



# UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**“Tutela a la seguridad social de niños, niñas y adolescentes, en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor, Caso No. 2334-16-EP”**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

**Autora:**

Erika Samantha Campoverde Verdugo

CI: 0105542641

Correo electrónico: erikacampoverde13@gmail.com

**Director:**

Ab. Diego Francisco Idrovo Torres

CI: 0103971784

**Cuenca, Ecuador**

20-abril-2021



## RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un análisis crítico acerca de la tutela a la Seguridad Social de niños, niñas y adolescentes en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor. Por consiguiente, a través de su estudio se demostrará la errónea aplicación de la normativa jurídica (Ley de Seguridad Social) relativa al alcance de protección del derecho a la salud, por parte de los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la Acción de Protección No. 00020-2016, en la que se decidió declarar con lugar el Recurso de Apelación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social desconociendo la vulneración de los derechos de Matías Nicolás Viteri Coellar, un niño de nueve (9) años de edad, con discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%) y epilepsia que está bajo el cuidado de sus abuelos maternos. Finalmente, el método utilizado es el *cualitativo* por cuanto se realizará el análisis jurídico de la Acción Extraordinaria de Protección No. 2334-16-EP, en la cual el problema jurídico a resolverse fue la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y a la salud; más aún, se determinará que el cuerpo normativo antes citado resulta incompatible con el derecho a la familia recogido en la Constitución de 2008.

**Palabras claves:** Seguridad Social. Acción de Protección. Acción Extraordinaria de Protección. Derecho a la salud. Grupos de atención prioritaria.



**ABSTRACT:**

This paper aims to carry out a critical analysis about the protection of the social security of children and adolescents in cases of family custody, foster care, or appointment of a guardian. Hence, this study will demonstrate the erroneous application of legal regulations (Social Security Law) regarding the scope of protection of the right to health by the judges of the Criminal Chamber of the Provincial Court of Justice of Azuay within the Protection Action N° 00020-16, in which the appeal interposed by the Ecuadorian Social Security Institute was declared admissible ignoring the violation of Matías Nicolás Viteri Coellar rights, a nine-year-old boy with an intellectual disability of forty percent (40%) and epilepsy who is in the care of his maternal grandparents. Finally, the method used is qualitative since the legal analysis of the Extraordinary Protection Action No. 2334-16-EP will be carried out, in which the legal problem to be resolved was the violation of constitutional rights to due process in the guarantee of motivation and health. Besides, it will be determined that the aforementioned normative body is incompatible with the right to family contained in the 2008 Constitution.

**Keywords:** Social Security. Protection Action. Extraordinary Protection Action. Right to health.

Priority attention groups



## **SIGLAS Y ACRÓNIMOS**

**Corte IDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos

**CC:** Corte Constitucional del Ecuador

**IESS:** Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

**AP:** Acción de Protección

**JCPD:** Junta Cantonal de Protección de Derechos

**CNA do:** Código de la Niñez y Adolescencia

**CRE:** Constitución de la República del Ecuador

**SNDPINA:** Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

**LSSoc:** Ley de Seguridad Social



## ÍNDICE DEL TRABAJO

Resumen.....	2
Abstract.....	3
Siglas y Acrónimos.....	4
Cláusula de Licencia y Autorización para publicación en el Repositorio Institucional.....	9
Cláusula de Propiedad Intelectual.....	10
Dedicatoria.....	11
Agradecimientos.....	12
Introducción.....	13
<b>CAPÍTULO I</b> .....	15
1. Marco teórico.....	16
1.1. Planteamiento del problema.....	16
1.2. Propositiones o hipótesis.....	17
1.2.1. Hipótesis de la parte accionante.....	17
1.2.2. Hipótesis de la parte accionada.....	18
1.2.3. Hipótesis de la Procuraduría General del Estado.....	19
1.3. Unidad de análisis.....	20
1.4. Contexto del caso.....	20
1.4.1. Principios, derechos y métodos y reglas de interpretación constitucional.....	20
1.4.2. Noción de Seguridad Social.....	25
1.5. Antecedentes.....	27
1.5.1. Ámbito de aplicación de la Seguridad Social. Nivel Internacional, Latinoamérica y Ecuador.....	27
1.5.2. Caso N° 2334-16-EP y sus particularidades.....	30
1.6. Lógica que vincula los datos.....	34
1.6.1. Preguntas guías.....	34
1.7. Localización de las fuentes de datos.....	35
1.8. Análisis e interpretación.....	35
1.9. Informe previo del caso N° 2334-16-EP.....	36



1.10. Fuentes de consulta. ....	38
1.11. Recursos. ....	39
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>40</b>
2. Análisis Constitucional del caso N° 2334-16-EP.....	41
2.1. Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la niñez y adolescencia. ....	41
2.2. Organismo de Protección, Defensa y Exigibilidad de derechos .....	43
2.2.1. Junta Cantonal de Protección de Derechos. ....	43
2.3. Custodia familiar del niño Matías Nicolás Viteri Coellar a favor de Marco Geovanni Coellar Iñiguez por parte de la Junta Cantonal de Protección de Derechos. ....	50
2.3.1. Otorgamiento de la custodia familiar. ....	51
2.3.2. Efectos jurídicos. - Custodia familiar. ....	54
2.4. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Ley de Seguridad Social. ....	55
2.4.1. Acto violatorio de derechos emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M). ....	57
2.4.2. Efectos jurídicos. - MEMORANDO N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M. ....	59
2.5. La Acción de Protección y su naturaleza jurídica. ....	64
2.5.1. Objeto de la Acción de Protección. ....	66
2.5.2. Requisitos generales de procedibilidad. ....	67
2.6. Tribunal de Garantías Penales del Azuay. Audiencia. ....	68
2.6.1. Hipótesis de los comparecientes. ....	69
2.7. Decisión adoptada por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay.....	71
2.8. Análisis constitucional de la decisión adoptada por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016.- Decisión de mayoría y Voto Salvado. ....	71
<b>CAPÍTULO III</b> .....	<b>79</b>
3. Análisis constitucional del caso N° 2334-16-EP .....	80
3.1. Antecedentes. ....	80
3.2. Recurso de Apelación.....	80
3.2.1. Audiencia en Estrados. ....	80
3.3. Decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. ....	84



3.4. Análisis constitucional de la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016. ....	85
3.4.1. Supremacía Constitucional. ....	85
3.4.2. Tutela Judicial efectiva. ....	88
3.4.3. Personas y grupos de atención prioritaria. ....	95
3.4.4. Discusión jurídica. ....	98
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	<b>105</b>
4. Resolución del caso N° 2334-16-EP. ....	106
4.1. La Acción Extraordinaria de Protección y su naturaleza jurídica. ....	106
4.2. Normas y derechos en conflicto. ....	107
4.3. Problemas jurídicos identificados en la sentencia n° 380-17-SEP-CC. ....	110
4.4. Argumentos y pretensiones de las partes. ....	114
4.5. Motivación jurídica de la Corte Constitucional. ....	117
4.6. Inconstitucionalidad de norma conexas. ....	125
4.7. Decisión final adoptada por la Corte Constitucional. ....	133
4.8. Discusión jurídica. ....	135
4.9. Efectos de una sentencia dictada por la Corte Constitucional. ....	144
Conclusiones .....	147
Recomendaciones .....	151
Referencias bibliográficas. ....	153

### ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Principios, derechos y métodos y reglas de interpretación constitucional .....	21
Figura 2. SNDPINA organización .....	42
Figura 3. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. ....	45
Figura 4. Medidas de protección. ....	52
Figura 5. Condición de validez y unidad .....	87
Figura 6. Derecho de múltiples contenidos. ....	89

### ÍNDICE DE TABLAS



Tabla 1. Decisión de mayoría y Voto Salvado .....	31
Tabla 2. Caso No. 2334-16-EP .....	38
Tabla 3. SNDPINA .....	41
Tabla 4. Conclusiones y recomendaciones .....	53





### Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

**Erika Samantha Campoverde Verdugo**, en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **“Tutela a la seguridad social de niños, niñas y adolescentes, en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor, Caso No. 2334-16-EP”**, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 20 de abril de 2021

Erika Samantha Campoverde Verdugo

C.I: 0105542641

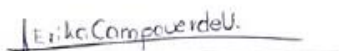


### Cláusula de Propiedad Intelectual

---

**Erika Samantha Campoverde Verdugo**, autor/a del trabajo de titulación **“Tutela a la seguridad social de niños, niñas y adolescentes, en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor, Caso No. 2334-16-EP”**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 20 de abril de 2021



Erika Samantha Campoverde Verdugo

C.I: 0105542641



### **DEDICATORIA:**

A mis padres, Jaime Bolívar y Fani Magdalena cuyo sacrificio me ha permitido llegar a la culminación de mis estudios en este nivel.

A mi hermana Vanessa Carolina, que con sus palabras me ha brindado su apoyo incondicional.

A mi tío Wilson Enrique +, que con su prematura partida me dejó un vacío y por quien tomé fuerza para culminar mis estudios universitarios.

A mis amigas Anita, Vilma, Yolanda, Valeria, Jessica, Blanca, Silvana y Estefanía quienes me han regalado las horas más gratas en este pasar del tiempo.



### **AGRADECIMIENTOS:**

A Dios y a mi familia por ser mi fortaleza.

A mi querida Universidad de Cuenca.

A los docentes de la Facultad de Jurisprudencia, de manera especial al Dr. Marco Machado Clavijo por haberme guiado en un inicio para realizar este trabajo de titulación y al Dr. Diego Idrovo Torres por su acompañamiento y apoyo en la etapa final de este trabajo, previo a la culminación de mi carrera universitaria.



## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de titulación, se realizará un análisis jurídico del caso N° 2334-16-EP, relativo a la Acción Extraordinaria de Protección planteada por Marco Geovanni Coellar Iñiguez a favor de su nieto Matías Nicolás Viteri Coellar, quien es un niño de nueve (9) años de edad, con discapacidad intelectual de cuarenta por ciento (40%) y epilepsia que está bajo el cuidado y protección de sus abuelos maternos. Marco Geovanni Coellar Iñiguez compareció ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual dictó sentencia el 30 de septiembre de 2016 dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016, a través de la cual la Corte Constitucional tutela la Seguridad Social de niños, niñas y adolescentes en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor.

El análisis se compone de cuatro capítulos, distribuidos de la siguiente manera: En el capítulo I denominado *marco teórico*, se desarrolla el planteamiento del problema, las proposiciones o hipótesis de las partes, la unidad de análisis, el contexto del caso, sus antecedentes, la lógica que vincula los datos con preguntas guías; más aún, se incluye el análisis e interpretación de toda la información, así como, el informe previo detallando cronológicamente la historia, fuentes de consulta y los recursos empleados.

El capítulo II, denominado *análisis de la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016*, contiene un estudio del caso N° 2334-16-EP basado en dos temáticas: a) El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, integrado por la Junta Cantonal de Protección de Derechos; y, b) el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Ley de Seguridad Social.



El capítulo III, denominado *análisis de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016*, contiene un estudio del caso N° 23334-16-EP en su conjunto, en atención al Recurso de Apelación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la decisión adoptada por los jueces de segunda instancia.

El capítulo IV, denominado *resolución del caso*, contiene el estudio de la Acción Extraordinaria de Protección y su naturaleza jurídica, una descripción de las normas y derechos en conflicto, los problemas jurídicos identificados en la sentencia, argumentos y pretensiones de las partes, la motivación jurídica de la Corte Constitucional, su decisión final y los efectos de sus sentencias.

El presente trabajo culmina con las *conclusiones y recomendaciones*. Con respecto a la primera, se concluye que el Estado a través de sus autoridades tiene el deber jurídico de prevenir las transgresiones a los derechos, de examinar en atención a la normativa nacional e internacional vigente las transgresiones que hayan sido cometidas para finalmente precisar a los responsables y establecer la respectiva reparación integral. Dentro de las recomendaciones, se sugiere que el análisis del caso N° 2334-16-EP sirva de sustento para todas las autoridades jurisdiccionales en casos análogos, de manera que el Estado implemente políticas públicas con el objeto de fortalecer la capacitación y actualización de conocimientos de los operadores de justicia con respecto a la trascendencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por último, se cuenta con las referencias bibliográficas utilizadas para el presente estudio de caso.



# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### SUMARIO

1. Marco teórico. 1.1. Planteamiento del problema. 1.2. Propositiones o hipótesis. 1.2.1. Hipótesis de la parte accionante. 1.2.2. Hipótesis de la parte accionada. 1.2.3. Hipótesis de la Procuraduría General del Estado. 1.3. Unidad de análisis. 1.4. Contexto del caso. 1.4.1. Principios, derechos y métodos y reglas de interpretación constitucional. 1.4.2. Noción de Seguridad Social. 1.5. Antecedentes. 1.5.1. Ámbito de aplicación de la Seguridad Social. Nivel Internacional, Latinoamérica y Ecuador. 1.5.2. Caso N° 2334-16-EP y sus particularidades. 1.6. Lógica que vincula los datos. 1.6.1. Preguntas guías. 1.7. Localización de las fuentes de datos. 1.8. Análisis e interpretación. 1.9. Informe previo del caso N° 2334-16-EP. 1.10. Fuentes de consulta. 1.11. Recursos.



## 1. MARCO TEÓRICO

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Con la promulgación de la Constitución de 2008, Ecuador pasó por un proceso de transformación de un *Estado de Derecho* a un *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, como un modelo que busca asegurar ahora más que nunca el alcance, amparo y materialización de los derechos y garantías de las personas como pilares fundamentales; y, en el presente caso de análisis a través de la Seguridad Social, derecho que surgió frente a la necesidad de protección y bienestar para la sociedad, sobre todo de quienes se encuentran en situación de desigualdad y requieren de protección especial por parte del Estado, debiéndose recalcar que la Ley de Seguridad Social vigente a la presente fecha, existía con anterioridad a la vigencia de nuestra última Constitución, motivo por el que se produce un conflicto en el presente caso de análisis, debido a dos circunstancias a saber:

a) La inadecuación de una norma infraconstitucional<sup>1</sup> defectuosa, limitante o restrictiva que regula el alcance de la protección de la Seguridad Social, puede conllevar a que la actuación de los Jueces, en especial de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en el presente caso sea ajustadamente reglamentarista, careciendo de ánimo tutelar, por realizar una “interpretación estricta y aplicación literal, coartando de esta manera un derecho que posee rango y protección constitucional”<sup>2</sup> como es el *derecho a la salud* de un niño de nueve (9) años de edad en situación de doble vulnerabilidad mediante el sistema de Seguridad Social; y, b) El comportamiento

---

<sup>1</sup> Ley de Seguridad Social, Art. 102.

<sup>2</sup> Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. Acción de Protección N° 01904-2016-00020 del 17 de agosto de 2016.





institucional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, resulta ser incompatible con el *derecho a la familia* prescrito en nuestra Carta Magna, al no permitir el acceso a la salud del niño en mención por ser nieto del afiliado.

## 1.2. PROPOSICIONES O HIPÓTESIS.

Para ello se plantea como hipótesis: Si la Constitución de 2008 reconoce por una parte, su supremacía frente a normas infraconstitucionales que deben ser aplicadas en pro de los derechos de las personas y por otra, los diversos tipos de familia que existen y que han sido reconocidas por la misma<sup>3</sup> tomando como punto de referencia tanto Instrumentos Jurídicos Internacionales como jurisprudencia, entonces, no pueden disposiciones de orden legal y reglamentario o cualquier otra que se oponga directa o indirectamente contrariar derechos de rango constitucional<sup>4</sup>.

Dentro del presente **caso N° 2334-16-EP**, relativo a la Acción Extraordinaria de Protección, encontramos las siguientes hipótesis:

### 1.2.1. Hipótesis de la parte accionante.

Marco Geovanni Coellar Iñiguez, en calidad de responsable del niño Matías Nicolás Viteri Coellar, con el patrocinio exclusivo del Dr. Fernando Anzieta Villalobos, Defensor Público del Azuay:

Marco Geovanni Coellar Iñiguez, demostró mediante resolución de fecha 19 de mayo de 2014 expedida por la Junta Cantonal de la Niñez y Adolescencia

---

<sup>3</sup> Familia ampliada, nuclear, de padres separados, monoparental, adoptiva, las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos.

<sup>4</sup> Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. Acción de Protección N° 01904-2016-00020 del 17 de agosto de 2016.



del Cantón Cuenca, que esta instancia administrativa le concedió la custodia familiar de su nieto Matías Nicolás Viteri Coellar, niño de nueve (9) años de edad, así como los trámites que realizó para su ingreso al sistema de salud del IESS. A pesar de ello, el accionante sostiene que la atención médica era normal; no obstante, al padecer de epilepsia desde pediatría se le transfiere a neurocirugía para exámenes más rigurosos y especializados y a partir de este momento se le niega el acceso a la salud, a través del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, acto violatorio, por el cual se manifiesta que no puede ser atendido porque no se encuentra dentro de los sujetos de protección del IESS en aplicación del artículo 102 de la Ley de Seguridad Social, sin considerar que además padece de una discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%), desconociendo de esta manera los derechos constitucionales que protegen al niño como titular de los mismos. De tal manera que, la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación y a la salud reconocido por la Constitución, al mismo tiempo que no se ha considerado lo previsto en Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos<sup>5</sup>.

### **1.2.2. Hipótesis de la parte accionada.**

Ing. Pablo Esteban Ugalde Peña, en calidad de Director Provincial del Azuay del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con el patrocinio del Dr. Sebastián de los Reyes Piedra:

---

<sup>5</sup> Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. Acción de Protección N° 01904-2016-00020 del 17 de agosto de 2016.



