el término de tres días, se remiten a Corte Constitucional.</p> <p>- Selección: la Corte Constitucional elige discrecionalmente las sentencias para ser revisadas.</p> <p>- Resolución: la Corte Constitucional, en 40 días término, dictará</p>	<p>La Corte ha de fundamentar el auto de selección de la sentencia que ha sido elegida, cumpliendo con al menos uno de los siguientes estándares:</p> <p>- Gravedad: este criterio se rige por la condición del sujeto, nivel de la irrupción de la protección del derecho, materia regulatoria del caso, fallo afirmando la vulneración del derecho, otras consideradas por la Corte.</p> <p>- Novedad: inquiera en promover seguridad jurídica abarcando el principio de igualdad de conformidad con el discernimiento de las</p>	<p>- Solicitud de selección de sentencia: la Corte, así como el Defensor del Pueblo, podrá solicitar la selección de las sentencias por las causales determinadas.</p> <p>- Exclusión: al excluir a la sentencia, esta no necesitará de motivación alguna.</p> <p>- Registrar y controlar: la Corte es la encargada de designar los mecanismos</p>

<p>sentencia de revisión.</p> <p>- Exclusión de revisión: de no ser elegida, posterior su recepción y contados 20 días, la sentencia se comprenderá como excluida de la revisión.</p>	<p>autoridades jurisdiccionales constitucionales en contextos análogos para generar precedentes jurisprudenciales.</p> <p>- Negación: mediante este criterio la Corte analiza si los operadores judiciales cumplen con los estándares con respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales, ante su inobservancia, la Corte impondrá un criterio jurídico.</p> <p>- Relevancia: es la trascendencia del asunto decidido, valorado desde las disputas sociales, grupos o movimientos vulnerables, así como de los efectos relevantes para la sociedad.</p>	<p>para su registro y control.</p> <p>- Exenta de recurso: no cabe ningún tipo de recurso sobre las decisiones de Corte Constitucional.</p> <p>- No suspende efectos: la selección y revisión no suspenderá los efectos de la sentencia de primera instancia.</p>
---	---	---

Elaboración propia

Fuente: Aguirre Castro (2019), Pazmiño (2021), (CCE, 2019), (LOGJCC, 2009)

Si bien, la Sala de Selección de la Corte Constitucional elige, de manera discrecional, las sentencias para generar jurisprudencia vinculante; es necesario que dentro de los procesos de selección, revisión y motivación se observen normas básicas, las cuales determinan aspectos trascendentales para poder efectuar una adecuada tramitación del procedimiento acorde con la norma constitucional, mismas que deberán ser fundamentadas. Pese a que la LOGJCC (2009) no establece enfáticamente que dichos parámetros deben ser cumplidos con frecuencia se ha señalado que al menos uno de estos se debe aplicar con especial atención, siendo este la gravedad del asunto, puesto que aquellos en los que se evidencie una transgresión de derechos y que ameriten una reparación deben tener mayor prioridad, tal es el caso, del análisis jurisprudencial efectuado por la CCE, con relación al derecho a la salud de mujeres embarazadas.

CAPÍTULO II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR CON RELACIÓN AL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES EMBARAZADAS

Este capítulo comprende un análisis jurisprudencial de la sentencia emitida por Corte Constitucional del Ecuador ante la falta de atención médica a una mujer embarazada y la vulneración de derechos conexos, así como, un abordaje crítico sobre el desarrollo de la misma en cuanto a forma y el fondo de su contenido.

Temática a ser abordada

Acceso a la salud de mujeres embarazadas mediante acción de protección. Análisis de la sentencia n°.904-12-jp/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.

Esta sentencia efectúa un análisis sobre la vulneración de derechos constitucionales suscitados ante la falta de atención médica de la Señora Nole Ochoa, mujer en estado de embarazo, quien acudió al Hospital del IESS, de la ciudad de Machala, con dolores de parto, recibiendo inicialmente, un trato degradante en la atención médica por parte del personal de la casa de salud y posterior al parto y alumbramiento, no fue asistida adecuadamente, por no disponer “vigente su derecho”, relativo con sus aportaciones, lo que deriva en que la afectada sea trasladada a otro hospital público por supuestas complicaciones médicas; además, se violentó su derecho al acceso a información sobre su salud.

Ante esto, la afectada presenta una acción de protección en contra del IESS, siendo esta aceptada por la jueza que conoció inicialmente la causa y ratificada en segunda instancia, una vez que los demandados presentaron recurso de apelación. La sentencia llega a Corte Constitucional del Ecuador (CCE), a través del proceso de selección y revisión, esta se declara competente para la expedición de sentencias de conformidad con el art. 436 (6) de la CRE y artículos 2 (3) y 25 de la LOGJCC, que determina jurisprudencia de carácter vinculante o

precedente *erga omnes*. En este contexto, la CCE establece dicho precedente mediante un análisis en el que precisa y corrobora la vulneración de derechos constitucionales (salud) ante la falta de atención médica vinculándolo con un tipo de violencia obstétrica, así como, la conexidad con otros derechos.

Puntualizaciones Metodológicas

La metodología implementada en este estudio es de tipo cualitativa, la cual “[...] permite comprender, hacer al caso individual significativo en el contexto de la teoría, reconocer similares características en otros casos” (Vasilachis de Gialdino, 2006). Utiliza como herramienta al estudio de caso para un abordaje holístico, definiéndolo a este como un “[...] estudio de la particularidad y de la complejidad de un caso singular, para llegar a comprender su actividad en circunstancias importantes” (E. Stake, 2007) y tendiendo a focalizar, sucesos o situaciones para analizarlos desde una comprensión contextual y conceptual, de forma analítica e integral todo el desarrollo de la sentencia y estableciendo una postura crítica de favorabilidad o desacuerdo, siempre estudiando las argumentaciones teóricas y jurídicas centrales expuestas en la misma, conjuntamente, con las relaciones empíricas de los hechos fácticos.

Antecedentes del caso concreto

Jessika del Rosario Nole Ochoa, de 27 años de edad, afiliada al IESS por la empresa Mariscos del Ecuador (MarEcuador Cía. Ltda.), acudió durante todos los controles prenatales al Hospital Provincial del IESS, Regional 9, en Machala. La empresa, hasta ese momento se encontraba al día en sus aportaciones.

El 21 de mayo de 2011, aproximadamente, a las 18h00, la señora Nole Ochoa, ingresa al Hospital de Seguro de la ciudad de Machala, con dolores leves de parto. Cerca de las 23h00, del mismo día, sus dolores de parto empiezan a ser más frecuentes, fuertes e intensos, ella afirma que: “[...] transcurrió el tiempo y me encontraba gritando dentro del referido Hospital sin que nadie me prestara la correspondiente ayuda [...] gritaba y gritaba para que ella me ayude (la enfermera Claudia Sigüenza) [...] ella estaba en una camilla chateando con un teléfono

mientras que yo gritaba de dolor porque ya el niño estaba saliendo...” (CCE, 2019)

El 22 de mayo, a las 00h50, el parto se produce, según la señora Nole Ochoa, el nacimiento del bebé se da sin ningún tipo de asistencia médica, mencionando que:

[...] se me vino mi bebé que en un acto normal de madre lo cogí del bracito para que no se caiga y evitarle golpes en ese rato la Doctora y su compañero se estaban recién poniéndose los guantes [...] no es verdad que me proporcionaron un ginecólogo y me realizaron intervención quirúrgica [...] estaba perdiendo mucha sangre [...] mi cuerpo se estaba poniendo helado [...] yo ya no aguantaba y es algo desesperante cuando uno ve la muerte, está cerca y es algo horrible [...] en carne viva me descosieron y volvieron a coses [...] hasta de paso me desmayé [...] (p.3).

Posteriormente, de haber recibido atención de emergencia, por una hora, debido a que el útero se habría desgarrado y sufrido una hemorragia. La señora Nole Ochoa, hasta las 04h30, permaneció sola en el quirófano. A esa misma hora, aproximadamente, el personal médico de esta casa de salud le informa que debe marcharse por haberse dispuesto su traslado al Hospital Teófilo Dávila, por *no poseer vigente su derecho*. Al considerar que, según la abogada del IESS, la paciente no tenía al día sus reportes y el pago de sus aportaciones; por consecuencia, le solicitaron que se traslade al hospital referido. En la historia clínica, se hace constar que: “Pcte (sic) se verifica vigencia de derecho y paciente no cumple por lo que se le atendió la emergencia y se deriva al hospital Teófilo Dávila” (p.3).

Decisiones de primera y segunda instancia

Primera instancia: la acción de protección recayó sobre la jueza del Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro, misma que es aceptada por reunir todos los requisitos de procedibilidad y emite auto de admisibilidad. En la demanda presentada por la señora Nole Ochoa (2011)

manifiesta que presenta la acción de protección para que se pueda hacer justicia frente al trato inhumano, cruel y degradante que recibió por parte del personal médico del IESS. Declara, además, que no solo se vulneraron sus derechos, sino que también se pudieron ver afectados los de su neonato alegando, de esta forma, que se debe dar admisibilidad a la acción de protección, por cuanto, es fundamental que estas situaciones no se vuelvan a repetir. La pretensión de la persona afectada radicó en solicitar compensación económica por el daño que se ha producido; garantía de no repetición de que esta situación (acción u omisión) no se volverá a repetir; y, disculpas públicas por parte del Municipio de Machala.

Posteriormente, a efectuarse el trámite respectivo fundamentado en los artículos 32, 34, 43 (3) y 44 de la Constitución, entre otros, la jueza otorga un fallo favorable dando lugar a la acción de protección interpuesta por la señora Nole Ochoa ante la evidente vulneración de sus derechos constitucionales al no haberse prestado una atención apropiada por parte del servidor público, negándole una atención médica preferente y especializada a la que ella y su niño recién nacido tenían derecho.

Ante esto, la jueza de primera instancia dispone una reparación integral ante el perjuicio ocasionado, mediante medidas de carácter material e inmaterial, con el objetivo de restituir a la víctima al estado anterior al cometimiento de la vulneración para lo cual incluye una reparación económica como compensación por los gastos médicos en los que incurrió la señora Nole Ochoa en su recuperación posparto. Esta medida adoptada es una de las más frecuentes ante los contextos de vulneraciones de derechos humanos; sin embargo, pese a que esta constituye una medida rápida y justa, no se torna del todo clara en la sentencia porque no instaura el monto concreto que el Estado debe cancelar desde el órgano competente.

De la misma forma, se dispone como medida de satisfacción disculpas públicas a través de un periódico de gran afluencia y circulación, en una página completa, pero por parte del Director de esta casa de salud, lo cual es lo correcto, puesto que en la demanda se solicita al Municipio, entidad que es ajena a la causa. Esta determina, asimismo, una medida simbólica que pretende compensar, al menos en una parte, la dignidad de la persona. Finalmente, como garantía de no

repetición señala que el IESS deberá adoptar medidas necesarias y pertinentes para prevenir y evitar que estos sucesos vuelvan a ocurrir, frente a esto, si bien se contempla por parte de la jueza este tipo de medidas, no se establece cuáles y por consiguiente esto supone una generalidad y no una especificidad, la cual queda a consideración de la entidad, en este caso el IESS, que se la pueda elaborar, inhibiendo su oportuno seguimiento y aplicación. Ante dicho pronunciamiento se genera inconformidad por los demandantes -IESS y Procuraduría General del Estado-, los cuales interponen recurso de apelación (Nole Ochoa, 2011).

Segunda instancia: en Corte Provincial del Oro, se conoció la causa, confirmaron la sentencia, pero efectuaron una leve reformatoria a la sentencia con lo referente a la reparación integral, dejando sin efecto las disculpas públicas al Municipio de Machala, por cuanto es una institución que no tenía ninguna relación dentro del proceso, lo cual es un aspecto acertado por parte de los jueces de Corte Provincial. Dicha decisión fue remitida a la CCE, donde la sala de selección resolvió elegir este caso para el desarrollo de jurisprudencia vinculante.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

El precedente constitucional no estaba contemplado en la Constitución, sino hasta la publicación de la actual normativa en el 2008, estableciendo que la CCE, pueda expedir resoluciones que determinen dichos precedentes. Esta facultad otorgada en materia constitucional es una innovación de gran importancia por dos aspectos esenciales: porque constituye un mecanismo que unifica la aplicabilidad de la normativa constitucional. Los efectos que versan del carácter vinculante sobre los pronunciamientos, como lo es en el contexto de la selección y revisión, no solamente se orienta en una reparación de los derechos subjetivos, por el contrario, se encauza en la concepción del objetivo por medio de la jurisprudencia vinculante erga omnes para todos los juzgadores que tengan la competencia de conocer garantías constitucionales, asimismo, de convertirse en un precedente (Aguirre, 2017).

Al ser la CCE el organismo máximo de la administración de la justicia constitucional es el encargado de corregir las transgresiones de derechos

constitucionales que fueron atendidos indebidamente por los juzgadores ordinarios (Guapizaca Jiménez & Marroquín Ruiz, 2020). Por ende, la Constitución incorpora como una de las competencias de la CCE, “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (2008, art. 438, num.6). Esta revisión se establece sobre las sentencias emitidas por los jueces ordinarios en las acciones referidas anteriormente, a nivel nacional.

De la misma forma, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) (2009) determina la aplicabilidad de los principios más favorables y la optimización de los mismos en cuanto a su creación, interpretación y aplicación de los derechos. Además, señala la obligatoriedad del precedente en los casos expuestos y los cuales tienen fuerza vinculante, menos aún, puede negarse a la administración de la justicia por contradicciones, conflicto, obscuridad o falta de norma jurídica, en todos los procesos, que por medio del método de selección lleguen a su conocimiento.

Es así como, al ingresar esta causa a la Sala de Selección (CCE, 2012), esta pasó por un análisis constitucional, en el cual se fijaron argumentos sobre la relevancia constitucional mediante los siguientes parámetros:

- *Gravedad*: se determinó que existe vulnerabilidad del derecho a la salud de la mujer embarazada, que además, forma parte del grupo de atención prioritaria, transgrediendo derechos conexos como la vida, integridad y dignidad de la mujer y que las vías ordinarias judiciales no son adecuadas para la reparación integral del derecho.
- *Novedad del caso*: es un caso nuevo por su vinculación con los derechos y garantías determinados en la Constitución.

- *Falta de precedente judicial*: la CCE no ha remitido pronunciamientos relacionados con este problema jurídico referente con casos análogos partiendo de la vigencia de la LOGJCC.
- *Cambio de precedente*: no aplica al cambio de este precedente judicial.
- *Incumplimiento de precedente*: no se debe dar inobservancia a los pronunciamientos efectuados por la CCE.
- *Relevancia nacional*: este caso, debido a su naturaleza y particulares, produce un impacto social, político y económico, vinculado con una transgresión a la vigencia y goce efectivo de los derechos.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

En lo que respecta al análisis efectuado por la CCE no se evidencia que se formulen problemas jurídicos como normalmente habitúan ser señalados en sentencias de CCE, en especial, a modo de preguntas. Según Viehweg citado en Beltrán Calfurrapa (2012) un problema jurídico está determinado por ser un tema con una única respuesta y que necesita solamente de argumentos para su abordaje y resolución.

Por lo que, no se hace imprescindible el planteamiento del problema, es suficiente con explicar *a grosso modo* el contexto que pretende analizarse, como en este caso se lo hace. Esto se complementa con Atienza (2013) que señala que los problemas jurídicos deben contener “una naturaleza bivalente: aceptar o no un recurso, anular o no una norma” (p. 90). Por ende, esta sentencia sí cumple con lo antes mencionado puesto que se orienta a establecer la vulneración del derecho, aludiendo al siguiente contexto:

- *Derecho de mujeres embarazadas y de las niñas y niños a recibir atención prioritaria*: al estar en situación de requerir un servicio, sea público o privado, este debe tener prelación a los miembros quienes conforman el grupo de atención prioritario, en este caso, la Señora Nole Ochoa, quien al no tener “vigencia del derecho” por la mora en sus patronos y aportaciones, no solo no se le otorgó la atención como afiliada; sino que además, se le negó el trato preferente de mujer embarazada.