La posición del IESS es que constitucional y legalmente no tiene obligación jurídica de brindar atención médica a un niño que no es beneficiario, pues no toda persona puede acceder a las prestaciones de esta Institución si no se cumple con los requisitos que la Constitución y la Ley señalan, ya que de lo contrario cualquier ciudadano reclamaría atención de parte del IESS, lo cual sería crear caos e inseguridad jurídica y para evitar esta situación se precisa realizar una ponderación de derechos, protegiendo primariamente los que engloban a toda la sociedad; es decir, deben prevalecer los intereses generales sobre los particulares. Sin embargo, el compareciente señala que el IESS al no atender al niño no ha vulnerado el derecho a la salud. En efecto, la atención de este derecho no sólo lo presta esta Institución, dado que para eso está el Ministerio de Salud Pública, a través de la Red Pública Integral de Salud que asegura el derecho del niño<sup>6</sup>.

### **1.2.3. Hipótesis de la Procuraduría General del Estado.**

Wilson Javier Villarreal Leiva, Abogado de la Procuraduría General del Estado, a nombre y representación de la Directora Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay, Cañar y Morona Santiago:

La posición de la Procuraduría General del Estado es que, si bien la custodia familiar del niño la tiene el accionante, esto no significa que tenga la patria potestad judicialmente declarada del mismo. En consecuencia, para que el niño pueda acceder a los beneficios del IESS tiene que estar amparado por los

---

<sup>6</sup> Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. Acción de Protección N° 01904-2016-00020 del 17 de agosto de 2016.



derechos establecidos en la Ley de Seguridad Social, pero esto no significa vulneración del derecho a la salud ni del Interés Superior del niño, pues la mencionada Ley tiene un alcance de protección limitado y no ha sido declarada inconstitucional. Es por ello, que señala que “los errores que pudieran generarse en la administración de ninguna manera generan derechos y simplemente hay que corregirlos”. Aparte de ello, el Estado está en la obligación de garantizar este derecho, pero no por medio del IESS sino del Ministerio de Salud Pública y los diversos centros de atención<sup>7</sup>.

### **1.3. UNIDAD DE ANÁLISIS.**

Análisis jurídico del **CASO N° 2334-16-EP**, relativo a la Acción Extraordinaria de Protección planteada por Marco Geovanni Coellar Iñiguez con el patrocinio exclusivo del Dr. Fernando Anzieta Villalobos, Defensor Público del Azuay, a la negativa de brindar atención médica a su nieto: Matías Nicolás Viteri Coellar, niño de nueve (9) años de edad, en contra de la sentencia desestimatoria de 30 de septiembre de 2016 dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016 en contra del IESS, a través del cual se aceptó el Recurso de Apelación interpuesto por ésta Institución revocando la sentencia del Tribunal A Quo y declarando sin lugar la AP.

### **1.4. CONTEXTO DEL CASO.**

#### **1.4.1. PRINCIPIOS, DERECHOS Y MÉTODOS Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.**

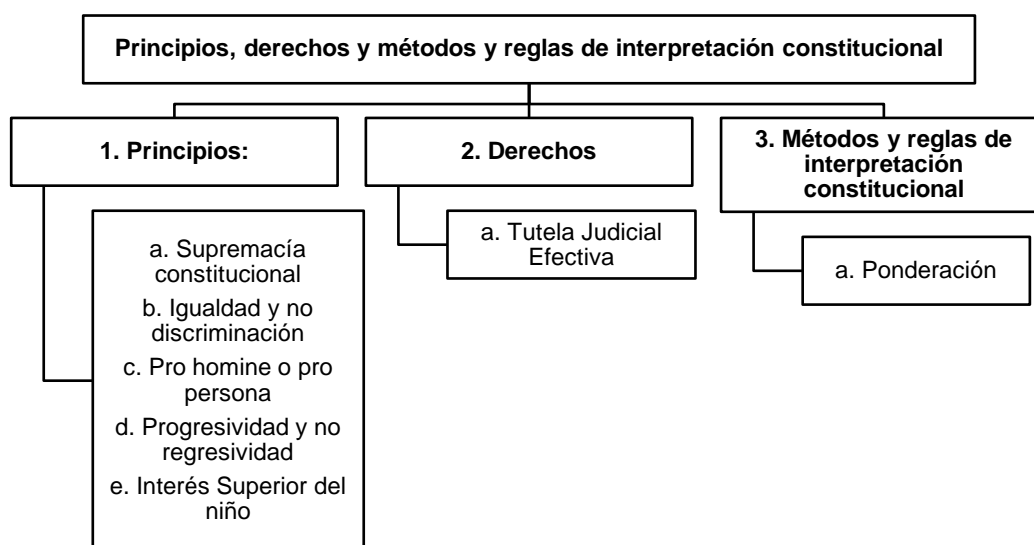
---

<sup>7</sup> Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. Acción de Protección N° 01904-2016-00020 del 17 de agosto de 2016.

Para el presente análisis de caso se tomarán como referencia los principios, derechos y métodos y reglas de interpretación reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, así como también en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Figura 1.

PRINCIPIOS, DERECHOS Y MÉTODOS Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL



**Nota:** Fuente: Constitución de la República del Ecuador-Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **Elaboración:** Propia

Prosiguiendo con el análisis, en primer lugar, dentro de los *Principios Constitucionales* prevalecen:

- **SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**<sup>8</sup>.

En virtud del cual, la Constitución al ser la Norma Suprema prevalecerá sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Por este

<sup>8</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 424.



motivo, se verificará la interpretación realizada por la Corte Constitucional del Ecuador respecto del reconocimiento y aplicación del derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social.

- **IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN<sup>9</sup>.**

Este principio moldea el reconocimiento de los derechos de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, estableciendo “criterios por los cuales nadie podrá ser discriminado por cualquier distinción personal o colectiva, temporal o permanente que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”<sup>10</sup>, lo cual en doctrina se denomina *categorías o criterios sospechosos*.

Se debe agregar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana* señala: “[...] Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas” (2005, pág. 61).

- **PRO HOMINE O PRO PERSONA.**

Como principio general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su esencia radica en la dignidad humana y como tal se encuentra

---

<sup>9</sup> Ibídem, Art. 11 numeral 2.

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 080-13-SEP-CC. Caso N° 445-11-EP del 09 de octubre de 2013.



desarrollado en nuestra Constitución<sup>11</sup>, en el Código de la Niñez y Adolescencia<sup>12</sup> así como en la Ley Orgánica de Discapacidades<sup>13</sup> aplicable al presente caso. Por tanto, lo que busca es que las normas sean interpretadas en favor de los derechos de los individuos.

Al respecto el Juez de la Corte IDH, Rodolfo E. Piza Escalante señaló que:

El principio pro persona es (un) criterio fundamental (que) [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio pro persona [...] conduce a la conclusión de que (la) exigibilidad inmediata e incondicional (de los derechos humanos) es la regla y su condicionamiento la excepción (2015, pág. 101).

- **PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD<sup>14</sup>.**

En aplicación de este principio el Estado tiene la obligación de vigilar el desarrollo y protección continua de los derechos reconocidos en nuestra Constitución a favor de sus titulares, a través de “actos del poder público de carácter general” (Hermosa Bermúdez, 2018, pág. 19); esto es, normas, jurisprudencia y políticas públicas. Es así que:

---

<sup>11</sup> Art. 11 numeral 3 y 7.

<sup>12</sup> Art. 14.

<sup>13</sup> Art. 4 numeral 2.

<sup>14</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 11 numeral 8  
Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 13.



[...] El principio de progresividad contiene una doble dimensión: la primera relacionada con el avance gradual de la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados con la utilización de herramientas técnicas que generen [...] mejores condiciones para su ejercicio y goce, y la segunda que se cristaliza a través del principio de no regresividad [...], que no permite la disminución de los derechos, es decir, impide [...] una reducción [...] en la protección ya obtenida o reconocida (Sentencia N.º017-17-SIN-CC, 2017).

- **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO<sup>15</sup>.**

De acuerdo con Daniel O'Donnell, “se debe entender por Interés Superior del niño o niña todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad” (2004).

En segundo lugar, dentro de los *Derechos Constitucionales* sobresale:

- **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA<sup>16</sup>.**

La CC del Ecuador, mediante la sentencia N° 031-14-SEP-CC, caso N° 0868-10-EP, señala que la Tutela Judicial Efectiva, constituye:

Un derecho mediante el cual se garantiza a toda persona el acceso oportuno y efectivo a los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos y obtener de ellos, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, una decisión fundada en derecho sobre

---

<sup>15</sup> Ibídem, Art. 44

Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 11.

<sup>16</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 75.





las pretensiones propuestas, respetando las condiciones y principios procesales según el caso [...] (Sentencia N°089-18-SEP-CC, 2018), en cumplimiento o ejecución de la sentencia que es parte del debido proceso.

Finalmente, respecto de *los Métodos y Reglas de Interpretación Constitucional* predomina:

- **PONDERACIÓN.** Entendida como:

[...] Una metodología [...] para evaluar la corrección de los argumentos y decisiones que toman los jueces constitucionales en los casos de conflicto entre principios que expresan derechos fundamentales. [...] Existe un “núcleo conceptual mínimo” de la ponderación que consistiría en atribuir un determinado nivel de peso o importancia a cada uno de los elementos en conflicto en las circunstancias del caso a decidir (Mocoroa, 2016, pág. 3).

#### **1.4.2. NOCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL.**

Un concepto importante para este análisis, es el de Seguridad Social. Dicho lo anterior conviene subrayar que la Seguridad Social es un “derecho humano” (Velasco, 2015, pág. 3) y por ende un *derecho social* inherente a las personas por su condición de seres humanos frente a los diversos riesgos e imprevistos que pudieran presentarse<sup>17</sup>, que se encuentra desarrollado desde esta perspectiva en diversos Tratados Internacionales, como: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y varios Convenios Internacionales de

---

<sup>17</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 369



la OIT, respecto del cual el Estado tiene la obligación de velar por su cumplimiento en beneficio de sus habitantes, en especial de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

De manera análoga, el Informe Mundial sobre la Protección Social, señala:

La protección social o la seguridad social, es un “derecho humano” definido como el conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de la vida. Comprende las prestaciones familiares y por hijo; [...] de desempleo; [...] en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional; [...] de enfermedad; [...] de protección de la salud; las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes (2017, pág. 36).

Por otra parte, la Real Academia Española (2019), define a la Seguridad Social como un “sistema público de prestaciones de carácter económico o asistencial, que atiende necesidades determinadas de la población, como las derivadas de la enfermedad, el desempleo, la ancianidad, etc.”

En síntesis, la Seguridad Social surge con el propósito de “generar mejores condiciones de justicia y equidad, fortalecer la seguridad personal y familiar y mejorar los niveles de calidad de vida de la sociedad.” (Robles, Moctezuma Navarro, & Orozco Hernández, 2010, págs. 3-4), postulado que en el presente trabajo será analizado por medio de las observaciones realizadas por la CC.



Para concluir, resulta también sustancial para este análisis la noción de Acción Extraordinaria de Protección<sup>18</sup>, garantía jurisdiccional cuyo fin es la protección de derechos constitucionales y el debido proceso, cuando éstos hayan sido violados por acciones u omisiones generadas en decisiones judiciales.

## 1.5. ANTECEDENTES.

### 1.5.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. NIVEL INTERNACIONAL, LATINOAMÉRICA Y ECUADOR.

La Seguridad Social, es un tema que reviste gran importancia, es por ello que los Estados tienen la obligación jurídica de hacerlo efectivo, en función de tres variables: “respeto, protección y puesta en práctica” (CETIM, 2012, pág. 17).

A *nivel internacional*, se encuentra desarrollada a través de diversos instrumentos internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>19</sup>, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>20</sup>, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>21</sup>, Convención sobre los Derechos del Niño<sup>22</sup>, Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social<sup>23</sup>, Convención sobre los derechos de las Personas con

---

<sup>18</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 94

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 58.

<sup>19</sup> Ver, Art. 22.

<sup>20</sup> Ver, Art. 9

Observación General N° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), en el cual se establece un listado respecto de las obligaciones y responsabilidades que deben cumplir los Estados Parte, respecto del Derecho a la Seguridad Social.

<sup>21</sup> Ver, Art. 5 literal e) numeral iv).

<sup>22</sup> Ver, Art. 26 numeral 1.

<sup>23</sup> Ver, Art. 11 literal a).



Discapacidad<sup>24</sup>. Cabe recalcar que, desde el ámbito laboral también se han creado recomendaciones: Recomendación (núm. 67) de la OIT sobre la seguridad de los medios de vida, considerándola como un elemento fundamental de la Seguridad Social, por medio de la cual se establecen sus principios directivos y los riesgos que serán cubiertos por la Seguridad Social; y, la Recomendación (núm. 69) de la OIT sobre la asistencia médica según la cual:

Cuando la asistencia médica la preste un servicio del seguro social, todos los miembros de la comunidad deberían tener derecho a obtenerla por el hecho de estar asegurados y hasta su inclusión en el campo de aplicación del seguro deberían tener derecho a obtenerla, a expensas de la autoridad competente, si sus recursos económicos no les permiten sufragarla (1944).

En consecuencia, se puede observar cómo estos Instrumentos han incorporado uno o varios artículos en relación a este tema.

En *Latinoamérica*, la Seguridad Social ha sido regulada vía constitucional por varios países de acuerdo a su “historia, idiosincrasia, ideología y gobierno imperante” (Moreno, 2014, pág. 21). En el caso de *Colombia*, la reconoce como un derecho irrenunciable y de carácter obligatorio para la población, que estará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, será prestado por entidades públicas o privadas<sup>25</sup> y estará compuesta por cuatro sistemas: pensiones (contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte), salud, riesgos laborales y servicios sociales complementarios. Por su parte, en *España*, el artículo 41 de su Constitución señala, “los poderes públicos

---

<sup>24</sup> Ver, Art. 28.

<sup>25</sup> Constitución Política de Colombia. Art. 48



mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad [...]” (Constitución Española, s.f.). A su vez, en *Perú*, el Estado reconoce a la Seguridad Social, como un *derecho universal y progresivo* en beneficio de las personas, para su protección frente a imprevistos o contingencias y una mejor calidad de vida<sup>26</sup>. Finalmente, Brasil, señala al respecto, “la Seguridad Social comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, a la previsión y a la asistencia social” (Constitución Política de la República Federativa del Brasil, 1988).

En *Ecuador*, a principios del siglo XX, específicamente en los años 1905, 1915 y 1918, comenzó a expedirse leyes con el fin de tutelar los derechos de empleados públicos, profesores, telegrafistas y dependientes del poder judicial.

Es por ello que, en 1928 en el gobierno del Dr. Isidro Ayora la Seguridad Social inicia con la creación de la *Caja de Pensiones*, cuyo rol era proteger además a trabajadores civiles, militares y bancarios como beneficiarios de jubilación, montepío civil y fondo mortuario. En 1935, se crea el *Seguro Social Obligatorio* y el *Instituto Nacional de Previsión* para trabajadores del sector público y privado, con el fin de cubrir riesgos, “con beneficios de jubilación, montepío y mortuoria” (Díaz & Terranova Mera, 2017, págs. 26-31). En 1937, se crea la “Caja de Seguro de Empleados Privados y Obreros y el Departamento Médico ligado a ella” (Díaz & Terranova Mera, 2017, págs. 26-31). En 1942, se establecen nuevas condiciones de aseguramiento, así como la

---

<sup>26</sup> Constitución Política del Perú. Art. 10



incorporación del seguro de enfermedad y maternidad para los afiliados. No obstante, en la década de los sesenta se fusionan las cajas antes mencionadas, pasando a denominarse *Caja Nacional del Seguro Social* estableciendo beneficios como: “subsidio de dinero por enfermedad, seguro contra riesgos de trabajo, seguro artesanal, seguro profesional y el seguro de trabajadores domésticos” (Valverde, 2008). Mediante Decreto Supremo N° 40 del 25 de julio de 1970, publicado en el Registro Oficial N° 15 del 10 de julio de 1970 se transformó en lo que hoy se conoce como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *entidad autónoma* responsable del Seguro Universal Obligatorio para la cobertura de diversas contingencias, así como para las prestaciones de salud tal como lo señala nuestra Constitución cuya aplicación va de la mano con la Ley de Seguridad Social.

### **1.5.2. CASO N° 2334-16-EP Y SUS PARTICULARIDADES.**

En el análisis del caso N° 2334-16-EP, la Acción Extraordinaria de Protección presentada por Marco Geovanni Coellar Iñiguez, en contra de la sentencia desestimatoria de 30 de septiembre de 2016 dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, tiene como antecedente la AP N° 00020-2016 en contra del IESS, en virtud del desconocimiento de la vulneración del derecho constitucional a la salud de su *nieto*: Matías Nicolás Viteri Coellar, niño de nueve (9) años de edad por pertenecer a un grupo altamente vulnerable, esto es; por su condición de niño, por padecer de una discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%), así como de epilepsia y por no estar al cuidado de sus progenitores, sino de sus abuelos maternos.