- *Derecho a la atención a la salud:* se evidencia que pese a la disponibilidad de personal y establecimiento médicos no se atendió con la debida diligencia; inaccesibilidad que se dio por cuestiones burocráticas (mora de prestaciones) que en realidad no fueron incumplidos, así como, la falta de información de manera oportuna de la paciente; inaceptabilidad en el trato porque no se prestó atención personalizada; escasa calidad en la atención puesto que no se proporcionó cama, personal especializado, equipos e instrumental necesario para que la paciente evite dar a luz en un lugar y momento inadecuados.
- *Derecho a la salud de la mujer embarazada y violencia obstétrica:* no fue atendida y valorada por un ginecólogo, sufrió abandono e indiferencia por varias horas, dio a luz sin la presencia de un médico, la atención médica fue suspendida luego del parto, fue obligada a trasladarse a otro hospital pese a su condición de gravedad, fue separada por varias horas de su hijo, no le otorgaron información adecuada y oportuna por su situación de salud.
- *Derecho a la seguridad social:* la atención fue totalmente negligente durante el parto y alumbramiento y con una visible ausencia de la atención prioritaria, personalizada y especializada.

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis

Parte fundamental con la que inicia la sentencia es la competencia y, según la cual, la Corte se pronuncia sobre su constitucionalidad aludiendo a normativa instaurada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) (2009) considerando que es competente para abordar dicho derecho vulnerado, por cuanto, busca optimizar los principios constitucionales y encauzarse hacia su cumplimiento; asimismo, porque observa la obligatoriedad del precedente constitucional al tener fuerza vinculante (art. 2, num. 2 y 3).

De tal forma que, no se excluye al control constitucional porque determina un precedente legal, jurisprudencia vinculante *erga omnes*, las afectaciones que

puede llegar a evitarse en los derechos fundamentales de las mujeres, especialmente embarazadas; y, el deber y obligatoriedad del Estado por garantizar, respetar y cumplir los mismos.

Una vez que se ha señalado los antecedentes del caso, establece el parámetro de análisis y fundamentación. Sobre las consideraciones previas, efectúa un análisis objetivo y crítico con respecto al ámbito del problema, específicamente, con respecto al acceso a la salud de las mujeres embarazadas haciendo especial relación con derechos de primera categoría como son la vida e integridad personal. Puntualiza estadísticas que delimitan las circunstancias reales, incluyendo fuentes nacionales e internacionales, por ejemplo, instaurando que durante el año 2011, murieron 241 mujeres embarazadas y en el año 2018 han sido 154 casos (Organización Panamericana de la Salud citado en CCE, 2019). Además, establece factores de riesgo para la muerte y defunciones fetales, siendo estas las siguientes:

- Número de gestaciones (multiparidad o multigestación);
- Deficiente o inexistente atención a la mujer embarazada
- Falta de atención en los servicios de salud

De la misma forma, determina la existencia de un precedente, gravedad y relevancia del asunto (LOGJCC, 2009), principalmente, por el acceso preferente que las mujeres embarazadas tienen al momento de gozar de su derecho a la salud y, por ende, deben recibir la atención y protección personalizada y especializada por parte del Estado. Asimismo, hace una especial contextualización a organismos internacionales como lo son las Naciones Unidas, Relatorías Especiales, Organización Mundial de la Salud, en las que señala las obligaciones de los Estados miembros por garantizar los servicios de maternidad gratuitos y obstétricos de emergencia, lo que evidencia que el Ecuador no solo se debe regir a la normativa nacional, sino también, poner especial atención a los parámetros internacionales, exhibiendo así, negativa por los precedentes judiciales. Además, esta inobservancia puede tener un alto impacto en los efectos que puede producir

no solo sobre la transgresión de un derecho, sino sobre varios de carácter constitucional.

Derecho a la salud

En cuanto a este derecho hace uso de argumentaciones críticas y teóricas con respecto al derecho a la salud, no solo pondera desde la posición que este ocupa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino que también, lo aborda desde el ámbito internacional, especialmente, relacionándolo con la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Asimismo, podría aludirse a precedentes jurisprudenciales como es el Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile, que dentro de una parte pertinente reitera una interrelación “[...] entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (CIDH, 2018, p.31). Entendiéndose así, que el derecho a la salud está estrechamente relacionado con la vida, la integridad personal y la dignidad de las personas.

Frente a esto, la precisión en cuanto a la autonomía, exigibilidad y justiciabilidad de este derecho es pleno, por cuanto, gozan de la misma importancia y jerarquía que los derechos de primera, segunda o tercera generación, pese a que no se determina como un derecho de abstención, este es un derecho prestacional (salud), cuyo goce efectivo garantiza de forma integral alcanzar una vida digna o integridad personal.

Desde los principios elementales, definen como un componente esencial de dichos derechos, enfocándolos desde una conceptualización, conjuntamente, con la relación empírica de los servicios y condiciones de los sistemas de salud como son: la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; buscando de esta forma, recalcar que dicho derecho está bajo la protección y efectividad de

estándares idóneos que dignifiquen a la mujer y no por el contrario. Sin embargo, muchas veces al relacionarlos con un nexo causal este termina por aislar otros elementos que también influyen en vulneraciones como manejo de residuos, prevención y contaminación ambiental.

Además, señalan las obligaciones estatales de respetar, proteger y cumplir. Esto con la finalidad de argumentar que el derecho a la salud debe adherirse a los niveles de obligaciones antes expuestos para lograr alcanzar la satisfacción suficiente que permita su goce efectivo. Frente a esto, la obligación de respetar no implica el presupuesto estatal, solamente, supone que el Estado debe evitar vulnerar o efectuar un perjuicio, constituye una obligación de abstención. Por su parte, la obligación de proteger, señala que se debe velar porque las instituciones, empresas o personas particulares no privaticen a los individuos del acceso o el ejercicio de los derechos. Y, por último, el de realizar, en donde el Estado debe fortalecer la accesibilidad a los recursos, medios y otros que garanticen la satisfacción del derecho a la salud.

Derecho de las mujeres embarazadas y de las niñas y niños de recibir atención prioritaria

Con relación al derecho a la salud deriva en el abordaje que plantea la CCE, iniciando con la normativa constitucional que contiene a la salud como un derecho fundamental de las mujeres, especialmente, la atención prioritaria y especializada que las niñas, niños y mujeres embarazadas deben recibir por organismos, instituciones y funcionarios que son parte de los ámbitos públicos y privados de la Red de Salud a través de un acceso oportuno, permanente y sin ningún tipo de exclusión o restricción a las acciones, servicios y programas que promocionen y brinden atención integral de la salud, salud reproductiva y sexual.

Enfatiza, asimismo, en la gratuidad de los servicios de salud materna, así como, la protección prioritaria y cuidado de la salud integral y de la vida de las mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y posparto. Al hacer referencia a este derecho, la sección cuarta, de los derechos de las mujeres en estado de

gestación, determinado por la Constitución del Ecuador, resaltan principios de no discriminación, igualdad, gratuidad, accesibilidad, calidad y disponibilidad de este derecho.

Otra cuestión relevante sobre este pronunciamiento es que realiza un acercamiento conceptual a lo que se refiere la atención especializada, puntualizando que esta “[...] exige que el servicio o prestación debe ser específico y adecuado para la necesidad de cada persona” (CCE, 2019), lo que cobra una especial importancia al momento de brindar la atención a una mujer, más si se encuentra en condiciones de embarazo, de que el derecho no debe ser exigido, sino que por el contrario, debe ser un deber prioritario de las instituciones y funcionarios estatales de ser brindado bajo los principios de “[...] equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética” (CRE, 2008, art. 32); tampoco, debe exigirse un compromiso económico o trámites burocratizados administrativos.

El derecho a la salud de la mujer embarazada y la violencia obstétrica

Destaca, asimismo, desde el contenido del derecho a la salud, principios vinculados con la no discriminación, la igualdad y la no exclusión de la mujer en la atención y servicios médicos, especialmente, en el embarazo, parto y posparto. Pero, principalmente, un elemento fundamental dentro de este, es un tipo de violencia de género, que es la violencia obstétrica.

Es relevante el abordaje que esta Corte plantea, al señalar a la violencia obstétrica como un tipo de violencia de género, específicamente, en contra de las mujeres, y sobre el cual no se ha desarrollado un concepto jurisprudencial con respecto a la también denominada violencia gineco-obstétrica, por lo que, se realiza un análisis argumental utilizando varios instrumentos internacionales como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, la Convención de Belem do Para y la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres del 2018.

Frente a esto, se insta una aproximación conceptual de la violencia contra la mujer, como todo comportamiento violento que causa sufrimiento, daño o muerte; sea en el ámbito público o privado. Y sobre este último se determina que se puede generar desde varios ámbitos, principalmente, en servicios y atención de la salud, señalando varios compendios, acciones u omisiones sobre los que se puede producir.

Además, genera una vinculación con lo que la Señora Nole Ochoa atravesó durante su permanencia en el Hospital del IESS sufriendo, reiteradamente, prácticas que se determinan como violencia obstétrica, siendo algunas de estas: durante el parto y alumbramiento no fue atendida por un especialista, más aún, cuando su situación se tornó en una emergencia; sufrió dolores por varias horas afrontando la indiferencia del personal médico; dio a luz sin ningún tipo de asistencia, solamente, al final, cuando el niño se encontraba fuera del cuerpo la asistieron; de manera injustificada y posterior al alumbramiento se suspendió toda la atención médica, pese a tener hemorragia uterina; fue trasladada en contra de su voluntad a otra casa de salud y pese a su condición grave; fue separada de su hijo como efecto de su negativa de atención a la salud y no le otorgaron información adecuada y oportuna sobre su contexto de salud, a ella y sus familiares.

Esto, como bien establece en su análisis la Corte, supuso una grave afectación al derecho a la salud, mismo que tiene conexidad con otros derechos como a la vida, dignidad humana e integridad física y psicológica de la señora Nole Ochoa. Esto genera un rechazo a los servicios de salud médica. Potenciando su vulnerabilidad y manifestaciones de violencia de género.

Medidas de reparación adoptadas por la Corte Constitucional

Las disposiciones emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador ratifican la declaratoria de los derechos vulnerados reconocidos en sentencias del Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro, de 19 de

octubre de 2011; así como, de la Corte Provincial de El Oro, emitida el 20 de abril de 2012.

Ante esto, es menester señalar, que las decisiones adoptadas se apegan a la normativa nacional y tratados internacionales, puesto que aluden a diversas medidas de reparación integral como “[...] 1) la restitución; 2) rehabilitación; 3) satisfacción; 4) garantías de no repetición; 5) obligación de investigar los hechos, determinar los responsables y, en su caso, sancionar y 6) indemnización compensatoria” (Calderón, 2013). La Corte determina como medidas reparatorias las siguientes:

- a) *“Ordenar, como compensación económica que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social reconozca a la señora Jessika Nole Ochoa los gastos de salud en los que incurrió al no ser atendida en el IESS”;*
- b) *“En equidad el IESS deberá entregar a la señora Jessika Nole Ochoa un total de \$5000,00, (cinco mil dólares americanos) por concepto del daño inmaterial producido por la violencia obstétrica” (CCE, 2019, p.18).*

Estas dos medidas determinan una compensación económica o indemnización compensatoria, misma que está fundamentada por instrumentos de carácter regional y universal, tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y la LOGJCC. Generalmente, estas medidas son las más habituales en materia de jurisprudencia de las Cortes. Es así como incluye una valoración por el perjuicio y daños sufridos por la señora Nole Ochoa, siendo estos materiales (gastos de salud incurridos) e inmateriales (violencia obstétrica); monto que ha dependido de las características de la vulneración del derecho.

- c) *“[...] Que en el término de un mes desde notificada esta sentencia, el IESS por una sola vez, publique en un periódico de amplia circulación nacional, las disculpas a la señora Nole Ochoa por la violación a sus derechos” (p.18).*

d) “[...] Durante los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como obligado principal y el Ministerio de Salud Pública como cartera de Estado [...] deberán difundir el contenido de la sentencia en la página principal de sus páginas web institucionales y en otros medios de difusión pertinentes para el conocimiento del personal médico público, privado y de la ciudadanía en general [...]” (p.19).

Estas constituyen medidas de satisfacción, las cuales buscaron la reintegración de la dignidad de la señora Nole Ochoa, logrando con ello, reencauzar su vida o memoria. Al respecto, con dichas disposiciones de la CCE se pretende que la víctima tenga un reconocimiento de su dignidad, así como, transmitir un comunicado que repruebe oficialmente las transgresiones de los derechos evitando las vulneraciones de derechos y la no repetición.

La publicación de disculpas públicas, así como, la de la sentencia en los sitios oficiales de las instituciones involucradas determinan medidas de reparación relacionadas con jurisprudencia vinculante como son los casos de Barrios Altos, Durand y Ugarte, inclusive, se ha integrado a estas, las difusiones de sentencias traducidas a idiomas de comunidades y pueblos indígenas como Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, entre otros; mismos que generalmente, disponen de un plazo máximo de seis meses desde la notificación de la sentencia.

Adicionalmente, las disculpas públicas instauran un acto público de reconocimiento ante la víctima que constituye la responsabilidad del accionado encauzado en satisfacer y dignificar a la víctima promoviendo que se reconozca públicamente su culpabilidad, ante la acción u omisión, que derivaron en la vulneración directa de la violación de sus derechos.

e) “[...] Que en el plazo máximo de un año desde notificada esta sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como obligado

principal y el Ministerio de Salud Pública como cartera de Estado [...] elaboren conjuntamente una guía integral de atención a las mujeres embarazadas y de prevención de la violencia obstétrica” (p.19).

f) “[...] durante los doce meses siguientes a la notificación de la sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Ministerio de Salud Pública como cartera de Estado [...] deberán efectuar un plan de revisión técnica a nivel nacional con el fin de verificar que los establecimientos de salud públicos y privados cuenten con todas las condiciones necesarias para atender a mujeres embarazadas, antes, durante y después del parto [...]” (p.19).

g) “[...] En el plazo de un mes desde notificada la sentencia, el IESS haga un llamado de atención a los servidores públicos que con sus acciones y omisiones provocaron la violación de los derechos de la señora Nole Ochoa” (p.19).

Estas medidas de no repetición dispuestas tienen un nexo causal con la vulneración del derecho, en contexto de fondo. Es decir, que al considerar que la transgresión del derecho a la salud en mujeres embarazadas es por acciones u omisiones del Sistema de Salud, ya sea público o privado, estos tienden a configurar un estándar recurrente de violaciones de derechos, para lo cual, la elaboración de directrices, protocolos, planes u otros documentos buscan a contribuir en su prevención y en la no repetición de sucesos similares.

Finalmente, las medidas de reparación obedecen a un tipo de justiciabilidad de los derechos establecidos por la Constitución, en la que parte por otorgar un alcance de reparación de forma integral en el marco de las garantías jurisdiccionales y, como segunda razón, porque conlleva no solo a la creación de sentencias jurisprudenciales, sino a las revisiones de casos excepcionales que permiten generar jurisprudencia vinculante, *erga omnes* y *restitutio in integrum* de conformidad con el artículo 86, de la Constitución (2008), que establece que ante la constatación de derechos vulnerados se ordenará la reparación integral, material e inmaterial, a la víctima.