En lo que concierne al fallo de primera instancia, el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, resolvió la AP a favor del niño Matías Nicolás, existiendo decisión de mayoría por parte de la Dra. Patricia Novillo y la Dra. Patricia Ávila y voto salvado del Dr. Nelson Pesántez. Detallados a continuación:

**Tabla 1.**

*DECISIÓN DE MAYORÍA Y VOTO SALVADO*

<b>DECISIÓN DE MAYORÍA</b>	<b>VOTO SALVADO</b>
A criterio de las Doctoras.-	Para el Dr. Nelson Pesántez.-
Es necesario ponderar todos los derechos y garantías constitucionales a favor del niño, por las circunstancias detalladas en el párrafo precedente, pues requiere del “más amplio espectro de protección, en particular del derecho constitucional a la salud, pues los derechos de los niños y de las personas con discapacidad son <i>derechos públicos</i> que no admiten discusión alguna” <sup>27</sup> .	Es de elemental justicia la atención prioritaria a los grupos vulnerables de la sociedad y en el presente caso, esta atención la debe brindar el Estado para el desarrollo integral del niño considerando el principio de Interés Superior del mismo.
Además, consideran que se ha vulnerado el derecho a la igualdad formal por la aplicación literal del artículo 102 de la Ley de Seguridad Social.	Pero lo más significativo en su decisión, es señalar el imperio supremo de las disposiciones constitucionales que deben y pueden absorber toda ley, reglamento, ordenanza o cualquier disposición que se oponga directa o indirectamente, viole y esté en pugna con los mandamientos constitucionales <sup>28</sup>

**Nota:** Fuente: Acción de Protección N° 01904-2016-00020. **Elaboración:** Propia

Sin embargo, en segunda instancia la sentencia emitida el 30 de septiembre de 2016, resolvió a favor del IESS al considerar la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que no ha existido vulneración de derechos constitucionales, en

<sup>27</sup> Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. Acción de Protección N° 01904-2016-00020 del 17 de agosto de 2016.

<sup>28</sup> *Ibíd.*



especial el derecho a la salud, por cuanto si bien es deber del Estado garantizar los derechos, para este fin se ha organizado a través de Ministerios y entre ellos el Ministerio de Salud Pública encargado de la salud de manera general, además se recalca que el IESS es una *entidad autónoma*, responsable de las contingencias del Seguro Universal Obligatorio pero únicamente para sus afiliados<sup>29</sup>, lo cual en el presente caso no es aplicable por ser el beneficiario nieto del accionante, situación que no se encuentra regulada dentro del alcance de protección de acuerdo con la Ley de Seguridad Social. Finalmente, se señala que lo que busca el accionante es la declaración de un derecho, por lo cual se torna improcedente la AP.

A partir de aquello, el señor Marco Geovanni Coellar Iñiguez presentó una Acción Extraordinaria de Protección, argumentando en lo principal que la sentencia impugnada vulnera derechos constitucionales: “Seguridad jurídica, derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social, igualdad y no discriminación, tutela judicial efectiva, motivación y derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”<sup>30</sup>, pues la motivación de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay no era coherente, ya que no consideró el análisis de un *derecho legítimamente adquirido*, haciendo regresivo el ejercicio del mismo y no se dio valor alguno al sistema de protección de derechos instaurado por la Junta Cantonal de la Niñez y Adolescencia (Acción de Protección 01904-00020, 2016).

---

<sup>29</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 370.

<sup>30</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020. Corte Provincial de Justicia del Azuay, Primera Sala Penal, y Tránsito. 2016-agosto-17.





La CC, al analizar el caso en concreto sostiene que, en la sentencia impugnada a través de la Acción Extraordinaria de Protección, los Jueces de la apelación:

- a. Realizaron su análisis en base a dos escenarios: 1) Argumentos del IESS; y, 2) Patria potestad y custodia, y en base a ello, no consideraron el hecho que generó la vulneración del derecho, con el propósito de fundamentar la respuesta negativa del IESS para no continuar atendiendo al niño<sup>31</sup>.
- b. No consideraron la resolución de la JCPD, desconociendo los diversos tipos de familia que existen y que han sido reconocidas por nuestra Constitución; y,
- c. No observaron la situación de doble vulnerabilidad del niño ni examinaron si el IESS prestó o no las facilidades para que éste pueda ser atendido en otro centro de salud.<sup>32</sup>

Por otra parte, la CC en base a su atribución de declarar la “inconstitucionalidad de normas conexas”<sup>33</sup>, modula los efectos de la sentencia reformándose de manera parcial la Ley de Seguridad Social en su artículo 102, pues ahora su alcance de protección abarca a **“dependientes menores hasta los dieciocho años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor”** (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 380-17-SEP-CC, caso No. 2334-16-EP.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 436 numeral 3

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 5



Finalmente, la Corte decidió declarar la vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de motivación y a la salud; y, por consiguiente, dejó sin efecto la decisión judicial cuya fundamentación no estuvo acorde con los derechos del niño.

## **1.6. LÓGICA QUE VINCULA LOS DATOS.**

### **1.6.1. PREGUNTAS GUÍAS.**

1. ¿Cuál es el efecto jurídico que surge en la decisión N° 380-17-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, relativo al derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social?
2. ¿Constituye una potestad de la Corte Constitucional, modular los efectos de una sentencia que contiene normas conexas inconstitucionales (artículo 102 de la Ley de Seguridad Social), a efecto de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, la supremacía constitucional y su inmediata aplicación para quienes se encuentren en una situación similar?
3. ¿Cuál es el efecto de la garantía de no repetición del acto violatorio emitida por la Corte Constitucional, en el presente caso?
4. ¿Cuál es el análisis que la Corte Constitucional hace sobre la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay?
5. ¿Cuáles son los efectos jurídicos de los actos administrativos de fecha 19 de mayo de 2014, expedido por la Junta Cantonal de Protección de Derechos que otorga la custodia familiar del niño Matías Nicolás Viteri Coellar y de fecha 28 de enero de 2016 dictado por el IESS que contiene la negativa de atención médica al niño como sujeto de protección?



## **1.7. LOCALIZACIÓN DE LAS FUENTES DE DATOS.**

Dentro del presente análisis de caso, éste se obtuvo por medios electrónicos, la sentencia se encuentra signada con el N°. 380-17-SEP-CC que radica en el portal web de la CC del Ecuador.<sup>34</sup> Una vez identificado el caso, se procedió a investigar los antecedentes y su contexto para medir la importancia e impacto que este tuvo dentro de la sociedad en general. Así también, se realizó una visita personal a la CC del Ecuador, donde se obtuvo copias simples del caso N° 2334-16-EP, que ha sido analizado. Se utilizó como herramienta principal la observación de campo, debido a que, es un recurso principal de la observación descriptiva; es decir, se utilizará esta técnica para analizar detenidamente el caso N° 2334-16-EP. Finalmente, estas herramientas permitirán recoger datos importantes, que serán utilizados para realizar el posterior análisis de caso y su informe final.

## **1.8. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.**

El propósito del presente estudio es analizar el caso N° 2334-16-EP a través de técnicas jurídicas, con el propósito de determinar la importancia en relación del acceso al derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social; esto, por medio de la Acción Extraordinaria de Protección. Además, se identificarán los argumentos, posiciones y recursos utilizados tanto por la parte accionante y la parte accionada respectivamente, que permitan encontrar datos suficientes para analizar el caso previamente mencionado.

---

<sup>34</sup> Ficha de Relatoría. Sentencia N°. 380-17-SEP-CC.  
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=380-17-SEP-CC>



La investigación es cualitativa, porque analizará la sentencia número 380-17-SEP-CC, emitida por la CC del Ecuador que acepta la demanda de Acción Extraordinaria de Protección planteada por el señor Marco Geovanni Coellar Iñiguez, quien compareció ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual dictó sentencia el 30 de septiembre de 2016 dentro de la AP N° 00020-2016.

Para la recolección de información se utilizará y aplicará como principal instrumento la observación de campo como forma de estudiar la realidad. El proceso por el cual se desarrollará el análisis de este caso contará en primer lugar con la selección y delimitación del caso, seguidamente se realizará una investigación de sus antecedentes, una recopilación del material bibliográfico necesario y suficiente para continuar con la lectura profunda del material y estructurarlo en un todo coherente y lógico, pues una vez obtenidos los datos, éstos serán analizados y procesados minuciosamente para concluir con el resumen y presentación de elementos gráficos, organización de temas, redacción del informe en borrador y la preparación del informe final.

### **1.9. INFORME PREVIO DEL CASO N° 2334-16-EP.**

Acción Extraordinaria de Protección en contra de la resolución emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual dictó sentencia el 30 de septiembre de 2016 dentro de la AP N° 00020-2016:

#### **DATOS GENERALES**

**PRIMERA INSTANCIA:** Tribunal de Garantías Penales del Azuay

- **Accionante:** Marco Geovanni Coellar Iñiguez



- **Accionado:** Ing. Pablo Esteban Ugalde Peña, en calidad de Director Provincial del Azuay del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- **Procuraduría General del Estado:** Ab. Wilson Javier Villarreal Leiva.

**SEGUNDA INSTANCIA:** Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay

- **Accionante:** Marco Geovanni Coellar Iñiguez
- **Accionado:** Ing. Pablo Esteban Ugalde Peña.
- **Procuraduría General del Estado:** Dr. Santiago Abad

**PROCESO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL:** Acción Extraordinaria de Protección

**EXPEDIENTE:** Número 2334-16-EP

- **Accionante:** Marco Geovanni Coellar Iñiguez
- **Accionados:** Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay
- **Terceros interesados:** a) Dr. Sebastián de los Reyes en representación del IESS; y, b) Dr. Diego Carrasco, representante de la Procuraduría General del Estado.

**PRETENSIÓN:** a.) Dejar sin efecto la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 dentro de la AP N° 00020-2016, b.) declarar la vulneración de los siguientes derechos constitucionales: Seguridad jurídica, derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social, igualdad y no discriminación, tutela judicial efectiva, motivación y derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; se ordene que el niño Matías Nicolás sea atendido por el IESS durante toda su vida; y, c.) que se incorpore al niño al



sistema de salud propio del IESS y pueda ser atendido en cualquiera de sus dependencias a nivel nacional.

### DESCRIPCIÓN DEL CASO:

**Tabla 2.**

CASO NO. 2334-16-EP

FECHA	DESCRIPCIÓN
25 de octubre de 2016	El señor Marco Geovanni Coellar Iñiguez, presenta una demanda de Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay de fecha 30 de septiembre de 2016, dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016.
09 de noviembre de 2016	La Secretaría General de la Corte Constitucional, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.
17 de enero de 2017	La Jueza Ponente: Dra. Pamela Martínez de Salazar avoca conocimiento y admite a trámite la causa (Sala de Admisión).
31 de enero de 2017	Se remite el caso sorteado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión ordinaria al juez Francisco Butiñá Martínez.
7 de junio de 2017	El juez Francisco Butiñá Martínez avoca conocimiento de la Acción Extraordinaria de Protección.
12 de junio de 2017	Comparecen los señores Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
16 de junio de 2017	Comparece el Abogado Marcos Arteaga Valenzuela, en calidad de delegado de la Procuraduría General del Estado.
22 de noviembre de 2017	Se emite la sentencia No. 380-17-SEP-CC, en donde se acepta la Acción Extraordinaria de Protección planteada por la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y a la salud.

**Autora:** Campoverde Verdugo Erika Samantha.

### 1.10. FUENTES DE CONSULTA.

La principal fuente de consulta es el caso N° 2334-16-EP, obtenido de manera personal ante la CC del Ecuador. Seguidamente, se analizará las leyes, reglamentos,



Tratados Internacionales, jurisprudencia y doctrina que guardan armonía con los derechos exigidos en la causa N° 2334-16-EP.

### **1.11. RECURSOS.**

El presente análisis de caso es una técnica científica que demanda y exige tiempo e inversión de recursos económicos, especialmente para la movilización a los distintos lugares donde se realizará la observación de campo, pues requiere ser examinado bajo instrumentos de estudio e interpretación permanente.



## **CAPÍTULO II**

# **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY DENTRO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN N° 00020-2016**

### **SUMARIO**

2. Análisis constitucional del caso N° 2334-16-EP. 2.1. Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. 2.2. Organismo de Protección, Defensa y Exigibilidad de derechos. 2.2.1. Junta Cantonal de Protección de Derechos. 2.3. Custodia familiar del niño Matías Nicolás Viteri Coellar a favor de Marco Geovanni Coellar Iñiguez por parte de la Junta Cantonal de Protección de Derechos. 2.3.1. Otorgamiento de la Custodia Familiar. 2.3.2. Efectos jurídicos. 2.4. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Ley de Seguridad Social. 2.4.1. Acto violatorio de derechos emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. 2.4.2. Efectos jurídicos. 2.5. La Acción de Protección y su Naturaleza Jurídica. 2.5.1. Objeto 2.5.2. Requisitos generales de procedibilidad. 2.6 Tribunal de Garantías Penales del Azuay. Audiencia. 2.6.1. Hipótesis de los comparecientes. 2.7. Decisión adoptada por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay. 2.8. Análisis Constitucional de la decisión adoptada por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016.- Decisión de mayoría y Voto Salvado.





## 2. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL CASO N° 2334-16-EP.

Previo al análisis constitucional del caso N° 2334-16-EP; esto es, la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, dentro de la AP N° 00020-2016, es necesario mencionar que, para el presente estudio de caso es trascendental partir del desarrollo de dos temáticas relacionadas con el problema materia de análisis: a) El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, integrado por la Junta Cantonal de Protección de Derechos; y, b) el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Ley de Seguridad Social.

### 2.1. SISTEMA NACIONAL DESCENTRALIZADO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

El Legislador con el propósito de que tanto la familia, la sociedad, así como el Estado garanticen el desarrollo integral y goce de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes, en aplicación de la Doctrina de Protección Integral y de principios rectores como el Interés Superior del niño, la no discriminación, el respeto del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo<sup>35</sup>, “en un marco de libertad, dignidad y equidad” (CNAdo, 2003), ha instaurado el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Este sistema, encuentra su pilar en la CRE y a la vez en el CNAdo. Es así que:

#### **Tabla 3.**

*SNDPINA*

---

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Obligaciones generales y principios rectores.



CONSTITUCIÓN DE 2008	CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
<b>Art. 341.- Protección integral a los habitantes del Estado.</b> - [...] El SNDPINA será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes [...] (CRE, 2008).	<b>Art. 190.- Definición y objetivos del Sistema.</b> - El SNDPINA [...] es un conjunto [...] de organismos, entidades y servicios públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos [...] para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes [...] (CNAdo, 2003).

**Nota:** Fuente: Constitución de la República del Ecuador-Código de la Niñez y Adolescencia.

**Elaboración:** Propia

De tal manera que, de la lectura de los artículos de estos dos cuerpos normativos se puede concluir que el SNDPINA, como un conjunto de entidades u organismos que forman parte del Estado, tiene como principal objetivo velar por la vigilancia, respeto, ejercicio y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por medio de planes y programas que permitan su protección como titulares especiales de derechos.

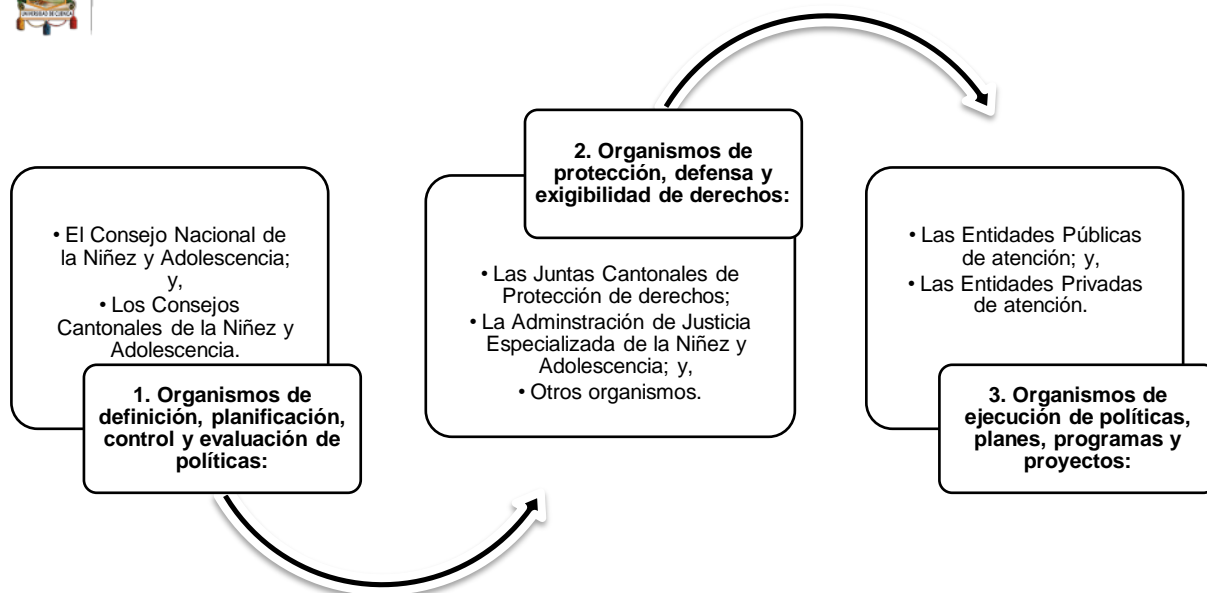
<sup>36</sup>Dicho lo anterior, se debe señalar que el SNDPINA, está integrado por tres niveles de organismos:

**Figura 2.**

*SNDPINA ORGANIZACIÓN*

---

<sup>36</sup> Los “**Consejos Nacionales de la Niñez y Adolescencia**”, creados por la Constitución de 1998, se transformaron en “**Consejos Nacionales para la Igualdad**”, en aplicación de la disposición transitoria sexta de la Constitución de la República del Ecuador. Además, la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, en su disposición transitoria décima dispone la transformación de los “**Consejo Cantonales de la Niñez y Adolescencia**” en “**Consejos Nacionales para la protección de derechos**”.