Análisis crítico de la sentencia N°. 904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional sobre el acceso a la salud de mujeres embarazadas mediante acción de protección

En este apartado se realizará un análisis crítico con respecto a la sentencia N°. 904-12-JP/19 emitida por la Corte Constitucional sobre el acceso a la salud de las mujeres embarazadas mediante acción de protección relacionada con su importancia, apreciación crítica, métodos de interpretación y propuesta personal de solución del caso, lo cual permite efectuar una relación analítica de la misma.

Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano

La Constitución (2008) establece que las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad garantizar y amparar de manera directa y eficaz los derechos que en la Constitución se encuentran reconocidos, cuya interposición se podrá dar ante la vulneración de los mismos, por acciones u omisiones que supongan una privación al goce efectivo de los derechos, así como, su ejercicio. Ante los sucesos ocurridos, en el Hospital del IESS, la señora Nole Ochoa, decidió denunciar sus derechos vulnerados, a priori, durante y posterior al parto, los cuales suponen la conexidad con otros derechos como son la vida, dignidad, integridad física y psicológica de la víctima.

Frente a esto, la CCE reconoce y falla a favor de la Señora Nole Ochoa, por haberse violentado el derecho al acceso a la salud y el derecho a recibir atención prioritaria por su condición de mujer embarazada, conjuntamente, evidenciándose violencia obstétrica. Sobre este último, este organismo señala la falta de normativa en el ordenamiento jurídico y la necesidad de emitir jurisprudencia vinculante por cuanto no existe un precedente que evite y prevenga este tipo de vulneraciones.

Con esta sentencia, se crea entonces un precedente jurisprudencial importante dentro del marco normativo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por cuanto, tiene fuerza vinculante y determinará una diferencia notable porque puede

impactar realmente en la vida de quienes forman parte de dicha sentencia; pero a la vez, determina un tipo de litigio estratégico, el cual hace referencia a un instrumento jurídico que parte de casos individuales de vulneraciones de derechos humanos, promueven y procuran efectuar transformaciones o mejorar normativa o políticas públicas para que se instauren como respuestas más eficientes y eficaces del Estado con respecto a su obligación por garantizar derechos, evitar violaciones, principalmente, en este caso, a los derechos a las mujeres embarazadas como grupos preferentes y el acceso a la salud.

Debido a las acciones y omisiones del personal médico de salud representa un caso que conmociona socialmente. Una vez se ha sentado este como precedente, al ser normativa, es respetado y concretiza en sí mismo, un significado de disposiciones normativas de la estructura jurídica y aspectos fácticos que generan compendios circunstanciales que lo vuelven novedoso. Asimismo, su complejidad deriva en señalar la falta de normativa con respecto a la violencia obstétrica que requiere de una intervención urgente en políticas públicas o normativa que garantice los derechos de las mujeres. Finalmente, busca que este tipo de acciones u omisiones no se vuelvan una práctica repetitiva, sino por el contrario, que esto prevenga y evite este tipo de actuaciones.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional

Esta sentencia, inicia con consideraciones previas referentes con el derecho a la salud y el derecho de las mujeres embarazadas a recibir atención prioritaria citando a la Constitución del Ecuador como fuente inicial para, posteriormente, hacer énfasis en estadísticas que permiten entrever el impacto del verdadero problema que genera la falta y deficiente atención que las mujeres embarazadas enfrentan al llegar a estas casas de salud que son parte del IESS. Resalta a su vez, un problema de tipo estructural que las mujeres embarazadas asumen cuando hacen uso de su derecho a la salud, específicamente, en lo que respecta al acceso de la atención prenatal, natal y postnatal.

Derecho a la salud: este derecho efectúa un abordaje a la Constitución, Ley Orgánica de Salud, Ley de Seguridad Social y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como, el señalamiento de otros instrumentos como la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano es contentivo con respecto a este derecho; su normativa es amplia y reconoce su garantía, respeto y cumplimiento. La Constitución garantiza el goce efectivo de este derecho con la realización de otros como la alimentación, el agua, *la seguridad social* y otros que permiten alcanzar el buen vivir. Un aspecto realmente determinante es aquel que menciona “[...] el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva [...]” (CRE, 2008, art.32). Si bien, este apartado en específico no se menciona en la argumentación de este derecho, sí se señala de forma general al artículo. Sin embargo, es pertinente porque permite comprender la accesibilidad sin discriminación a los servicios y programas de salud bajo principios de calidad, eficiencia, eficacia y precaución, principios que se torna necesarios para asegurar su garantía y cumplimiento.

La salud, al ser un derecho constitucionalizado y vincularse con los derechos civiles y políticos se considera como un derecho fundamental y de exigibilidad directa e inmediata porque para garantizar a un individuo el derecho a la vida y a la integridad física y psicosocial, este tiene que gozar de una salud física y mental, así como, de los servicios de atención que permiten alcanzarlo. Este derecho por su reconocimiento en la Constitución tiene prioridad para el Estado, pese a su reconocimiento aún ha sido transgredido y, por lo tanto, la

responsabilidad absoluta, en el caso de los servicios de salud pública, recaen sobre el Estado sea esto por su acción u omisión.

Otro factor que se puede destacar es el análisis de este derecho desde las 4 A, elementos sustanciales de los DESC, especialmente, porque ejecuta una relación entre estos, el derecho a la salud y las condiciones prevalecientes que el Estado ecuatoriano en contextos de salud debe mantener.

Señala entonces en la sentencia: disponibilidad (asequibilidad), el cual hace referencia a números de establecimiento, bienes y servicios de salud, incluyendo componentes, condiciones y personal adecuado para el efecto. Accesibilidad, que integra la no discriminación, la accesibilidad física y económica y el acceso oportuno a la información. Aceptabilidad, relacionados con el respeto a la ética médica y cultural de las personas mejorando la salud de las personas. Finalmente, calidad (adaptabilidad) mismo que deriva en bienes y servicios aptos y eficientes. Es de esta forma como, la fundamentación que genera para este derecho es completa porque lo encauza desde un análisis doctrinario, jurisprudencial y empírico de los hechos fácticos que permiten efectivamente determinar la vulneración de este derecho.

Derecho de las mujeres embarazadas y de las niñas y niños de recibir atención prioritaria: la argumentación con la que este derecho es abordado radica en la Constitución, como fuente principal, aludiendo a los artículos 32, 35, 43; conjuntamente, con una interrelación de los sucesos suscitados. Este tipo de análisis, permite comprender de forma más amplia porque conecta la jurisprudencia con la realidad de los hechos. Al respecto, sobre estos derechos, la CRE (2008) determina la salud como un derecho que el Estado debe garantizar, debiendo las mujeres embarazadas recibir una atención prioritaria y especializada en cualquier contexto, sea este público o privado, principalmente, cuando estén expuestas a una situación de riesgo o vulnerabilidad.

Si bien, la CCE cita estos articulados, se pudo dar mayor énfasis en la normativa nacional o internacional que haga referencia a este contexto o inclusive jurisprudencia de Cortes Internacionales que permitirían mejorar el sustento más enriquecedor en su argumentación. Además, porque no solo se trata de la madre, sino del neonato que conforma el grupo de atención prioritaria. Si bien, el Estado no busca que la atención y acceso a la salud le sea negada a ningún ciudadano, esta acción y omisión se genera por parte de los servidores de salud que son parte de los establecimientos. Por lo que, termina por ser responsabilidad del Estado al no dar un seguimiento oportuno a los servidores, así como, acciones que permitan mejorar la atención y servicio ciudadano.

El derecho a la salud de la mujer embarazada y la violencia obstétrica: sobre este derecho se efectúa un análisis integral porque menciona varios instrumentos internacionales sobre la violencia en contra de la mujer, mismo que es menester señalar que sobre este tipo de violencia existe amplia normativa que lo respalda, inclusive, pese a que la Constitución no está citada en la argumentación de este derecho, esta instaure como garantía que el Estado deberá adoptar medidas que fomenten la igualdad y que prevengan, eliminen y sancionen la discriminación o actuación de violencia en cualquier ámbito, especialmente, en contra de las mujeres.