**Nota:** Fuente: Código de la Niñez y Adolescencia. **Elaboración:** Propia

Una vez detallada de manera sucinta los organismos que conforman el SNDPINA, en el presente estudio de caso se procederá a realizar un análisis de la Junta Cantonal de Protección de Derechos como Organismo de Protección, Defensa y Exigibilidad de derechos, partiendo desde su concepto hasta las medidas de protección que puede dictar en amparo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## **2.2. ORGANISMO DE PROTECCIÓN, DEFENSA Y EXIGIBILIDAD DE DERECHOS:**

### **2.2.1. JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS.**

#### **CONCEPTO.**

La JCPD es una instancia administrativa de nivel operativo, organizada y financiada por cada municipalidad a nivel cantonal o parroquial que pertenece a la administración pública. En este sentido, "(...) se trata entonces, de órganos que no



pueden ejercer sino las atribuciones que le asigna una norma expresa (...)” (Corporación de Estudios Decide, 2008, pág. 9).

Hay que señalar, además que se trata de un órgano que cuenta “con autonomía administrativa y funcional”<sup>37</sup>, lo cual implica organizarse para resolver problemas y cumplir con sus obligaciones sin la intromisión de otras autoridades, en especial para: a) Salvaguardar los derechos de quienes se encuentren en situación de riesgo o peligro, en especial de niños, niñas y adolescentes; y, b) Dictar medidas de protección para el cese inmediato de la vulneración de un derecho.

## **FUNCIONES.**

La JCPD, en virtud del artículo 206 del CNAdo tiene a su cargo ocho funciones, de las cuales como fundamento para el presente trabajo se deben destacar tres, sin que las demás resten importancia:

1. “La protección de los derechos individuales y colectivos de los niños, niñas y adolescentes en el respectivo cantón” (CNAdo, 2003). Al ser ésta su principal y más significativa función, se constituye en la razón de ser y naturaleza jurídica de este organismo,
2. El conocimiento de amenazas o transgresiones de derechos; y,
3. La disposición de medidas de protección necesarias para el resguardo o restitución del derecho vulnerado, así como la vigilancia de su cumplimiento.

---

<sup>37</sup>Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 205.



En consonancia con la señalado anteriormente, es sustancial comprender que la JCPD al tener a su cargo diversas funciones, NO significa que este organismo pueda DECLARAR derechos, siendo ésta una competencia exclusiva de los Jueces; por el contrario, su labor consiste en la PROTECCIÓN de los derechos de los niños, niñas y adolescentes<sup>38</sup>, reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, nuestra Carta Magna, así como en el CNAdo; y, es por ello que se encuentra facultada para disponer medidas de protección, mismas que serán analizadas a continuación.

### **MEDIDAS DE PROTECCIÓN.**

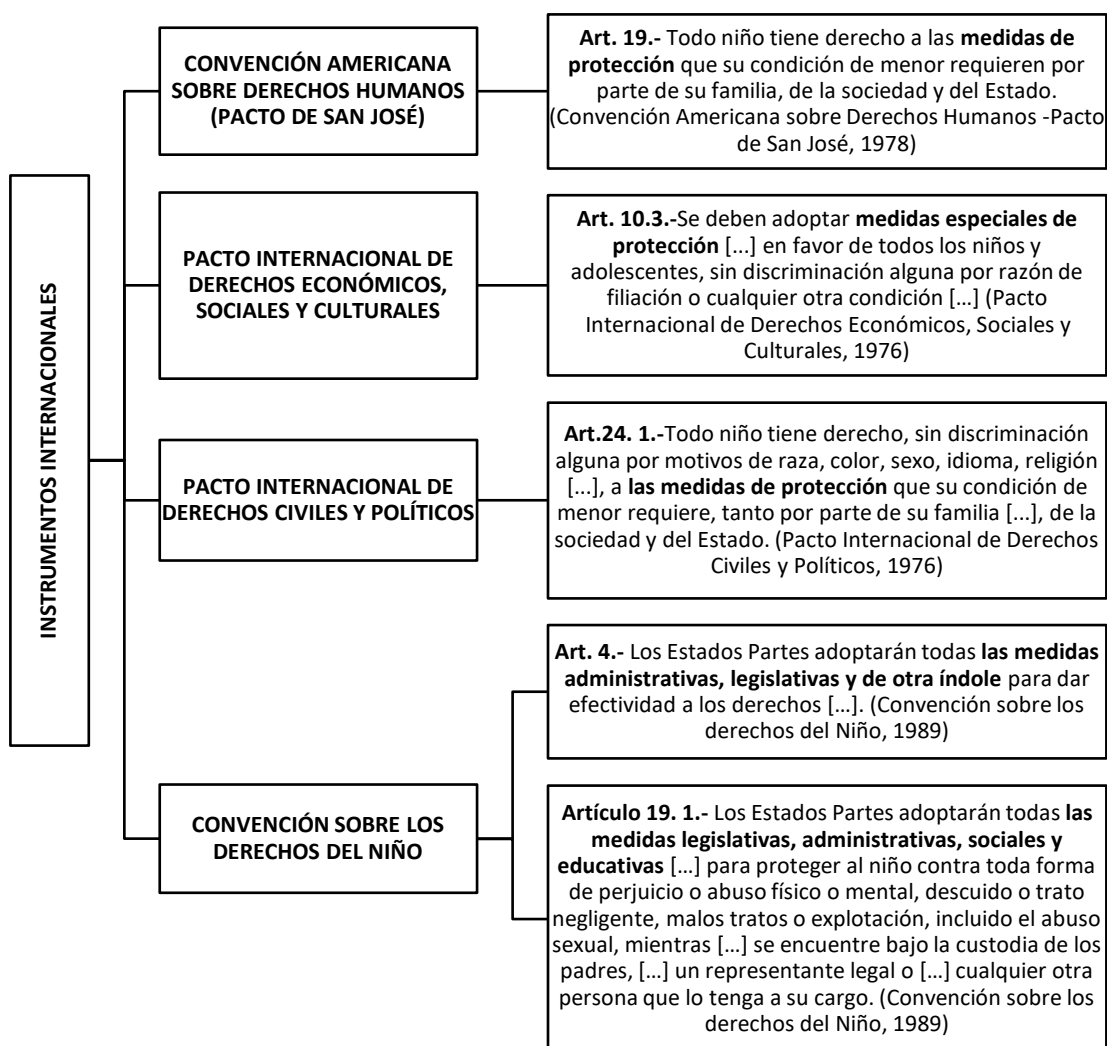
En torno a este aspecto, es preciso subrayar que este tipo de medidas encuentran su punto de partida, existencia, y regulación en el ámbito internacional, en diversos Instrumentos ratificados por el Ecuador, entre los cuales se pueden destacar:

#### **Figura 3.**

*INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*

---

<sup>38</sup>Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia. Guía de aplicación para la Junta Cantonal de Protección de Derechos. Embajada de la República Federal de Alemania Quito. Diciembre 2008.



**Nota:** Fuente: Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador. **Elaboración:** Propia

No obstante, se debe mencionar que a pesar de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el Instrumento básico para la protección de nuestros derechos, regula de manera genérica las medidas de protección sin especificarlas. Para el efecto, la Corte IDH, en el *caso de los Niños de la Calle Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala*, tratando de dar un mayor alcance a la aplicación del artículo 19 del Instrumento en mención, señala de manera ejemplificativa, que estas medidas incluyen, entre otras:



Las referentes a lo no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (1999, pág. 51).

Esta explicación de la Corte IDH, sirve como antecedente para la aplicación de los demás Instrumentos Internacionales que regulan de manera análoga este tipo de medidas. Sin olvidar que, además de su consideración cada Estado se encuentra en la obligación de asumir las medidas de protección que todos los niños, niñas y adolescentes bajo su jurisdicción requieran, “actuando de buena fe y conforme al principio *favor persona*” (Nogueira, 2017, pág. 3), adecuándolas de esta manera a su legislación interna.

De hecho, en nuestra legislación, esto es en el CNAdo se encuentran desarrolladas estas medidas, mereciendo un estudio un poco más extenso, a fin de explicar más adelante su nexo con el caso concreto. Por tanto:

**a. CONCEPTO<sup>39</sup>.**

Las medidas de protección son acciones concretas y especiales que la autoridad competente<sup>40</sup>, adopta mediante resolución a favor del niño, niña o adolescente ante la violación de sus derechos o la existencia de un riesgo que coloque en situación de debilidad manifiesta a sus titulares, ya sea por “acción u omisión del Estado, la sociedad, sus

---

<sup>39</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 215.

<sup>40</sup> Jueces de la Niñez y Adolescencia, Juntas Cantonales de Protección de Derechos y entidades de atención. Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 218.



progenitores, responsables o del propio niño o adolescente” (CNAdo, 2003). Dicho de otra manera, “implican el reconocimiento de situaciones objetivas y de hechos que perjudican el goce de los derechos y que [...], demanda una acción positiva y preferencial [...], que opere como mecanismo restitutorio, pero a la vez de prevención social” (Corporación de Estudios Decide, 2008, pág. 14).

Además, cabe señalar que la Corte IDH en su Opinión Consultiva, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, señala que: “La necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su *debilidad, inmadurez o inexperiencia*” (2002, pág. 62).

Por tanto, las medidas de protección atienden a la situación de vulnerabilidad de sus titulares, recordando que sus derechos predominan sobre los de las demás personas, constituyéndose en una especie de discriminación positiva a su favor<sup>41</sup>.

## **b. CATEGORÍAS.**

Las medidas de protección en aplicación del CNAdo, se clasifican en dos grupos: a) Administrativas; y, b) Judiciales. Sin embargo, para el estudio de caso se examinarán las primeras, que por ende solo conciernen

---

<sup>41</sup> **Opinión Consultiva – Corte IDH, OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.-** “Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales [...]. En tal orden la Convención y la Declaración consagran un trato preferente [...] en razón [...] de su peculiar vulnerabilidad.”





a la JCPD, como autoridad competente para su adopción y aplicación. En tal sentido, las medidas administrativas pueden ser a su vez:

- **Generales**<sup>42</sup>, teniendo por finalidad “apoyar a la familia y fortalecer sus vínculos”<sup>43</sup>, evitando cualquier detrimento a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y,
- **Especiales**, buscando proteger a sus titulares de situaciones contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes. En efecto, el artículo 79 del mencionado cuerpo normativo, en su parte pertinente señala:

**Art. 79.- Medidas de protección para los casos previstos en este título.** - Para los casos previstos en este título y sin perjuicio de las medidas generales de protección [...], las autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o más de las siguientes medidas: 2. Custodia familiar o acogimiento institucional (CNAdo, 2003).

Si bien este artículo regula trece medidas de protección administrativas especiales, la única que será analizada para el caso en concreto es *la custodia familiar*.

### c. ALCANCE DE PROTECCIÓN.

---

<sup>42</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 217.

<sup>43</sup> Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia. Guía de aplicación para la Junta Cantonal de Protección de Derechos. Embajada de la República Federal de Alemania Quito. Diciembre 2008.



La resolución de la JCPD, en virtud de la cual se dispone una o varias medidas de protección tiene “fuerza mandatoria” (Corporación de Estudios Decide, 2008, pág. 16), es decir es de obligatorio cumplimiento, respecto de quien por acción u omisión cometió la vulneración del derecho, procurando el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

### **2.3. CUSTODIA FAMILIAR DEL NIÑO MATÍAS NICOLÁS VITERI COELLAR A FAVOR DE MARCO GEOVANNI COELLAR IÑIGUEZ POR PARTE DE LA JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS.**

Como se mencionó en párrafos anteriores, en este apartado se analizará el otorgamiento de la medida de protección administrativa de custodia familiar del niño Matías Nicolás a favor de su abuelo Marco Geovanni Coellar Iñiguez por parte de la JCPD. Pero antes de ello, es necesario realizar una breve explicación en torno a este tipo de medida.

En palabras de Matilde Luna, la custodia familiar o acogimiento familiar consiste en “la práctica que lleva a un sujeto, niño, adolescente (...) a convivir como miembro transitorio o definitivo de otra familia que no es aquella en la cual nació” (Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF, 2013, pág. 17).

Por su parte, la Norma Técnica de Apoyo, Custodia y Acogimiento Familiar, del Ministerio de Inclusión Económica y Social define a esta figura como:

Una medida de protección administrativa dictada por la autoridad competente para los niños, niñas o adolescentes, que han sido vulnerados en sus derechos, otorgada a



un pariente de su familia biológica hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuando sus padres se encuentren imposibilitados temporalmente de su cuidado. (2019, pág. 19)

Lo dicho hasta aquí implica que, la custodia familiar se otorga cuando los padres no cumplen con su rol de cuidado y protección respecto de sus hijos, por lo que la convivencia familiar se torna complicada, colocándolos en una situación de riesgo y vulnerabilidad, de manera que dicho cuidado puede ser ejercido por terceras personas. Es decir, familiares cercanos pueden solicitar este tipo de medida de dos maneras: a) *Transitoria*, mientras cese el riesgo y se compruebe que los padres se han rehabilitado, existiendo un cambio en su actitud para la protección del niño, niña o adolescente, en cuyo caso ésta puede ser restituida; y; b) *Definitiva*, perdurando en favor de quien la haya requerido.

### **2.3.1. OTORGAMIENTO DE LA CUSTODIA FAMILIAR.**

Dicho lo anterior, en el análisis del caso N° 2334-16-EP dentro de la AP N° 00020-2016 presentada por Marco Geovanni Coellar Iñiguez, en fecha 5 de febrero de 2014 se elevó un parte policial por el Sargento Carlos Samaniego Quinde al Jefe Provincial de la Dirección Nacional de Policía Especializada para niños, niñas y adolescentes (DINAPEN) de la Subzona Azuay haciendo conocer la denuncia realizada por Marco Geovanni, quien manifestó que:

Hace unos 15 días [...] su hija de nombres María José Coellar Delgado de 26 años de edad había abandonado su domicilio llevándose consigo a sus hijos [...] Matías Nicolás Viteri Coellar y Juan Martín Durán Coellar de 7 y 2 años de edad [...], y que el día de hoy en circunstancias que la señora antes descrita se

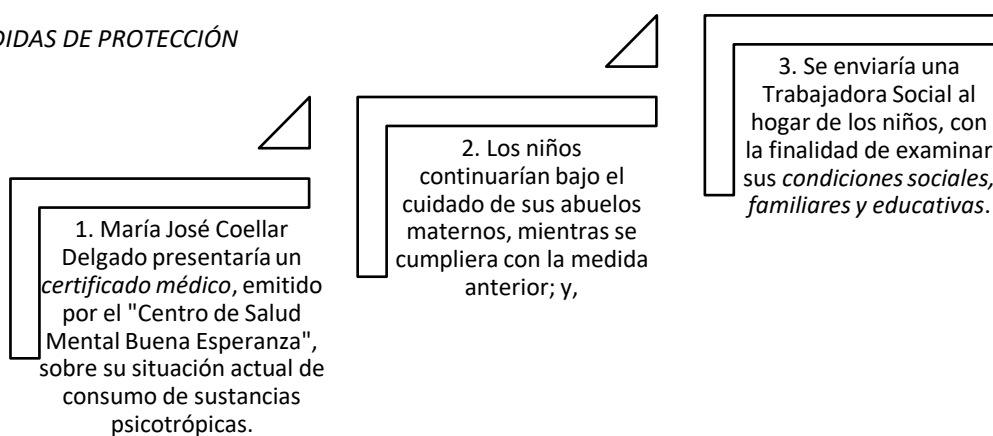
había acercado a la casa de su tía a encargar a sus hijos, la misma se había percatado que en su bolso tenía una funda y en cuyo interior una sustancia verdosa (marihuana) por lo que le había quitado, además acoto el denunciante que su hija es drogadicta en recuperación.<sup>44</sup>

Frente a esta situación y con la finalidad de salvaguardar el desarrollo integral de los niños, en su integridad física y psicológica, los agentes de policía los entregaron a sus abuelos maternos para su protección.

Con lo acontecido, la JCPD en fecha 10 de marzo de 2014 procedió a la apertura del caso N° 0253-JCPD-2014, al tener conocimiento de la situación que atravesaban los niños y en aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera especial respecto de las medidas de protección y de los principios de Interés Superior y Pro homine o Pro persona, dispuso tres medidas<sup>45</sup>, a saber:

**Figura 4.**

*MEDIDAS DE PROTECCIÓN*



**Nota:** Fuente: Medidas "JCPD". **Elaboración:** Propia

<sup>44</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020- Segundo Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. 2016-agosto-17.

<sup>45</sup> *Ibíd.*



Ejerciendo su derecho a la defensa y contradicción, María José en la misma fecha, 10 de marzo de 2014 presentó su contestación ante la JCPD, solicitando la recuperación y reinserción familiar de los niños, indicando además que sus padres junto con los agentes de policía de manera arbitraria y sin orden alguna se llevaron a sus hijos, presumiendo que su actuar se debía a que hace un tiempo atrás ella decidió independizarse junto con los niños. Sin embargo, la Instancia Administrativa mantuvo las medidas dictadas en defensa de Matías Nicolás y Juan Martín.

Por su parte la Trabajadora Social, al presentar su informe arribó a las siguientes conclusiones y recomendaciones<sup>46</sup>, que se esquematizan a continuación:

**Tabla 4.**

*CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES*

<b>CONCLUSIONES:</b>	<b>RECOMENDACIONES:</b>
a. Los niños Matías Nicolás y Juan Martín mantienen una excelente relación con su familia materna, no así respecto de sus familias paternas o de su madre. Además, desde que los niños están bajo el cuidado de sus abuelos maternos, María José no los volvió a visitar.	a. La madre de los niños requiere de <i>ayuda especializada</i> en base a dos situaciones: <ul style="list-style-type: none"><li>• Consumo de sustancias psicotrópicas; y,</li><li>• Fortalecimiento de sus relaciones afectivas con sus hijos, asumiendo su rol materno.</li></ul>
b. La madre al igual que los padres de los niños, consumían sustancias psicotrópicas y esto afectó únicamente a Matías Nicolás, presentando una discapacidad intelectual del cuarenta	b. Otorgar la <i>custodia temporal</i> de los niños a sus abuelos maternos, mientras la madre logre sobreponerse de su problema de adicción.