Con lo relacionado con la violencia obstétrica señala a la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; sin embargo, se evidencia que no existe suficiente normativa en lo referente a la violencia obstétrica. Pese a ello, determina un tipo de violencia de género y que constituye un aspecto vinculado con otros derechos como el de la salud, la vida y la integridad de la mujer embarazada. Por lo que nuevamente termina por ser una responsabilidad estatal, al no generar acciones que inhiban este tipo de violencia, que no la fomenten, sino por el contrario, se busque normativa o políticas públicas que inhiban el cometimiento de estas actuaciones que no solo atentan contra los derechos fundamentales de las mujeres, sino que pueden ser perjudiciales para el hijo y los familiares de la persona afectada.

Métodos de interpretación

Las sentencias emitidas por la CCE tienen carácter erga omnes, este se origina del modelo keynesiano, que surge como un mecanismo que permite afianzar la supremacía de esta jurisprudencia generada frente a las demás leyes (García, 2013). Ante esto, los métodos que la CCE ha utilizado según el análisis efectuado en la sentencia y que se encuentran estipulados en la LOGJCC (2009), son los siguientes:

- *“Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”*(art. 3, num5). Es así como, la CCE relaciona de manera lógica y coherente todo el contenido de la normativa como es la Constitución, Ley Orgánica de Salud, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y otros instrumentos internacionales que permiten fundamentar el desarrollo de la misma porque si bien la norma jurídica suprema es amplia en el alcance de los derechos, las normas inferiores permiten una mejor articulación para ampliar su conceptualización y comprensión. Busca así, dar mayor significancia a la enunciación de las normas mediante sentido de relación normativa para que los sucesos no se interpreten de forma aislada.
- *“Interpretación literal: Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación”* (art.3, num.7). Extrae de manera íntegra y textual la citación de normativa para efectuar una interrelación entre estas con los sucesos ocurridos. Además, procura a través de la enunciación de estos artículos que su inobservancia a vulnerado derechos fundamentales.

Propuesta personal de solución del caso

La perspectiva de este caso es íntegra y completa porque aborda de forma holística todas las concepciones teóricas y jurídicas necesarias que evidencian la

afectación de los derechos mencionados en este caso de estudio. La Constitución (2008) establece al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia y, por ende, los derechos aquí instaurados tienen un peso normativo referente con los derechos fundamentales y que se instauran de cumplimiento inmediato por parte del Estado ecuatoriano. El irrespeto a esta norma; así como, a los derechos ahí instaurados constituye una transgresión a los mismos, ya sea por acción u omisión, de un particular, servidor público o del Estado en general. En cuanto a la estructuración de la sentencia, el abordaje analítico y la motivación está completa sobre un cimiento de normativa vigente, aplicable y conexas, sobre todo en lo que respecta a la Constitución y otros instrumentos internacionales como fuente madre del derecho vulnerado.

Ante esto, dentro de la propuesta personal de resolución del caso, en cuanto a la estructura se abordaría de la misma manera que la contempla en la sentencia, pero añadiendo un lenguaje más comprensible en lo que se refiere a términos jurídicos y se adicionaría ciertos parámetros dentro de las temáticas generales incluidas en la sentencia como son:

- *Tramitación ante la CCE*: adicionar previo a lo citado en la sentencia emitida por CCE, un acápite en el que se establezca la facultad de selección y revisión para expedir jurisprudencia vinculante con carácter *erga omnes*.
- *Competencia*: se incluiría citas aclaratorias al pie con lo que contenido a cada uno de los articulados que se encuentran enunciados (esto en todo el desarrollo del caso en el que solo se mencione los números de los artículos), lo que haría una lectura más fácil al lector.
- *Fundamentos de hecho*: su contenido sería de la misma manera que en el desarrollo de la sentencia emitida por CCE.
- *Fundamentos de derecho*: dentro de este, se podría efectuar un análisis de la implicancia que la vulneración del derecho a la atención a salud de mujeres embarazadas como grupo prioritario genera en los derechos civiles y políticos como la vida, la dignidad o la integridad de una

persona. Es decir, para que la persona goce de una vida digna, se debe otorgar servicios públicos de calidad como es el acceso a la salud. Son, entonces, derechos básicos fundamentales e inherentes para que las personas puedan comprender la implicancia de los mismos y de su respeto. Seguido a esto, mantendría el desarrollo tal cual lo efectúa en el caso, realizando un cruce analítico entre lo teórico, empírico (a través de los sucesos y estadísticas) y jurídico, pero también, enfatizando un poco más en normativa internacional y casos que sean jurisprudencialmente vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para otorgarle mayor relevancia sobre el mismo.

- *Resolución*: en cuanto a la sentencia se ratificaría al igual que lo hace la CCE y se establecería las mismas medidas de reparación, pero adicionando, unas medidas que se señalan en la parte final de este capítulo.

Dentro de este apartado se pretende realizar un análisis más profundo en lo que respecta al contenido mismo de la sentencia, haciendo referencia al derecho a la atención prioritaria de las mujeres embarazadas, derecho a la atención de salud, el derecho a la salud de la mujer embarazada y violencia obstétrica se destacaría, de igual forma, la misma jerarquía que dentro de la estructura y el abordaje que la CCE efectúa al reconocer la vulneración de este derecho empezando con la utilización del instrumento de superior jerarquía como es la Constitución y que, además, constituye fuente principal de los derechos fundamentales en el Ecuador haciendo uso de algunos de los siguientes articulados 363 (6), 32, 35, 43, entre otros. Asimismo, el establecimiento de la normativa nacional e internacional como la Ley Orgánica de Salud y de Seguridad Social, Observaciones generales del Comité de los DESC y el uso de fuentes estadísticas sobre la problemática y situación reflejada en los sistemas de salud públicos ecuatorianos relacionados con la deficiente atención prestada a las mujeres embarazadas, mortalidad de las madres, defunciones fetales, causas, factores de riesgo, etcétera; contexto necesario para una mayor aproximación con la realidad.

Cabe destacar el material doctrinario que utiliza en la sentencia, esencialmente, los elementos necesarios e interrelacionados que comprende el derecho a la salud, en todas sus manifestaciones y niveles, que permite entrever las condiciones que deberán prevalecer en un Estado para que este derecho pueda garantizar el goce efectivo del mismo como son las 4A: asequibilidad (disponibilidad), accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad (calidad). Este es un enfoque mínimo desde una perspectiva empírica y que determina componentes básicos para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados frente a los DESC. Por lo tanto, este abordaje es complementario y que se incluiría en la propuesta de sentencia efectuada dentro del caso de estudio.

Sin embargo, dentro de la fundamentación del mismo no se incluye jurisprudencia vinculante. Es así como, en lo que respecta a esta propuesta se incluiría normativa emitida por la CIDH como es el caso de *Poblete Vilches vs. Chile*, en el que por primera vez se da un pronunciamiento sobre las transgresiones de este derecho como un tipo de exigibilidad directa al ser un derecho fundamental y no desde vinculaciones atadas a los derechos civiles y políticos. Además, se destaca el abordaje que se da al derecho a la salud por cuanto ya no se lo atribuye como un derecho prestacional, sino que por el contrario, le otorga un alcance autónomo, justiciable y exigible por sí mismo y que goza de igualdad jerárquica.

Sobre la violencia obstétrica se incluiría, de similar forma, el análisis como un tipo de violencia de género y como este puede impactar de forma negativa en la atención que se le otorga a la mujer, pero más aún, se lo enfocaría como una problemática estructural que se agrava con mayor intensidad ante los servicios que el sistema de salud ecuatoriano presta a las mujeres embarazadas y, con ello, las consecuencias que generan sobre las mismas. Incorporaría, así también, concepciones determinadas por instrumentos nacionales e internacionales que dan mayor relevancia a este problema.

Con lo relacionado a la reparación integral, la CCE destaca las medidas ordenadas que buscan reparar el derecho vulnerado, pero además, evitar nuevas transgresiones de estos mismos derechos como la guía integral de atención y el plan de revisión técnica que permiten garantizar el derecho a la salud de las mujeres embarazadas y que inciden de forma directa en el respeto, ejercicio y cumplimiento de los derechos que en esta sentencia se analizan para evitar su repetición y obligarse como instituciones estatales a un trato prioritario de las mujeres embarazadas en la atención y acceso de calidad a la salud, aspecto que se incluiría como lo hace en la sentencia.

Finalmente, ante las limitaciones existentes en la sentencia emitida por la CCE se determina lo siguiente: primero, existió falta de motivación, según el artículo 76, numeral 7, literal 1, de la Constitución; y, artículo 4, numeral 9, de la LOGJCC, especialmente, porque no se estableció ninguna conexión con relación a la vulneración de otros derechos vinculantes como son la vida, la integridad personal y la dignidad de la persona que se ven afectados ante la transgresión de otros derechos como son el derecho a la salud y atención de la salud. De la misma manera, no se enfatizó en otras garantías constitucionales que se vulneraron de forma parcial como el habeas data relacionado con el obstáculo que existió para que se le entregase a la señora Nole Ochoa su historial clínico y que tras varias insistencias se lo hizo, pero de forma incompleta. Dentro de este parámetro sería fundamental que se incluya este derecho.

Segundo, no se estableció medidas de responsabilidad y repetición, señaladas en el artículo 20, de la LOGJCC, ante la declaración de vulneración de varios derechos, especialmente, con aquel relacionado con la violencia obstétrica que sufrió la señora Nole Ochoa, debiéndose remitir el expediente ante las instituciones y autoridades competentes para que inicien las investigaciones necesarias y se pueda instaurar sanciones administrativas como sumarios a los funcionarios, destituciones u otros ante la negligencia generadas por su persona con la paciente. Asimismo, remitir a Procuraduría General del Estado para que se

pueda iniciar con las acciones administrativas correspondientes a los funcionarios implicados en este caso.

CONCLUSIONES

La acción de protección garantiza sobre manera el acceso al derecho a la salud en mujeres embarazadas y otros derechos que se hayan vulnerado, sea estos por acción u omisión del Estado o de un particular. Frente a esto, esta tiene como fin elemental proteger eficaz, eficiente e inmediatamente aquellos derechos que se encuentren en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales frente a las transgresiones de uno o varios derechos, conjuntamente, con la reparación integral (económica, de no repetición, de satisfacción, entre otros).

La selección y revisión que efectúa la Corte, además, genera un precedente constitucional manteniendo fuerza vinculante con efectos *erga omnes* con el objetivo de pretender evitar y prevenir la vulneración de los derechos en cuestión, siendo estos: derecho a la salud, derecho de las mujeres embarazadas y de niños, niñas de recibir atención prioritaria y de la violencia obstétrica. Misma que se torna fundamental para que exista jurisprudencia vinculante en el país.

Se efectúa un tipo de interpretación sistemática y literal, por cuanto el caso, se ajusta en su integralidad a dichos métodos para favorecer la plena vigencia de los derechos determinándose, así también, que cumple con los parámetros de gravedad, novedad del caso, falta de precedente y relevancia nacional por el acceso preferente que las mujeres embarazadas tienen al momento de gozar de su derecho a la salud.

Desde el enfoque de estructura y contenido, se realizó un análisis teórico y jurídico, examinándose los sucesos concretos del caso y su fundamentación, evidenciándose la existencia de otros derechos que se pueden vulnerar como el derecho a la vida, dignidad e integridad personal, los cuales no se mencionan dentro del análisis de la sentencia emitida por CCE. Así como, la vulneración parcial de la garantía de habeas data por la casa de salud de El Oro.

De la misma manera, se señala como otros limitantes encontrados tras el análisis de la sentencia, la falta de medidas de responsabilidad y repetición, como es la emisión de la sentencia a las instituciones y autoridades competentes que emprendan con investigaciones en el marco de iniciar procesos administrativos hacía los funcionarios que cometieron la vulneración de estos derechos con el objetivo de que esto no vuelva a suceder.

Finalmente, la asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad del derecho a la salud en mujeres embarazadas ha sido una problemática social en constante ascenso. El desconocimiento de los derechos de las mujeres embarazadas, así como la falta de cumplimiento de los deberes y obligaciones de los servidores públicos en el sistema de salud ha generado un tipo de normalidad, frente a esto este estudio buscó entrever a través de un análisis teórico y jurídico los daños, afectaciones y vulneraciones de otros derechos vinculados que la transgresión al derecho a la salud en mujeres embarazadas puede generar con el fin de promover mayor visibilidad y que la mujer embarazada pueda asumir su papel de titular de derechos.

Bibliografía

- Alexy, R. (2008). La fórmula de peso . En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .
- Arellano García , C. (1997). *El juicio de Amparo* . México : Editorial Porrúa
- Arroyo, J., Cáceres, E., Chávez, S., & Ríos, M. (2004). *Vínculos entre la salud pública y los derechos humanos*. Perú : Consorcio de Investigación Económica y Social .
- Aguirre Castro, P., & Alarcón Peña, P. (2018). Ek estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *FORO: Revista de Derecho* (30), 121-143 ISSN 1390-246.
- _____. (2019). *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar & y Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Aguirre, P. (2017). “El valor de la jurisprudencia dentro del Ordenamiento Constitucional Ecuatoriano ¿Cambio de paradigma?” . *Iurisprudentia Revista da Faculdade de Direito* , 6 (12), 122-3 . [https:// bit.ly/3g07Zsi](https://bit.ly/3g07Zsi)
- Asamblea General . (21 de marzo de 2006). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* . Naciones Unidas . A/RES/60/147.
- Ase, I., & Buriyovich, J. (2009). La estrategia de Atención Primaria de la Salud: ¿progresividad o regresividad en el derecho a la salud? *Salud Colectiva* , 5 (1).
- Ávila Santamaría, R. (2008). *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales en la Constitución de 2008”, Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*., Quito : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.
- _____. (2009). Los Principios de Aplicación de los Derechos. En L. Á. Saavedra, *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.
- _____. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito : Corte Constitucional para el Período de Transición.

- Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de responsabilidad civil*. Lima: Juristas Editores.
- Atienza Manuel. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Barragán Romero, G. (s.f.). El control de constitucionalidad. *Revista USFQ*.
- Beltrán Calfurrapa, R. (2012). La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia. *Revista de derecho a Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (39), 587-8, 10.4067/S0718-68512012000200021.
- Blacio Aguirre, G. (2016). *Protección jurisdiccional de los derechos constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Briceño León, R. (2000). La salud en cuestión Bienestar, salud pública y cambio social. *Salud y equidad: una mirada desde las ciencias sociales*.
- Castillo Robles, M. G. (2010). *Introducción a la salud pública*. México: Instituto Politécnico Nacional.
- Calderón, J. (2013). *Colección Sistema Interamericano de Derechos. La evolución de la "Reparación Integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Cervantes Alcayde, M. (2010). *Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: El caso Mini Numa*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. México: Flacso.
- Comisión de Derechos Humanos. (2011). *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- CCE Corte Constitucional del Ecuador. (11 de mayo de 2010). *Sentencia N° 021-10-SEP-CC*. Registro Oficial 228.
- _____. (10 de noviembre de 2012). *Dictamen N° 001-14-DRC-CC, dictado en el caso N° 0001-14-RC*. Quito: Registro Oficial N° 371.
- _____. (17 de abril de 2012). *Sentencia N° 140-12-SEP-CC*. Quito: Registro Oficial 756.
- _____. (30 de mayo de 2013). *Sentencia N° 034-13-SCN-CC. Caso N.º 0561-12-CN*. Quito.
- _____. (10 de julio de 2013). *Sentencia N° 028-13-SEP-CC*. Quito: Registro Oficial 56.
- _____. (16 de mayo de 2013). *Sentencia N° 0016-13-SEP-CC Caso N1 1000-12-EP*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito.
- _____. (16 de octubre de 2019). *Sentencia No. 176-14-EP/19*. Sentencia, Corte Constitucional del Ecuador, Quito.