<sup>46</sup> *Ibídem.*



por ciento (40%).	
c. El padre de Matías Nicolás no está al día en el pago de pensiones alimenticias y son sus abuelos quienes terminan cubriendo los gastos de sus medicamentos.	c. <i>Apoyo psicológico:</i> <ul style="list-style-type: none"><li>• Para los niños, con el objetivo de garantizar sus derechos y protección en el entorno familiar; y,</li><li>• Para la madre y sus padres para mejorar su relación pero además con Matías Nicolás y Juan Martín.</li></ul>
d. El padre de Juan Martín, al contrario cumple con sus responsabilidades respecto de su hijo, pero no desea la custodia del niño porque tiene otro hijo a su cuidado.	

**Nota:** Fuente: Caso N° 0253-JCPD-2014. **Elaboración:** Propia

Finalmente y por no cumplirse con la primera medida dispuesta, al no existir interés de la madre hacia sus hijos y por presentar problemas con sustancias psicotrópicas, la JCPD en fecha 19 de mayo de 2014, dispone de *manera definitiva* la custodia familiar de los niños a favor de sus abuelos maternos, quienes se comprometen a su “cuidado, protección y garantía de sus derechos”.<sup>47</sup>

### 2.3.2. EFECTOS JURÍDICOS. - CUSTODIA FAMILIAR.

La Corte IDH en su Opinión Consultiva, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, señala que, “[...] Debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del Interés Superior de aquél. La separación debe ser excepcional y preferentemente temporal” (2002, pág. 86).

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*



Indiscutiblemente, la regla general como lo señala la Corte IDH, radica en que la separación debe ser *excepcional y temporal*, de manera que una vez que haya cesado el riesgo el niño pueda retornar a su entorno familiar. Sin embargo, en ocasiones existen circunstancias determinantes por las que además de no existir interés respecto del bienestar y cuidado de los hijos se termina amenazando o vulnerando sus derechos, como se puede observar en los párrafos precedentes y la custodia familiar debe ser otorgada de manera definitiva; es por ello que, en este análisis de caso, los efectos jurídicos que genera esta medida de protección son:

1. La imposibilidad de reinscripción familiar de los niños a su núcleo familiar, al no cooperar la madre con su proceso de rehabilitación, amenazando la protección de sus hijos; y,
2. La JCPD precautelando el cuidado, protección y garantía de los derechos de Matías Nicolás y Juan Martín otorga su custodia definitiva a sus abuelos maternos, en vista de que el padre del primer niño no asume su responsabilidad como tal, al no velar por sus intereses y el padre del segundo niño tiene otro hijo a su cuidado.

#### **2.4. INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y LEY DE SEGURIDAD SOCIAL.**

Antes de entrar a examinar el acto violatorio de derechos emitido por el IESS, esto es el memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, corresponde realizar el siguiente comentario.



El IESS a través de la historia ha sido objeto de varias transformaciones no sólo respecto de su denominación sino también de los beneficios y contingencias a los que se encuentra obligado respecto de sus afiliados, existiendo hoy en día un catálogo más amplio de derechos a ser protegidos, como las prestaciones de salud.

Retornando al tema que nos ocupa, nuestra Carga Magna al referirse a la Seguridad Social y de manera especial al IESS, establece que al ser una entidad pública, autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio responsable del Seguro Universal Obligatorio para la cobertura de diversas contingencias, así como para las prestaciones de salud o servicios médicos, fundamenta sus actuaciones en nueve principios<sup>48</sup>, a saber:

- Solidaridad, Obligatoriedad, Universalidad, Equidad, Eficiencia, Subsidiariedad, Suficiencia, Transparencia; y, Participación.

Y lo hace, con la finalidad de asistir las necesidades individuales y colectivas de la población en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, por regla general. No obstante, cuando se trata de personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria o personas que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad, el panorama cambia pues el Estado tiene la obligación de velar por una protección especial dirigida hacia estos grupos, considerando que su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Norma Suprema<sup>49</sup>.

A su vez de manera complementaria, la Ley de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial Suplemento 465 el 30 de noviembre de 2001, regula de manera más

---

<sup>48</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 34.

<sup>49</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 11 numeral 9 inciso primero.





específica los temas inherentes a la Seguridad Social como: Los sujetos de protección, riesgos cubiertos, recursos, contribuciones, prestaciones, su alcance de protección, entre otros y lo hace con el propósito de evitar cualquier menoscabo en los derechos de las personas, pues de ocurrir lo contrario sus beneficiarios se encuentran facultados no sólo por la Constitución, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos sino también por esta Ley para ser atendidos inmediatamente y en las mejores condiciones, velando así por una vida digna, su cuidado y amparo como titulares de derechos que son.

En contraste con lo señalado en los dos párrafos precedentes, existen ocasiones en las que por acción u omisión no se otorga una adecuada protección, por lo que se termina materializando la violación del derecho sin considerar la situación o riesgo en que se encuentra la persona, solo por la aplicación restrictiva de la norma como se podrá observar a continuación y que al final resulta ser defectuosa o limitante.

#### **2.4.1. ACTO VIOLATORIO DE DERECHOS EMITIDO POR EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (MEMORANDO N° IEES-DPA-SPPSS-2016-0299-M).**

Como antecedente, se tiene que mencionar que una vez que la JCPD otorgó la custodia familiar de Matías Nicolás a favor de sus abuelos, el señor Marco Geovanni Coellar Iñiguez en calidad de afiliado al IEES, en el mes de marzo de 2015 solicitó por escrito a esta Institución se le autorice la atención médica de su nieto, la cual fue notificada y aprobada vía mail en fecha 8 de abril de 2015 por el Director Administrativo de dicha casa de salud, acudiendo en lo posterior al Dispensario Central del IEES, para registrar al niño en su sistema y a su vez para la



apertura de su historia clínica, portando la resolución de la JCPD para los fines pertinentes.

El niño era atendido con normalidad, no obstante, desde pediatría se lo deriva a un especialista, en vista de haber sido diagnosticado con epilepsia y a partir de este momento se le niega el acceso a la salud únicamente por no ser hijo del afiliado, a través del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, sin considerar además su discapacidad intelectual y su derecho adquirido desde las primeras consultas.

En este punto, el IESS como entidad pública y de acuerdo con su naturaleza jurídica, al encontrarse “dotado de autonomía normativa y administrativa” (Ley de Seguridad Social, 2001) por la Ley, está facultado para emitir su propia normativa interna y es en virtud de ello, que el análisis de su negativa tuvo fundamento principalmente en la Ley de Seguridad Social y de manera conexas en las Resoluciones CD. 265 y CD. 357, que a continuación se pormenorizan:

- **Ley de Seguridad Social.** –

**Art. 102.- Alcance de protección.** – [...] El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual [...] (Ley de Seguridad Social, 2001).

- **Resoluciones.** –



### 1. Resolución CD 265.<sup>50</sup>

**Art. Único.** - Los hijos e hijas de afiliados y afiliadas del IESS [...], serán beneficiarios hasta que cumplan dieciocho (18) años de edad, de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades, recuperación y rehabilitación de la salud individual (Resolución del IESS 265, 2009).

### 2. Resolución CD 357.<sup>51</sup>

“**Art. 1.-** Reemplazar en el artículo único de la Resolución C.D. 265 [...]: "seis (6)"por "dieciocho (18)” (Resolución del IESS 357, 2011).

Por tanto, en aplicación de las disposiciones antes señaladas el IESS sostiene que la Ley de Seguridad es “muy clara y no se presta a interpretación alguna”<sup>52</sup>, cuando dispone que su alcance de protección abarca a los HIJOS MENORES hasta los dieciocho (18) años de edad, sin considerarse por ningún motivo a los nietos bajo custodia legal de sus abuelos como sujetos de protección. Es así que, pretendiendo asegurar el derecho de Matías Nicolás sostiene que el niño puede acceder a las prestaciones de salud o servicios médicos que necesite a través del Ministerio de Salud Pública por intermedio de la Red Pública Integral de Salud.

### 2.4.2. EFECTOS JURÍDICOS. - MEMORANDO N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M.

---

<sup>50</sup> Publicada en el Registro Oficial 624 el 01 de julio de 2009. Atención a hijos de afiliados por orfandad al IESS hasta los 6 años.

<sup>51</sup> Publicada en el Registro Oficial 400 el 10 de marzo de 2011. Reglamento del Seguro Individual y Familiar del IESS.

<sup>52</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020- Segundo Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. 2016-agosto-17.



Es necesario, comenzar indicando que el Estado se encuentra en la obligación de respetar, proteger y poner en práctica el derecho a la Seguridad Social y el derecho a la Salud, en especial cuando se trata de niños, niñas o adolescentes y éstos se encuentren en situación de doble vulnerabilidad no solo por su condición de titulares especiales, sino también por padecer algún tipo de discapacidad, a través de sus instituciones sean públicas o privadas y es en virtud de ello que, la Corte IDH, en el *caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*, manifiesta: “La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, que incluso deben ser mayores en casos de niños con discapacidad [...]” (2012, pág. 48).

En este sentido, nuestra legislación interna al tratar sobre las personas con discapacidad, instituye un amplio catálogo de derechos a su favor, garantizando así la vigencia y ejercicio pleno de los mismos. Es por ello que, cuando de su salud se trata tanto nuestra Carta Magna, el CNAdo así como la Ley Orgánica de Discapacidades, reconocen su derecho a una atención especializada no sólo en el ámbito público sino también en el privado, de instituciones que presten servicios adecuados para su mejoramiento, incluyendo la “provisión de medicamentos de manera gratuita y más aún cuando se trate de personas que necesiten tratamiento de por vida.”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 47.



Se debe agregar que, la Seguridad Social al ser un *derecho universal* reconocido en principio en virtud del análisis de caso, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de los Niños, así como en la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, el Estado tiene el deber de adecuar su normativa interna con los Instrumentos antes mencionados, con el propósito de evitar la existencia de normas defectuosas violadoras de derechos. Es así que, la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014 señala:

La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas (...) y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los Derechos Humanos.  
(2014, pág. 10)

Al mismo tiempo, cuando se tiene facultad normativa por ser una entidad autónoma creada por la CRE<sup>54</sup>, es trascendental considerar al momento de emitir resoluciones o decisiones, principios para el ejercicio de los derechos como son: principio de Supremacía Constitucional, Igualdad y no Discriminación, Pro Homine o Pro Persona, y Progresividad y no regresividad.

Con todo lo desarrollado en este título, es indudable que el memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, constituye un acto violatorio de derechos por las siguientes razones:

---

<sup>54</sup> Ley de Seguridad Social. Art. 16.



1. Al tratarse de niños, niñas o adolescentes, no se considera que éstos merecen una protección especial por parte del Estado, a través de sus instituciones, más aún en situación de doble vulnerabilidad en aplicación de la Doctrina de Protección Integral y del Principio de su Interés Superior, por los cuales sus derechos deben prevalecer por sobre los de las demás personas, adoptando para el efecto medidas especiales, las cuales deben ser además de obligatorio cumplimiento.
2. Al negarse el acceso a la salud mediante el sistema de Seguridad Social a Matías Nicolás por la aplicación estricta de la norma, se está inobservando la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH, por no existir un adecuado ajuste de la normativa interna a las disposiciones convencionales que regulan el tema materia de análisis.
3. Se mantiene la concepción de que la fuente de derecho por excelencia es la Ley retornando a un Estado de Derecho, olvidando que con la vigencia de la Constitución de 2008 impera un Estado Constitucional de Derechos y Justicia cuyo fin “es el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente establecidos” (Santamaría, 2011).
4. Se vulneran principios constitucionales como:
  - **Supremacía Constitucional**, porque al ser la Constitución la Norma Suprema, tiene que prevalecer sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el caso de análisis se acude a la Ley como



principal fuente de aplicación, sin considerar el orden jerárquico de aplicación de las normas, por la autonomía normativa del IESS.

- **Igualdad y no discriminación**, porque por este acto violatorio de derechos se produce un trato discriminatorio a Matías Nicolás, por su estado de salud y por no ser hijo del afiliado, sin considerar que Marco Geovanni Coellar Iñiguez posee su custodia familiar.
- **Pro Homine o Pro Persona**, porque el Subdirector Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Azuay del IESS, en lugar de aplicar las normas y la interpretación más favorable para la protección de los derechos individuales de Matías Nicolás; esto es, la Constitución, Instrumentos Internacionales, CNAdo y la Ley Orgánica de Discapacidades, decide aplicar una norma infraconstitucional restrictiva de derechos.
- **Progresividad y no regresividad**, porque el negar el acceso a la salud mediante el sistema de Seguridad Social a Matías Nicolás vuelve regresivo el ejercicio de este derecho que fue adquirido cumpliendo todos los requisitos que para el efecto el ordenamiento jurídico vigente exige. Es así que, la CC del Ecuador en su sentencia N° 184-14-SEP-CC, caso N° 2127-11-EP al respecto señala, “Una vez consolidado no puede ser desconocido ni vulnerado por los actos o disposiciones posteriores, es decir, se debe respetar los derechos adquiridos; en tal virtud, se entienden incorporados como válidos y definitivos [...]” (Sentencia N° 184-14-SEP-CC, 2014).



## 2.5. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU NATURALEZA JURÍDICA.

La CRE, ha traído consigo diversos avances sustanciales en materia de Derechos Humanos tanto en su parte dogmática como orgánica, no solo respecto del contenido de los derechos en sí mismos, sino también del reconocimiento de sus garantías frente a cualquier forma de poder<sup>55</sup> y en razón de ello, reconoce un amplio catálogo de garantías a favor de cualquier persona o grupo de personas.

Es preciso señalar que, la noción de *garantía* siempre ha estado ligada a la protección o tutela<sup>56</sup> de los derechos. Y en virtud de ello, Luigi Paolo Comoglio entiende por garantía:

[...] Todo instrumento [...] jurídico que se encuentre en aptitud de hacer convertir un derecho meramente “reconocido” o “atribuido” en abstracto por la norma, en un derecho efectivamente “protegido” en concreto y, [...] susceptible de [...] “actuación” o ‘reintegración’ cada vez que resulte violado (2016, pág. 9).

Así que, una garantía es un mecanismo de salvaguarda o protección para el goce o ejercicio de los derechos, ante la existencia de un peligro o amenaza. En este mismo sentido, Ramiro Ávila Santamaría en su artículo *las Garantías Constitucionales: Perspectiva Andina*, señala:

Las garantías [...] son [...] mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin la garantía, los derechos serían meros enunciados líricos que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad (2010, pág. 3).

---

<sup>55</sup> Los derechos y sus garantías – ensayos críticos. Prólogo de Miguel Carbonell. Ramiro Ávila Santamaría. Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos.

<sup>56</sup> Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción? Carolina Silva Portero.





De igual manera, Luigi Ferrajoli en su teoría del modelo garantista establece que “la existencia de un derecho demanda la creación de una garantía adecuada.” (2010). Es por ello, que para este Jurista Italiano las garantías pueden clasificarse en primarias y secundarias:

- Las **garantías primarias**, aseguran el correcto funcionamiento del Estado y del sistema jurídico, entre ellas se destacan: El atributo del Estado como *de derechos*, el reconocimiento del principio de legalidad, la regulación del principio de Supremacía Constitucional y la definición de los fines últimos del Estado (Pinto & Porras Velasco, 2012, pág. 98).
- Las **garantías secundarias**, “son mecanismos administrativos o jurisdiccionales que permiten proteger los derechos de las personas en casos concretos” (Pinto & Porras Velasco, 2012, pág. 98). Es decir, permiten materializar y aplicar el derecho ya sea resarciéndolo o sancionando el acto violatorio. Dentro de este tipo de garantías encontramos:
  - Garantías Normativas<sup>57</sup>, Garantías de Políticas Públicas<sup>58</sup>, Garantías Institucionales o Extrajudiciales; y, Garantías Jurisdiccionales<sup>59</sup>.

Este último tipo de garantías, al ser objeto de análisis constituyen “un conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema jurídico estatal cumplen con una función de tutela directa de los derechos [...]” (Pinto, 2012,

---

<sup>57</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 84.

<sup>58</sup> *Ibíd*em, Art. 85.

<sup>59</sup> *Ibíd*em, Art. 86-94.



pág. 29), otorgando a su titular la facultad de accionarlas de manera inmediata para su protección, declarándose así la vulneración de uno o varios derechos y finalmente su reparación frente a los perjuicios ocasionados. A su vez, dentro de este tipo de garantías existen siete tipos de acciones, de las cuales la única que será estudiada es la AP.

En el presente análisis de caso, el señor Marco Geovanni Coellar Iñiguez en calidad de accionante en la AP N° 00020-2016, tiene como pretensión que mediante sentencia: a) Se declare la vulneración de los siguientes derechos: derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social, igualdad y no discriminación y derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; y, b) Se ordene como reparación integral el restablecimiento de Matías Nicolás al sistema de salud del IESS con la finalidad de ser atendido por sus facultativos.

### **2.5.1. OBJETO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.**

La AP, se instituye como “una cláusula general de competencia en materia de garantías”<sup>60</sup> que permite la protección de todos los derechos, concretamente de aquellos que no se encuentran tutelados por las demás garantías jurisdiccionales o que no cuentan con una “vía procesal especial”<sup>61</sup>.

A tal efecto, la aludida garantía por ser de *naturaleza reparatoria*, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, cuando su vulneración se

---

<sup>60</sup> Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Tomo 2 - Parte especial 1 - Garantías constitucionales en Ecuador.

<sup>61</sup> La acción de protección su eficacia y aplicación en el Ecuador. Alcides J. López-Zambrano.



origine por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación de su goce o de una persona particular (CRE, 2008).

### 2.5.2. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD.

- 1. Violación de un derecho constitucional.** Este requisito implica que la vulneración del derecho ineludiblemente debe afectar a *su contenido constitucional* por acciones u omisiones y no a sus otras dimensiones; en particular, el ámbito patrimonial porque de ser así la vía idónea para resolver la controversia sería la ordinaria (Pinto, 2012, pág. 104).
- 2. La acción u omisión debe provenir de una autoridad pública no judicial o de un particular,** siempre que en éste último caso, se provoque un daño grave, se presten servicios públicos impropios, se actué por delegación o concesión; y, si la persona perjudicada se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación.<sup>62</sup>
- 3. Inexistencia de otro mecanismo de protección apropiado y efectivo para preservar el derecho violado.**

La parte accionante, sustentó la AP en la vulneración a los derechos constitucionales de: Salud mediante el sistema de Seguridad Social, igualdad y no discriminación y derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. En donde, se fundamentó en haber obtenido la custodia familiar de Matías Nicolás de forma legítima

---

<sup>62</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 41.



con ayuda de la JCP y en cumplir con los requisitos solicitados por el IESS para registrar al niño en su sistema.

## **2.6. TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY. AUDIENCIA.**

Con los antecedentes expuestos, el Tribunal de Garantías Penales del Azuay conformado por los jueces Doctor Nelson Pesántez (Ponente) y Doctoras Patricia Novillo y Patricia Ávila, en fecha 18 de agosto de 2016 avocó conocimiento de la presente causa en virtud del sorteo de ley y tras examinar la acción propuesta por Marco Geovanni Coellar Iñiguez sobre la base del artículo 13<sup>63</sup> con referencia a los artículos 39<sup>64</sup>, 41<sup>65</sup> y 42 numeral 1, 3 y 4<sup>66</sup> de la LOGJCC, calificó la demanda de garantía jurisdiccional de clara y completa, por considerar la presunción de transgresión a derechos y garantías constitucionales que no podían ser remediados u objetados por la vía judicial, para inmediatamente convocar a las partes a una audiencia pública con la finalidad de resolver la presente acción.

La LOGJCC, determina que la referida audiencia se efectuará bajo la dirección del juez en el día y hora señalado, de manera que podrán tomar parte la persona afectada al igual que el accionante cuando no se trate de la misma persona; así mismo, la autoridad judicial podrá escuchar a otras personas o instituciones para mejor resolver. Dicho lo anterior, la audiencia iniciará con la intervención del afectado o accionante, quien probará en lo posible el menoscabo y fundamentos de su acción; seguidamente, intervendrá la persona o entidad accionada que deberá rebatir exclusivamente de los fundamentos

---

<sup>63</sup> Calificación de la demanda de garantía.

<sup>64</sup> Objeto de la acción de protección.

<sup>65</sup> Procedencia y legitimación pasiva.

<sup>66</sup> Improcedencia de la acción.



expuestos. Llegado a este punto, tanto accionante como accionado tendrán derecho a la réplica y la última intervención corresponderá al accionante. Por consiguiente, cada una de las partes tendrá hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar; más si se tratará de terceros interesados y si la autoridad judicial lo permitiera, podrán intervenir diez minutos<sup>67</sup>.

Durante el desarrollo de la audiencia, el juez deberá formular las preguntas que considere pertinentes para el caso, controlar la actividad de las partes e impedir dilaciones innecesarias<sup>68</sup>. Consecuentemente, la misma finalizará tan sólo cuando la autoridad judicial se forme criterio sobre la vulneración de los derechos y emitirá sentencia motivadamente de manera verbal, expresando su decisión en la misma audiencia<sup>69</sup>, la cual será notificada por escrito a las partes dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Finalmente, de ser necesario para la para la práctica de pruebas, el juez podrá suspender la audiencia y señalar nueva fecha y hora para su prosecución<sup>70</sup>.

### 2.6.1. HIPÓTESIS DE LOS COMPARECIENTES.

- **ACCIONANTE.** Actuó como accionante, el señor Marco Geovanni Coellar Iñiguez, en calidad de responsable del niño Matías Nicolás:

Propone la AP en contra del IESS, a fin de que se deje sin efecto el memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M de fecha 28 de enero de

---

<sup>67</sup> LOGJCC, Art. 14 inc. 1

<sup>68</sup> *Ibíd.*, Art. 14 inc. 2

<sup>69</sup> En la cual se deberá: a) Ordenar la reparación integral material e inmaterial; y, b) Especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, así como las condiciones en que deban cumplirse. Constitución de la República del Ecuador. Art. 86 numeral 3.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, Art. 14 inc. 3



2016, expedido por la Subdirección Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Azuay. En la cual se establece que el niño Matías Nicolás ya no puede ser atendido por esta casa de salud, en razón de no encontrarse dentro de los sujetos de protección que al respecto prevé el artículo 102 de la LSSoc, vulnerando su derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social, igualdad y no discriminación y derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

- **ACCIONADO.** Actúo como accionado, el Ing. Pablo Esteban Ugalde Peña en calidad de Director Provincial del IEES:

No existe vulneración de los derechos que aduce el accionante, ya que en la LSSoc (artículo 102), se establece que solamente el afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho y sus hijos menores hasta los dieciocho años de edad, además del jubilado serán beneficiarios de acciones integrales de fortalecimiento y promoción de la salud, sin considerar al respecto a nietos bajo custodia legal de sus abuelos y que para el efecto se puede acudir a otra casa de salud a través de la Red Pública Integral de Salud, asegurando el derecho del niño.

- **PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.** Actúo como tercero interesado, el Abg. Wilson Javier Villarreal Leiva, en calidad de Abogado de la Procuraduría General del Estado:

Los derechos que invoca el accionante no están siendo vulnerados, dado que existe un desconcierto respecto del acto que se genera en la JCP, pues si



bien la custodia familiar la tiene el accionante, esto no implica que tenga la patria potestad judicialmente declarada del mismo. Es por ello, que el niño tiene que cumplir con los requisitos establecidos en la LSSoc.

## **2.7. DECISIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY.**

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, al emitir su fallo en fecha 31 de agosto de 2016 resuelve a favor del niño Matías Nicolás la AP presentada por su abuelo el señor Marco Geovanni Coellar Iñiguez, impidiendo que el acto administrativo expedido por el IESS le prive de su derecho constitucional a la salud mediante el sistema de Seguridad Social, en virtud de que los derechos de los niños son *obligatorios e irrenunciables*. Es por ello que, respecto de esta decisión existen dos criterios uno por parte de las juezas Doctoras Patricia Novillo y Patricia Ávila y otro por parte del juez Doctor Nelson Pesántez, que serán analizados en el siguiente título.

## **2.8. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY DENTRO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN N° 00020-2016.- DECISIÓN DE MAYORÍA Y VOTO SALVADO.**

La resolución emitida por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, dentro de la AP N° 00020-2016 tuvo un carácter eminentemente garantista y tutelar de Derechos Humanos, ya que reconoció la vulneración del derecho constitucional a la salud mediante el sistema de Seguridad Social de Matías Nicolás de la siguiente manera:



**a. DECISIÓN DE MAYORÍA.**

**Juezas.** - Doctoras Patricia Novillo y Patricia Ávila. La decisión formulada por las Juezas para esclarecer el fondo de la controversia, tuvo su fundamento en dos escenarios:

1. Vulneración o no de derechos constitucionales de Matías Nicolás; y,
2. Existencia o no por parte de la institución accionada de actos u omisiones que vulneren o hayan vulnerado derechos constitucionales del niño, “menoscabando, disminuyendo o anulando su goce y ejercicio”<sup>71</sup>.

Para dilucidar los puntos antes mencionados, a criterio de las Juezas es importante hacer las siguientes observaciones:

- La JCP como instancia administrativa encargada del cuidado y protección de niños, niñas y adolescentes y en uso de sus facultades, en fecha 19 de mayo de 2014 dictó una medida de protección a favor de Matías Nicolás y su hermano; esto es, su custodia familiar a cargo de sus abuelos maternos, en razón de que su entorno familiar era disfuncional.
- El accionante protegiendo los derechos de su nieto, considerando su edad, discapacidad intelectual y enfermedad, afilió al niño en el IESS, quien era atendido con normalidad. Sin embargo, al ser transferido desde pediatría al área de neurología, dicha atención fue objetada en aplicación del artículo 102 de la LSSoc.

---

<sup>71</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020. Segundo Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. 2016-agosto-17.





Conviene subrayar que, si bien el cuerpo normativo antes mencionado establece el alcance de protección que ofrece el IESS, resulta “necesario ponderar todos los derechos y garantías constitucionales a favor del niño, sin que esto implique una vulneración al derecho a la Seguridad Jurídica”<sup>72</sup>. Por tanto, las Juezas al consignar su decisión de mayoría consideran:

1. La situación de Matías Nicolás no solo por su edad, estado de salud sino también por estar al cuidado y protección de sus abuelos maternos, al no encontrarse sus padres en capacidad para otorgarle una vida adecuada y digna. Y es por ello que:
  - a. El niño requería de una amplia gama de protección por parte del Estado, quien asume la obligación de garantizar su derecho en fusión con el ejercicio de otros, entre ellos la Seguridad Social, en aplicación de diversas políticas, permitiendo su acceso permanente, adecuado y sin excepción alguna<sup>73</sup>.
  - b. El derecho del niño además implicaba, su acceso gratuito a programas de salud pública de manera continua e ininterrumpida para la “prevención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades” (CNAdo, 2003); a más del “acceso a medicina gratuita.” (CNAdo, 2003).

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 32.



c. Marco Geovanni Coellar Iñiguez, al tener a su cuidado a una persona con discapacidad que requería de atención médica debía ser cubierto por la Seguridad Social.<sup>74</sup>

2. El memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M emitido por el IESS y su aplicación rigurosa.

En razón de lo antes señalado y respondiendo a los escenarios mencionados al comienzo de este título, se colige que existe vulneración del derecho a la salud de Matías Nicolás, pero además de su derecho a la igualdad que a continuación se explica:

- El **derecho a la salud** de este niño, resultó transgredido por la emisión de un memorando que negó su atención por las consideraciones antes señaladas, sin percatarse al respecto el IESS que los derechos de los niños son de “orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles” (CNAdo, 2003), más aún cuando se trata de una persona con discapacidad que debe gozar del más alto nivel de sus derechos, olvidando que el sistema de “Seguridad Social al ser público y universal, deberá atender todas las necesidades contingentes de la población”<sup>75</sup>, por imperio de nuestra Carta Magna. Es por ello que, su decisión debió fundamentarse principalmente en la Norma Constitucional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, CNAdo y la Ley Orgánica de

---

<sup>74</sup> Ibídem, Art. 49.

<sup>75</sup> Constitución de la República del Ecuador. Art. 367.



Discapacidades, aplicando al mismo tiempo los principios a) In dubio Pro Homine, b) Interés Superior y protección de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, al igual que c) Atención prioritaria, para finalmente aterrizar en la aplicación de la Ley y no todo lo contrario.

- El **derecho a la igualdad**, en consideración de que Matías Nicolás además de pertenecer a un grupo de atención prioritaria y de poseer doble vulnerabilidad, requería de una atención especializada de todo el órgano estatal en igualdad de condiciones que el resto de personas que se encontraban afiliadas, pues se debe tener claro que no resulta lógico la existencia de preceptos de orden sobre todo legal que puedan contrariar derechos y principios constitucionales.

Con todas las observaciones realizadas, las Juezas Doctoras Patricia Novillo y Patricia Ávila advirtieron una palmaria vulneración del derecho a la salud y a la igualdad sobre todo formal de Matías Nicolás, pues al ser sus derechos de orden público, éstos no admiten discusión alguna y ponderando el principio de Interés Superior de los niños, es ineludible que las instancias públicas se reúnan para resguardar sus derechos. En consecuencia:

- Se declaró con lugar la AP,
- Se ordenó como medida de reparación, “el otorgar la atención y tratamiento médico que el niño precise por parte del IESS, mientras se encuentre en custodia de sus abuelos”<sup>76</sup>; y,

---

<sup>76</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020- Segundo Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. 2016-agosto-17.



- Se delegó a la Defensoría del Pueblo seguir el cumplimiento de la presente sentencia, en base al inciso tercero del artículo 21 de la LOGJ CC<sup>77</sup>.

#### **b. VOTO SALVADO.**

**Juez.** - Doctor Nelson Pesántez. La decisión expuesta por este Juez, en principio señala las mismas observaciones realizadas por las Juezas, respecto de la JCP y de la afiliación de Matías Nicolás al IESS, pero al momento de resolver la controversia planteada, se considera que:

- a. Es de fundamental justicia la atención preferente a grupos vulnerables de la sociedad, de acuerdo con nuestra Carta Magna que en su artículo 35 se refiere a la atención a grupos vulnerables y en el presente caso, al ser el titular del derecho un niño con discapacidad que padece de epilepsia, esta atención que debía ser prioritaria y especializada correspondía ser brindada por el Estado para su protección.
- b. El Estado además tiene la responsabilidad de fomentar el desarrollo integral del niño, así como el pleno ejercicio de sus derechos en aplicación del principio de su Interés Superior.
- c. Evocar la naturaleza de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, permite comprender que los mismos son de “orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles” (CNAdo, 2003).

---

<sup>77</sup> **Art. 21.- Cumplimiento.** - Los jueces podrán delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo [...].



- d. En materia de niñez y adolescencia, existen diversas políticas de protección integral, entre las cuales a criterio de este Juez “debería estar también una Oficina del IESS, como Organismo Competente para la prestación de servicios de salud en consonancia con la protección de personas discapacitadas”<sup>78</sup>.
- e. Lo más significativo en su decisión es señalar, “el imperio supremo de los preceptos constitucionales que deben y pueden absorber toda ley, reglamento, [...] o cualquier disposición que se oponga directa o indirectamente, viole y/o esté en pugna con los mandamientos constitucionales” (Acción de Protección 01904-2016-00020, 2016). Por lo que, las autoridades deben aplicar las disposiciones constitucionales de manera directa y obligatoria, interpretando su contexto integral para aplicarlo al caso en concreto.

Como resultado de las observaciones realizadas el Juez, Doctor Nelson Pesántez, declaró que:

- Los derechos constitucionales a la salud, atención a grupos vulnerables y de personas con discapacidad en especial de niños, niñas y adolescentes fueron vulnerados y conculcados por la institución accionada; y,
- En aplicación del *principio Iura Novit Curia*, ordenó el reconocimiento del derecho de Matías Nicolás por parte de la Autoridad Competente del IESS a ser atendido en los diversos centros de salud a cargo o administrados

---

<sup>78</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020- Segundo Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. 2016-agosto-17



por esta Institución de por vida, además del suministro vitalicio de la medicación adecuada de manera gratuita; todo esto, siempre que el IESS pueda disponer de dicha atención y medicación, especialmente para su epilepsia.



# **CAPÍTULO III**

## **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY DENTRO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN N° 00020- 2016**

### **SUMARIO**

3. Análisis constitucional del caso N° 2334-16-EP. 3.1. Antecedentes. 3.2. Recurso de Apelación. 3.2.1. Audiencia en Estrados: a. Fundamento del recurso de la parte accionada a través de su Representante Legal. b. Planteamientos: Accionante. Procuraduría General del Estado. 3.3. Decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. 3.4. Análisis constitucional de la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016. 3.4.1. Supremacía Constitucional. 3.4.2. Tutela Judicial Efectiva. 3.4.3. Personas y grupos de atención prioritaria. 3.4.4. Discusión jurídica.



### **3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL CASO N° 2334-16-EP.**

El presente capítulo denominado *análisis de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la AP N° 00020-2016*, tiene por objeto realizar un examen jurídico respecto a la manera de proceder de los jueces provinciales en el fallo dictado el 30 de septiembre de 2016 dentro del Recurso de Apelación interpuesto por el IESS; esto, en función del acto administrativo expedido por el Subdirector Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Azuay en aplicación de la disposición establecida en el artículo 102 de la LSSoc.

#### **3.1. ANTECEDENTES.**

En fecha 31 de agosto de 2016, se notificó al IESS con la sentencia emitida en esta causa constitucional por los jueces Doctoras Patricia Novillo, Dra. Patricia Ávila (decisión de mayoría) y Doctor Nelson Pesántez (voto salvado) que declaró con lugar la AP planteada por Marco Geovanni Coellar Iñiguez a favor de su nieto Matías Nicolás Viteri Coellar.

Empero de lo acontecido, el Ing. Pablo Esteban Ugalde Peña en su calidad de Director Provincial del Azuay y como Representante Legal de la institución en mención, por encontrarse inconforme con la decisión adoptada interpuso Recurso de Apelación ante una de las Salas de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, con fundamento en los artículos 86 numeral 3 inciso segundo de la Constitución de 2008 y 24 de la LOGJCC.

#### **3.2. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **3.2.1. AUDIENCIA EN ESTRADOS.**





Con el precedente descrito, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay conformada por los jueces Doctor Julio Inga (Ponente) y Doctoras Julia Vázquez y Narcisa Ramos, en fecha 15 de septiembre de 2016 avocó conocimiento de la acción propuesta por Marco Geovanni Coellar Iñiguez en virtud del sorteo de ley; causa que subió en grado en atención al recurso interpuesto por la institución accionada. Por consiguiente, la Sala tras examinar que el Recurso de Apelación se encontraba conforme a lo determinado en los artículos citados en el párrafo anterior, lo concede y convoca a las partes a Audiencia en Estrados.