- ____. (14 de septiembre de 2012). *Ficha de Relevancia Constitucional* . Análisis , Corte Constitucional del Ecuador , Sala de Selección , Quito.
- Corte Constitucional de Colombia . (agosto de 1992). *Sentencia No. T-491/92*. Obtenido de Corte Constitucional República de Colombia: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-491>
- ____. (13 de diciembre de 2019). *Sentencia N° 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica)* . Sentencia , Corte Constitucional del Ecuador , Quito .
- Contero, A. (2019). *Violencia institucional en contra de las mujeres en la administración de justicia*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología y Estudios de Género. Quito : FLACSO.
- CDHDF. (2011). *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. Programa de capacitación y formación , Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal , México .
- CIDH. (8 de marzo de 2018). *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Sentencia , Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CRE. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Quito: Registro Oficial 449.
- Chiriboga Zambrano, G., & Salgado Pesantes , H. (1995). *Derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana*. Quito : Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Cuba Aranda, D. (23 de abril de 2021). *Las Situaciones Jurídicas Subjetivas*. Obtenido de Enfoque Derecho : <https://www.enfoquederecho.com/2021/04/23/las-situaciones-juridicas-subjetivas/>
- De Currea-Lugo , V. (2009). La salud como derecho humano. En C. Molina , *Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá : Universidad Libre Colombia .
- Durango, G. (2016). Las acciones afirmativas como mecanismos reivindicadores de la paridad de género en la participación política inclusiva: Ecuador, Bolivia, Costa Rica y Colombia. *Revista Derecho* , 45.
- Ecuador. (22 de octubre de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito : Registro Oficial Suplemento 52 .
- E. Stake , R. (2007). *Investigación con estudios de casos*. Madrid : Ediciones Morata, S.L.

- Espinosa Mora, M. (2007). Salud reproductiva, género y derechos humanos.
- Enríquez Mármol, R. (2016). *El derecho a la porción conyugal como una facultad garantizada por la constitución a las cónyuges embarazadas como grupo de atención prioritaria*. Facultad de Jurisprudencia. Quito: UIDE.
- Erazo Galarza, D. (2021). Desarrollo Jurisprudencial de los Derechos de los Grupos de Atención Prioritaria. *JUEES* , 1 (1), 64-85.
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* . México : Comisión Nacional de los Derechos Humanos .
- _____. (2007). *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia* . Madrid : Editorial Trotta .
- _____. (2006). *Derechos y garantías, la Ley del más débil* , Madrid: Trotta Editorial .
- _____. (2010). Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* , 34, 15-53.
- _____. (2014). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid : Editorial Trotta .
- Fisher, H. (1928). *Los daños civiles y su reparación*. Madrid : Librería general de Victoriano Suárez.
- Herreros López, J. M. (2003). Relación jurídica y situación jurídica. *Boletín Jurídico*
- García, I. (2013). *Control de constitucionalidad y derecho*. Guatemala: Analistas independientes de Guatemala.
- Gherardi, N. (2016). *Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar*. CEPAL: Serie Asuntos de Género.
- Gherardi, N. (2016). Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. *Serie Asuntos de Género* (141).
- González, J. (1930). *Manual de la Constitución* . Buenos Aires : Editorial Ángel Estrada y Cía. Ltda.
- Guapizaca Jiménez , E., & Marroquín Ruiz , M. (2020). Sentencia n.o 904-12-JP/19 (negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica) . *Foro Revista de Derecho* (35), 85-104 DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.5> .
- Islas Montes, R. (2009). Sobre el principio de legalidad . *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* , XV, 97-108 ISSN 1510-4974.
- Jalil, J. (2013). *Derecho de daños aplicado*. Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez.

- Jaramillo Huilcapi, V. (2011). *Garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Juzgado Segunda de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro. (2011). *Acción de Protección N° 07111-2011-1609*. El Oro.
- López Moya, D. (2021). 2021La protección legal a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritario. *Revista Sociedad y Tecnología* , 4 (2).
- Martínez Morales , R. (2007). *Garantías constitucionales*. México : IURE editores, S.A. de C.V .
- Martínez, A., & De Domingo, T. (2010). *Los derechos fundamentales en el derecho constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas* . Lima : Palestra Editores .
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1977). *Tratado teórico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (5ta edición ed., Vol. 1). Buenos Aires: : Ediciones Jurídicas Europa - América.
- MSP. (25 de septiembre de 2002). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud* . Quito : Registro Oficial 670 .
- Nash Rojas, C. (2006). Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI . *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* .
- Nogueira Alcalá, H. (2003). El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales. *Estudios Constitucionales* , 1 (1), 135-177.
- Saura, J. (2011). *La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)* . Universitat de Barcelona , Facultad de Derecho , Barcelona .
- Sandoval, D. (2013). “Reparación integral y responsabilidad civil”: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado* (25).Sánchez, Á. (2010). La relación jurídica como concepto metodológico . *Nueva Época* (11-12), 31-53 ISSN:1698-5583.
- Serrano Ramírez, M. (14 de febrero de 2012). Prácticas en la atención de la salud que favorecen el derecho humano a la protección de la maternidad. *Enfermería en Costa Rica* .

- Suárez Sebastián , M. (2009). Aspectos fundamentales de los DESC. En C. G. Molina, *Derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Universidad Libre Colombia.
- OMS. (7 de abril de 1948). *¿Cómo define la OMS la salud?* Obtenido de Organización Mundial de la Salud : <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>
- Parra Vera, O. (2003). *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Pazmiño, C. (2021). Selección y revisión de la Corte Constitucional: ¿desnaturalización de la facultad? *USFQ Law Review* , VIII (1).
- Parra, L. (2013). *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo. El derecho al trabajo*. Quito : Corporación Nacional Editorial .
- Pérez Royo, J. (2003). *Curso de Derecho Constitucional* (9ª edición ed.). Madrid : Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Pérez Tremps, P. (2004). El Recurso de Amparo . *Tieant lo Blanch* , 55-60.
- Pedro, N. (2006). El Derecho de Amparo en Argentina . En *El Derecho de Amparo en el Mundo* (págs. 50-51). México : Editorial Porrúa .
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta Editorial .
- Prosalus & Cruz Roja . (2014). *Comprendiendo el derecho humano a la salud* . Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación & AECID. España: Prosalus & Cruz Roja .
- Quisbert, E. (2010). *Derecho Procesal Civil Boliviano* . Sucre , Bolivia : USFX Editorial.
- Quintero Mosquera, D. (2011). *La salud como derecho: estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá : Siglo del Hombre Editores.
- Quintana, I. (2020). *La Acción de Protección* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Rodríguez, J., & Martínez , A. (2021). La violencia obstétrica: una práctica invisibilizada en la atención médica en España. 35 (3).
- Robert, Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- Valle, A. (2012). *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*. Quito : Universidad Andina Simón Bolívar & Corporación Editora Nacional .

- Vasilachis de Gialdino, I. (2006). *Estrategias de investigación cualitativa*. Barcelona : Gedisa Editorial .
- Vizcarra Dávalos, J. (2011). *Teoría General del Proceso* (12ª ed ed.). México : Editorial Porrúa .
- Villalbí, J. (2012). *Los servicios de salud pública: marco conceptual y organización*. Madrid: Escuela Nacional de Sanidad.
- Villán, C. (2009). Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales. En C. Molina, *DERECHOS económicos, sociales y culturales* . Bogotá : Universidad Libre Colombia .
- Voria, A. (2020). *Marco teórico-conceptual para la creación del Observatorio Nacional de la Violencia de Género en Perú*. Madrid: Programa EUROsociAL.