En torno a la referida audiencia, como expresa Cevallos (2015), ésta implica la posibilidad de que un nuevo tribunal de categoría superior analice los hechos y fundamentos de derecho aplicados en el fallo que puso fin a la primera instancia, con el objeto de que la reforme, confirme o revoque en su contenido; pero además, entraña el derecho a ser escuchado que consagra la Carta Magna. Sobre el particular, es sustancial destacar que en contraste con lo que acontece en primera instancia, la LOGJCC no describe como se llevará a cabo la Audiencia en Estrados; es por ello que, deberá observarse las normas comunes a las garantías jurisdiccionales, contempladas en el título segundo, capítulo primero del cuerpo normativo ya mencionado; en particular, lo relativo a la audiencia pública.

Dicho lo anterior, la audiencia se efectuará bajo la dirección del juez en el día y hora señalado, de modo que iniciará con la intervención de la persona o entidad accionada que deberá fundamentar su recurso; seguidamente, tomará parte la persona afectada al igual que el accionante si no fuere la misma persona, quien



objeterá exclusivamente de los fundamentos expuestos; asimismo, “la autoridad judicial podrá escuchar a otros sujetos o instituciones para mejor resolver”<sup>79</sup>. En cuanto, al tiempo de intervención de cada una de las partes, expertos en la materia advierten que pueden existir dos escenarios<sup>80</sup>: a. Instalada la audiencia, la Sala establecerá las reglas o condiciones que regirán; o, b. Las partes pueden solicitar que la audiencia que está por iniciar, se desarrolle de modo similar a la de primera instancia por estar en juego Derechos Humanos y Fundamentales; es decir, se conceda la palabra a cada una de las partes con derecho a la réplica, ya que existen hechos que requieren ser expuestos con claridad.

Finalmente, el juez de considerarlo necesario podrá “ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia” (LOGJCC, 2009) para dictar la sentencia. En consecuencia, la Audiencia en Estrados es solamente para escuchar a las partes, de ahí que la ley conceda ocho días para que la Sala de la Corte Provincial una vez que haya formado su criterio emita el fallo correspondiente.

#### **a. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE LA PARTE ACCIONADA A TRAVÉS DE SU REPRESENTANTE LEGAL.**

El argumento sostenido por el Ing. Pablo Esteban Ugalde Peña, se centró en señalar que al no estar en discusión el Interés Superior de Matías Nicolás, debía analizarse si existió una verdadera vulneración a su derecho. En este sentido,

---

<sup>79</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 14

<sup>80</sup> Dr. Marco Machado (Comunicación personal, 22 de diciembre, 2020).



asevera que el Tribunal A Quo al resolver la acción planteada desconoció el contenido del artículo 102 de la LSSoc, al no tener presente que el ordenamiento jurídico ecuatoriano regula el Control Concreto de Constitucionalidad. De manera que, sólo la CC cuenta con la potestad para ejercer el control de esta norma, por ello si se creía que la misma era inconstitucional convenía elevarla en consulta. Por otra parte, destaca que, a propósito de los principios de unidad constitucional y concordancia práctica, la Constitución reconoce como deber primordial del Estado, garantizar el derecho a la salud a los niños, niñas y adolescentes; no por intermedio del IESS sino del Ministerio de Salud Pública. Finalmente, aclara que el análisis de este Tribunal se apartó de la norma sin haberse realizado una correcta ponderación de derechos.<sup>81</sup>

## **b. PLANTEAMIENTOS.**

- **ACCIONANTE.**

El argumento de Marco Geovanni Coellar Iñiguez, se centró en poner de manifiesto que el IESS al actuar con regresión y negar la atención médica, ignoró los principios constitucionales de Interés Superior del niño, de igualdad y no discriminación e in dubio pro homine, los derechos de las personas con discapacidad y de quienes cuidan de ellas; ya que, al tratarse de un niño con discapacidad intelectual agravado por la epilepsia, su derecho constitucional a la salud requería ser examinado en atención a normas nacionales e internacionales, como el de las Naciones Unidas referente al amparo

---

<sup>81</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020. Segundo Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. 2016-agosto-17.



de los niños, niñas y adolescentes y no en base al memorando N°IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, acto violatorio de derechos. Consecuentemente, finaliza afirmando que “no puede existir una salud de primera y otra de segunda” (Acción de Protección 01904-00020, 2016), de ahí que la acción propuesta sea pertinente<sup>82</sup>.

- **PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.**

El alegato del Dr. Santiago Abad, representante de la Procuraduría General del Estado, se enfocó en recalcar que el acto administrativo que se reclama es el memorando de fecha 28 de enero de 2016, en el cual la disposición del artículo 102 de la LSSoc es clara, por cuanto privilegia con su alcance de protección al afiliado, su cónyuge o conviviente e hijos menores hasta los 18 años de edad y más no a los nietos. Desde este punto de vista, concluye que la acción propuesta a más de no cumplir con los requisitos establecidos para su procedencia, no es la vía idónea por el principio de legalidad. Al mismo tiempo que, el accionante no tiene la patria potestad de su nieto (Acción de Protección 01904-00020, 2016).

### **3.3. DECISIÓN ADOPTADA POR LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY.**

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, señalan que si bien el accionante sustentó su AP en el memorando N°IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M por constituir supuestamente un acto

---

<sup>82</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020. Segundo Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. 2016-agosto-17.



violatorio de derechos proveniente de una autoridad pública no judicial, no demostró que el actuar de la institución accionada haya vulnerado el derecho a la salud de su nieto. Expresan que, la LSSoc es una norma jurídica previa, clara y conforme a la Constitución, que regula el alcance de protección del derecho en conflicto tan sólo para sus afiliados y para quienes se encuentren dentro de lo previsto en la misma. Además, que el accionante al poseer la custodia familiar del niño, no significa que tenga su patria potestad judicialmente declarada. Por otro lado sostienen que, correspondía efectuar una ponderación de derechos debiendo predominar “los intereses generales sobre los particulares” (Sentencia 01904-00020, 2016). A tal efecto, señalan que es tarea del Estado velar por el ejercicio efectivo de este derecho y para ello cuenta con el Ministerio de Salud Pública. Asimismo, que, si el IESS por error atendió al niño, su actuación no genera ningún tipo de derecho. Finalizan haciendo hincapié en que el niño ha sido tratado en igualdad de condiciones y oportunidades, puesto que sus derechos no han sido conculcados.

A consecuencia de lo descrito, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay acepta el Recurso de Apelación interpuesto, revocando la sentencia emitida por los jueces de primera instancia y declarando sin lugar la acción planteada.

### **3.4. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA DECISIÓN ADOPTADA POR LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY DENTRO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN N° 00020-2016.**

#### **3.4.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.**



Santamaría, en su obra titulada *el Neocostitucionalismo Transformador* señala que, “normalmente las primeras palabras del primer artículo de las constituciones suelen determinar las cualidades que caracterizan a un Estado” (2011, pág. 18). Al respecto, nuestra Carta Magna precisa en su artículo primero que el Ecuador es un *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, al mencionar constitucional nos da luz de que la norma superior, fundamental y vinculante dentro del ordenamiento jurídico es la Constitución; en vista de que, rige el principio de su supremacía.

Esta supremacía constitucional impone a todos los actores sociales la obligación de adecuar sus actos y decisiones a la Constitución; dado que, dejó de ser “un simple programa político”<sup>83</sup> que podía cumplirse, para transformarse en una auténtica Norma Normarum constituida por un extenso catálogo de derechos, principios, valores y garantías que serán aplicados de manera directa e inmediata a favor de los titulares de derechos. En razón de ello, prevalecerá sobre las normas de menor jerarquía, excepto cuando se trate de Instrumentos Internacionales que reconozcan derechos más favorables, pues en este caso tendrán un mismo nivel de jerarquía<sup>84</sup>.

En este punto, es relevante resaltar que la Carta Magna “es condición de validez y de unidad del ordenamiento jurídico” (Oyarte, Debido Proceso, 2016, pág. 18).

**Figura 5.**

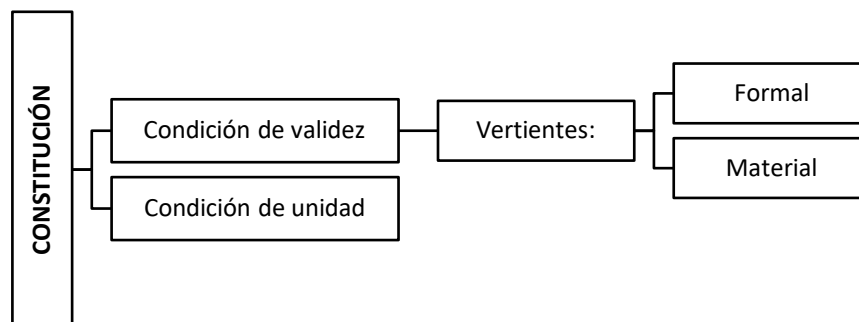
---

<sup>83</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 005-13-SIN-CC. Caso N° 0033-11-IN del 09 de abril de 2013.

<sup>84</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 424.



CONDICIÓN DE VALIDEZ Y UNIDAD



**Nota:** Fuente: Debido Proceso-Rafael Oyarte. **Elaboración:** Propia

Por un lado, se alude a su *condición de validez*, pues todas las normas deben fundarse en ella sobre la base de sus dos vertientes, formal y material. En su vertiente formal, la Constitución establece el procedimiento a través del cual deberán expedirse las normas así como los requisitos indispensables para su propia emisión y reforma, garantizando así su carácter rígido<sup>85</sup>; en tanto que, su vertiente material, se centra en la superioridad de su contenido, puesto que en ella “se concentran los valores y principios esenciales que rigen a una organización político-social” (Rosario-Rodríguez, 2011, pág. 100), por los cuales se obtendrá una adecuada tutela de los derechos; y, por otro se refiere a su *condición de unidad*, pues las normas plasmadas en el ordenamiento jurídico, sea cual sea su jerarquía y contenido encuentran su punto de partida en una sola norma, que precisamente es la Constitución.

En el caso *sub judice*, es preciso señalar que si bien a través del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M se negó la atención médica que requería Matías Nicolás por no encontrarse dentro de los beneficiarios de protección del IESS, a la

<sup>85</sup> Debido Proceso. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Primera Edición. Rafael Oyarte. 2016.



luz del artículo 102 de la LSSoc; no se consideró, por parte de los jueces de la Sala Provincial en su decisión que este acto administrativo en su ejecución desconocía: a) que el beneficiario del derecho en conflicto, es una persona que pertenece a un grupo que constitucionalmente goza del más amplio espectro de protección por parte del Estado frente a cualquier transgresión que pudiera afectarlo; b) la aplicación directa e inmediata de disposiciones constitucionales que asisten al niño por su situación de vulnerabilidad; c) el desarrollo y ejercicio progresivo de sus derechos; d) el efecto impregnación que el texto constitucional irradia a todo el ordenamiento jurídico; y, e) el principio pro homine, lo cual dio como resultado que sea contrario a la Constitución.

### **3.4.2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**

La tutela judicial efectiva, representa el derecho fundamental que tiene toda persona de acudir con su demanda o “petición de justicia”<sup>86</sup> a los órganos judiciales en procura de la defensa de sus derechos e intereses legítimos. A fin de que, a través de los procedimientos específicos regulados para cada caso y de ciertas garantías mínimas, se obtenga de la sustanciación del proceso una decisión debidamente motivada en torno a las pretensiones formuladas; la cual deberá ser ejecutada respetando la normativa constitucional vigente (CRE, 2008).

Así pues, lo que caracteriza a este derecho es su auténtico alcance de protección, toda vez que constituye una obligación para el Estado y en particular para los juzgadores garantizar no sólo el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, pero también el derecho a un debido proceso y al cumplimiento integral de la

---

<sup>86</sup> Acción Extraordinaria de Protección. Segunda Edición. Rafael Oyarte. 2020.

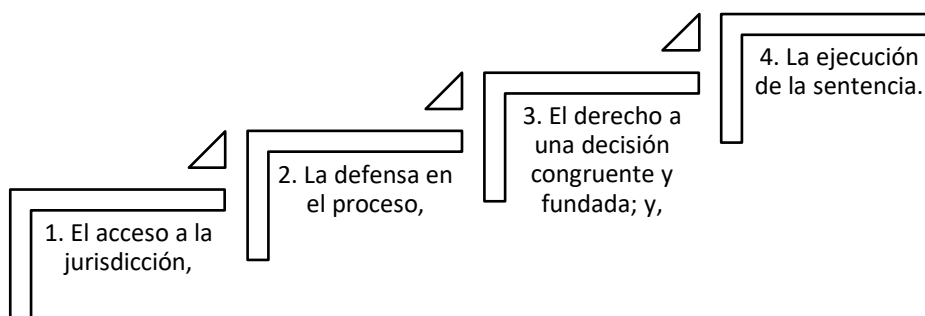


decisión que ponga fin al proceso, en función de los principios de inmediación y celeridad<sup>87</sup>.

Dicho lo anterior, la tutela judicial efectiva se presenta como un *derecho de múltiples contenidos* que despliega sus efectos en cuatro momentos diferentes (Pérez, 2001, pág. 1025):

**Figura 6.**

*DERECHO DE MÚLTIPLES CONTENIDOS*



**Nota:** Fuente: El derecho a la tutela jurisdiccional-Jesús González Pérez. **Elaboración:** Propia

Sobre esta base, la CC (2018) en atención al principio de interdependencia de los derechos<sup>88</sup>, ha enfatizado que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra vinculado particularmente con la garantía de la motivación. Por consiguiente, es deber del juez:

Expresar en la sentencia los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan lo decidido. Esta exigencia persigue una doble finalidad: a) Controlar la arbitrariedad del sentenciador, pues le impone justificar el razonamiento lógico que siguió para

<sup>87</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 080-13-SEP-CC. Caso N° 0445-11-EP del 09 de octubre de 2013.

<sup>88</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 11 numeral 6.



elaborar su conclusión, bajo ciertos parámetros<sup>89</sup>; y, b) Garantizar el derecho de defensa de las partes, ya que requieren conocer los motivos de la decisión para determinar si están conformes con ella (Sentencia N° 203-14-SEP-CC, 2014).

En el caso materia de análisis, la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la AP N° 00020-2016, se limitó exclusivamente al tenor del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M tras realizar un examen de legalidad de los requisitos previstos en el artículo 102 de la LSSoc. En este sentido, de la revisión de la sentencia se puede resaltar que la decisión de los jueces provinciales carece de fundamentación, por cuanto se omitió analizar los aspectos centrales del problema jurídico planteado y más aún si la institución accionada con la expedición de su acto administrativo realizó o no una interpretación restrictiva de la referida norma, advirtiéndose de esta manera un total desconocimiento a los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, los cuales deben ser aplicados de forma directa e inmediata.

Los jueces en su decisión indican que a pesar de que Marco Geovanni Coellar Iñiguez sustentara su acción en una resolución expedida por una autoridad pública no judicial, no probó que el IESS haya vulnerado el derecho a la salud del niño, porque lo que pretendía era la declaración de este derecho, inobservando así el objeto de la garantía jurisdiccional planteada. Ahora bien, del estudio de esta causa constitucional se puede establecer que el accionante justificó documentadamente como esta institución

---

<sup>89</sup> Entre ellos: Razonabilidad (supone una decisión fundamentada en principios constitucionales), lógica (implica coherencia entre las premisas y la conclusión) y comprensibilidad (el fallo debe gozar de claridad en el lenguaje). Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 087-16-SEP-CC. Caso N° 0965-10-EP del 16 de marzo de 2016.



al negar la atención a su nieto en observancia de un memorando, vulneró su derecho por no considerarse que pertenece a un grupo altamente vulnerable; y, lo resuelto por los jueces de primer nivel.

Avanzando en nuestro razonamiento, el fallo hace alusión a que la LSSoc respeta el derecho a la seguridad jurídica, por ser una norma previa, clara y acorde a la Constitución, de ahí que su alcance de protección este dirigido a quienes cumplan con sus requisitos; señala que el accionante ha demostrado poseer la custodia familiar de su nieto, más esto no implica que tenga derechos sobre el mismo; también que era preciso proteger los derechos e intereses de la sociedad y no sólo los de una determinada persona, la cual no se encontraba desprotegida, dado que su derecho correspondía ser ejercido por medio del Ministerio de Salud Pública, responsable de la salud en general; que el hecho de que el IESS haya atendido al niño en sus instalaciones no genera derechos, porque para gozar de los beneficios de esta institución se requiere cumplir con ciertos requisitos consagrados en la Constitución y la Ley, caso contrario existiría caos e inseguridad jurídica; y, que existió un trato igualitario para Matías Nicolás en consideración al artículo 11 numeral 2, 35 y otros de la Carta Magna.

En razón de lo anotado, es evidente que en principio esta sentencia en su contenido observa los antecedentes del caso y los fundamentos de hecho, sin embargo, en lo que concierne al análisis de los fundamentos de derecho y a su argumentación jurídica:

- No se aborda el asunto de fondo ni sus particularidades,



- Se aparta de preceptos constitucionales que protegen los derechos de Matías Nicolás dada su situación de doble vulnerabilidad,
- No se advierte que el niño en mención es titular de un derecho legítimamente adquirido, haciendo regresivo su ejercicio; y,
- No existe una debida coherencia entre las premisas y la conclusión a la que se arriba. En consecuencia, esto conlleva a que la decisión adoptada carezca de razonabilidad, lógica, comprensibilidad y del ánimo tutelar que es propio de las acciones constitucionales.

Por último, el fallo resuelve aceptar el recurso interpuesto por el IESS y negar por improcedente la AP. En este aspecto, la postura de la Sala se desarrolla a partir de dos causales de improcedencia previstas en la LOGJCC, a saber:

- **Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales<sup>90</sup>:** Al efecto, los jueces de alzada sostienen que la presente acción procede tan sólo cuando se trate de una vulneración al *contenido esencial* de un derecho relacionado a la dignidad de la persona (Pinto, 2012, pág. 110). Por este motivo, entienden que existiría violación del derecho a la salud y a la igualdad, si al accionante después de cumplir con los requisitos correspondientes se le hubiera negado la atención médica; situación que a su parecer no se constata en el proceso.

---

<sup>90</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 42 numeral 1



- **Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho<sup>91</sup>:** Con referencia a este punto, precisan que a diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria, en materia constitucional los derechos son tutelados, más no declarados, en vista de que éstos preexisten; por consiguiente, afirman que lo único que se declararía en este tipo de acciones de garantías jurisdiccionales sería la vulneración de los mismos. (Zambrano, 2014, pág. 206).

Sobre el particular, se debe mencionar que, ante los argumentos aducidos no se contempla por parte de estos administradores de justicia su deber de actuar como verdaderos *garantes de la Constitución* en virtud de una Norma Suprema que los faculta para ello. En especial, por la inadecuada protección respecto a quienes por su situación de vulnerabilidad resultan transgredidos en sus derechos; siendo por tanto notorio, que aún existe cierta limitación en la aplicación directa e inmediata, máxime cuando de derechos constitucionales se trata. Así entonces, del análisis efectuado se ha podido determinar que los derechos vulnerados y omitidos por la Sala en su fallo, al accionante son los siguientes:

- 1. Derecho a la salud:** La Carta Magna reconoce a la salud como un derecho cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos la Seguridad Social, por ende, el Estado debe garantizarlo a través de políticas públicas y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de atención (CRE, 2008), esto en

---

<sup>91</sup> Ibídem, Art. 42 numeral 5



concordancia con el artículo 45 *ibídem*, al consagrar que los niños, niñas y adolescentes se beneficiarán de los derechos comunes del ser humano, así como de los propios de su edad, entre ellos, el derecho a una salud integral.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que toda persona tiene derecho a una calidad de vida apropiada que le garantice tanto como a su familia, la salud y el bienestar; y, sobre todo la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que toda persona tiene derecho a la salud, concebida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; además de que los Estados Partes con el fin de hacerlo efectivo se comprometen a reconocerlo como un bien público (Protocolo de San Salvador, 1998).

- 2. Derecho a la igualdad y no discriminación:** La Constitución de 2008 establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades (CRE, 2008), esto en relación con el artículo 341 *ibídem*, por cuanto el Estado debe promover condiciones para el cuidado de los habitantes, que ante todo aseguren la igualdad y no discriminación de aquellos grupos que demanden atención especial.



La Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que todas las personas son iguales ante la ley. Por ello, tienen derecho sin discriminación a una protección adecuada (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, determina que es deber de los Estados miembros velar por el derecho al bienestar y desarrollo de todas las personas en condiciones de libertad, dignidad e igualdad de oportunidades (Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1951).

Con lo descrito, se advierte la existencia de normas nacionales y supranacionales suscritas por el Ecuador que han sido desarrolladas con el propósito de tutelar el derecho a la salud y a la igualdad y no discriminación de las personas, en concreto de los niños, niñas y adolescentes; con este fin, el Estado por medio de sus autoridades debe maximizar sus esfuerzos en actos orientados a garantizar, aplicar y cumplir con la citada normativa. Dentro del caso en estudio, es evidente que se ha suscitado una transgresión a la Norma Suprema, debido a que la acción vulneradora: *la negativa de brindar atención médica por parte de la autoridad administrativa*, acarrea la inobservancia de diversos preceptos constitucionales y lineamientos jurídicos internacionales que protegen a Matías Nicolás como titular de derechos, específicamente por su grado de doble vulnerabilidad y por pertenecer a un grupo de atención prioritaria.

### **3.4.3. PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA.**



A criterio de Cillero (2010), si bien entre uno de los principios de la teoría de los Derechos Humanos, destaca la aplicación de la normativa jurídica a todas las personas pese a cualquier particularidad. En la práctica, resulta ser que determinados grupos de personas sea por su condición económica, social, cultural o edad no están realmente amparados en el ejercicio de sus derechos. Esta problemática acontece, dado que de modo discriminatorio se les niega de protección o porque ciertos eventos de su vida impiden el acceso o validez a los mecanismos convencionales de protección.

En este contexto, es apropiado resaltar el aspecto humano y de solidaridad que predomina en la Constitución de 2008, puesto que en su título segundo, capítulo tercero, reconoce y desarrolla de forma individualizada una amplia gama de derechos y garantías para aquellas personas o grupos, que por su condición de riesgo demandan de especial protección por parte del Estado; esto, con el fin de “evitar y eliminar barreras sociales discriminatorias”<sup>92</sup>. Así pues, a estos grupos se los ha categorizado como de *atención prioritaria*.

Entre uno de estos grupos se encuentran los niños, niñas y adolescentes. En este punto, conviene subrayar que tanto la jurisprudencia nacional como internacional ante la situación de especial vulnerabilidad de estos titulares de derechos, ha determinado que no pueden gozar de una mera protección; por el contrario requieren de una *protección constitucional reforzada*<sup>93</sup>, precisamente por el

---

<sup>92</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 013-15-SAN-CC. Caso N° 0047-13-AN del 21 de octubre de 2015.

<sup>93</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 344-16-SEP-CC. Caso N° 1180-10-EP del 16 de octubre de 2016.





carácter prevalente de sus derechos e intereses. Sin duda, esta protección se ve plasmada en nuestra Carta Magna al señalarse que los niños, niñas y adolescentes en atención al principio de su Interés Superior recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, más aún en circunstancias de doble vulnerabilidad (CRE, 2008), de la misma manera la Declaración Universal de Derechos Humanos enfatiza que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales que aseguren un nivel de vida adecuado (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

En razón de lo anotado, dentro del caso materia de análisis se advierte una palmaria vulneración a los derechos de este grupo de atención prioritaria, toda vez que las autoridades judiciales al soslayar los argumentos de la parte accionante, quien tiene bajo su cuidado a Matías Nicolás de nueve (9) años de edad, con discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%) y epilepsia, omiten que cuando se trata del amparo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes existe un vasto *corpus iuris* de derecho internacional ratificado por el Ecuador; en particular, la Convención sobre los derechos del Niño que en virtud de la Doctrina de Protección Integral, consagra *cuatro principios rectores*<sup>94</sup> que precisan ser observados y asegurados por el Estado, la familia y la sociedad en todo conflicto donde se encuentren involucrados estos titulares de derechos. Entre uno de ellos se menciona: *El principio de su Interés Superior*, indispensable en el proceso de toma de decisiones.

---

<sup>94</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Obligaciones generales y principios rectores.



### 3.4.4. DISCUSIÓN JURÍDICA.

La Constitución de 2008 recoge en su parte dogmática una amplia gama de derechos y garantías a favor de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se encuentran desarrollados dentro de su título segundo, capítulo tercero, sección quinta; permitiendo así, que estos titulares de derechos por su condición de atención prioritaria dispongan de mecanismos e instrumentos de protección más eficaces y efectivos tanto para el goce como para la tutela de sus derechos.

En el caso materia de análisis se determina que los derechos vulnerados con el fallo de la Sala se encuentran establecidos en los siguientes artículos de la Constitución:

1. **Derecho a la salud:** La salud es un derecho cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos la Seguridad Social. El Estado debe garantizarlo por medio de políticas y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de atención (CRE, 2008).
2. **Derecho a la igualdad y no discriminación:** “Se reconoce y garantiza a las personas: El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (CRE, 2008).
3. **Derechos de los niños y adolescentes:** “El Estado [...] fomentará prioritariamente el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, así como el ejercicio de sus derechos en función del principio de su Interés Superior (CRE, 2008). Al efecto, gozarán de los derechos comunes del ser humano además de los específicos de su edad, entre ellos: el derecho a la salud integral” (CRE, 2008).



4. **Medidas para el bienestar de los niños y adolescentes:** “El Estado adoptará medidas que aseguren: 3. Una atención preferente para quienes tengan discapacidad (CRE, 2008); 9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas” (CRE, 2008).
5. **Derechos de las personas con discapacidad:** “Se reconoce: 1. El derecho a una atención especializada en entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades concretas; incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita [...]” (CRE, 2008).
6. **Atención a grupos vulnerables:** “Los niños, niñas y adolescentes recibirán atención prioritaria y especializada en el ámbito público y privado. El Estado prestará especial protección a las personas en situación de doble vulnerabilidad” (CRE, 2008).
7. **Derecho al acceso gratuito a la justicia:** “Toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad [...]” (CRE, 2008).

Los derechos antes citados resultaron vulnerados por la decisión judicial, en vista de que, se consideró meramente al acto administrativo como una emisión legítima de autoridad competente para justificar el proceder del IESS de no continuar brindando atención médica; esto, por parte del Econ. Diego Pozo Castro, Subdirector Provincial de Prestaciones del Seguro Salud Azuay. Al accionante al negársele la acción interpuesta por improcedente, por una parte, se está afectando su situación jurídica como responsable del cuidado de Matías Nicolás y por otra se



desconocen los derechos y la protección especial que demanda el niño, quien pertenece a un grupo de atención prioritaria por tener nueve (9) años de edad, discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%) y epilepsia.

En el presente estudio de caso, existe una evidente transgresión de derechos, por cuanto dentro de la decisión de segunda instancia no se examina la situación de doble vulnerabilidad del nieto del accionante; más aún, se efectúa una argumentación errónea, al señalar que el accionante no acreditó que la institución accionada haya vulnerado el derecho a la salud del niño, porque lo que procuraba era la declaración del mismo. Estos sucesos permiten advertir que la Sala no cumplió con la tarea de motivar debidamente su decisión, pues la argumentación efectuada se centró en ratificar el contenido del acto por no haberse observado los requisitos previstos en la LSSoc. Por consiguiente, es preciso destacar que los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes tanto en el texto constitucional como en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos tienen gran trascendencia en virtud al principio de su Interés Superior, ya que ningún acto de los poderes públicos puede limitarlos, impedir su goce o colocarlos en situación de vulnerabilidad.

En la garantía jurisdiccional planteada por Marco Coellar Iñiguez en contra del IESS, en primera instancia, se demostró mediante la decisión de mayoría y voto salvado que el memorando N°IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M conculcó varios derechos constitucionales de Matías Nicolás, como son: la salud, igualdad formal, atención a grupos vulnerables y derechos de las personas con discapacidad. Empero,



los jueces de segundo nivel pasando por alto no sólo lo resultado, pero también su deber de observar como base para su fallo los principios de aplicación de los derechos, determinaron que impera la disposición del artículo 102 de la LSSoc que contempla el alcance de protección del derecho a la salud, en lugar de la normativa constitucional e internacional existente para la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Dicho lo anterior, la LSSoc constituye el punto de partida del caso en estudio puesto que, de lo examinado se constata que las autoridades administrativa y judicial soslayaron tomar en cuenta que la JCPD otorgó a Marco Geovanni Coellar Ñíguez la custodia familiar de Matías Nicolás toda vez que sus padres no podían brindarle el cuidado que requería por padecer de discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%) y epilepsia. No obstante, este hecho era de absoluto conocimiento por parte de la institución accionada, ya que el Director Administrativo de esta casa de salud autorizó el registro del niño en el sistema del IESS por medio de su Dispensario Central, para que pudiera gozar y beneficiarse de la atención médica necesaria, lo que implica que se dio completa validez a la resolución de la JCPD por medio de la cual se reconoce a la familia en sus diversos tipos; esto, conforme además a lo sostenido por el accionante en la sustanciación de esta causa constitucional.

Avanzando en nuestro razonamiento, pese a que en la Audiencia en Estrados se adujo la existencia de vulneración a los derechos ya mencionados, en atención a diversos preceptos constitucionales y normas supranacionales, la decisión



de la Sala tuvo un carácter eminentemente civilista, por cuanto terminó aceptando el recurso interpuesto y declarando sin lugar la AP propuesta por Marco Coellar Iñiguez, precisando que con el memorando N°IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M no se ha transgredido ningún derecho constitucional, sino más bien se advirtió al accionante de su posibilidad de acceder a las prestaciones de salud que requería el niño a través del Ministerio de Salud Pública; es más, que la aludida acción no procede en razón de que no se ajustó a las condiciones que la ley prevé para su efectiva validez.

Por lo anotado, se deja evidenciado que la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en su sentencia se circunscribió a la esfera de la formalidad, en virtud de la interpretación y observancia sesgada del artículo 102 de la LSSoc; pues, en su decisión los jueces tratan de demostrar que con la utilización del método de interpretación literal se evitaría generar caos e inseguridad jurídica, por cuanto no todas las personas pueden reclamar atención de parte del IESS. Sin embargo, ignoran que la Carta Magna consagra mandatos claros y concretos de aplicación directa e inmediata respecto del tema abordado que obligan a los servidores públicos, administrativos y judiciales a respetar la “interpretación del referido cuerpo normativo en su integralidad”<sup>95</sup>. De ahí que, en palabras de Ramiro Ávila Santa María, “el Juez en un Estado Constitucional, no puede ser solamente boca de la ley. El Juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en cerebro y boca de la Constitución” (2011, pág. 122).

---

<sup>95</sup> Acción de Protección. 01904-2016-00020. Tribunal de Garantías Penales de Cuenca. Del 17 de agosto de 2016.



Por último, otro punto a destacar en el presente caso, es el hecho de que en ocasiones existe cierto alejamiento o desconexión de la legislación secundaria con relación a la Norma Fundamental, fenómeno al que Alberto Acosta ha denominado “vaciamiento de la Constitución” (2011, pág. 249).

Al efecto, en algunos casos la norma infraconstitucional no se encuentra correctamente ajustada a los derechos y principios materializados no sólo en el texto constitucional pero también en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, a pesar de cumplir con los requisitos de validez formal y material previstos para su vigencia. Por tanto, terminan convirtiéndose en disposiciones defectuosas, limitantes e inclusive restrictivas, así como carentes de una adecuada garantía para la protección de los derechos.

En este contexto, del análisis del artículo 102 de la LSSoc, a primera vista todo parece estar en orden; sin embargo, el problema surge cuando esta regla no guarda relación con los principios constitucionales que amparan los derechos de Matías Nicolás, lo que genera: a. decisiones injustas, b. existencia de un cuerpo normativo de escaso alcance; y, c. una franca violación a la Constitución, por cuanto normas “creadas en el pasado controlan eventos del presente, y seguir una regla creada con anterioridad es distinto de construir la decisión que parece, en el momento actual” (Schauer & Tobías J. Scheleider, 2013, pág. 77). Por este motivo, se debe considerar que, al momento de aplicar una norma ésta debe ser examinada en conjunto con la Norma Suprema en razón del derecho vulnerado, dado que de esta manera se podrá



comprender “si la mejor respuesta legal es asimismo la mejor respuesta constitucional” (Sanchís, 2013, pág. 41).

Para concluir, se debe señalar que todos estos aspectos que no han sido absueltos y que han quedado inconclusos por parte de los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la AP N° 00020-2016, serán esclarecidos por la CC en el siguiente capítulo.





## **CAPÍTULO IV**

### **RESOLUCIÓN DEL CASO**

#### **SUMARIO**

4. Resolución del caso N° 2334-16-EP. 4.1. La Acción Extraordinaria de Protección y su naturaleza jurídica. 4.2. Normas y derechos en conflicto. 4.3. Problemas jurídicos identificados en la sentencia N° 380-17-SEP-CC. 4.4. Argumentos y pretensiones de las partes. 4.4.1. Accionante. 4.4.2. Accionado. 4.4.3. Terceros interesados. 4.5. Motivación jurídica de la Corte Constitucional. 4.6. Inconstitucional de norma conexas. 4.7. Decisión final adoptada por la Corte Constitucional. 4.8. Discusión jurídica. 4.9. Efectos de una sentencia dictada por la Corte Constitucional.



#### 4. RESOLUCIÓN DEL CASO N° 2334-16-EP.

##### 4.1. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN Y SU NATURALEZA JURÍDICA.

La Constitución de la República del Ecuador, establece que la Acción Extraordinaria de Protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos consagrados en la Carta Magna y se interpondrá ante la CC. La condición sine qua non para su procedencia, consistirá en haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios; a menos que, la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho vulnerado (CRE, 2008).

Por lo descrito, la Acción Extraordinaria de Protección como garantía jurisdiccional tiene por propósito *la protección de los derechos constitucionales y normas del debido proceso*<sup>96</sup>, dada su naturaleza excepcional, tutelar y reparatoria. En cuanto a su naturaleza reparatoria, según Bustamante (2018) citado por Ordóñez (2019), verificada la existencia de vulneración de derechos a través de la decisión judicial impugnada, la CC establecerá medidas de reparación integral materiales e inmateriales, entre las cuales se pueden destacar: Dejar sin efecto el fallo<sup>97</sup>, restitución del derecho, rehabilitación, garantías de no repetición, disculpas públicas, compensación económica<sup>98</sup>, entre otras.

---

<sup>96</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 58.

<sup>97</sup> Acción Extraordinaria de Protección. Segunda Edición. Rafael Oyarte. 2020.

<sup>98</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 18.



La CC para el período de transición, en la sentencia N° 061-10-SEP-CC emitida en el caso N° 0544-10-EP, con referencia al alcance de esta acción ha señalado:

[...] Para tutelar, proteger y remediar las situaciones que devengan de los errores de los jueces, se incorporó esta acción, que busca la protección efectiva, imparcial y expedita de los derechos, pues así los jueces ordinarios tendrían un control que deviene de jueces constitucionales, cuya labor se centraría en verificar que dichos jueces, en la tramitación de las causas, hayan observado normas del debido proceso, seguridad jurídica y otros derechos constitucionales, en uso del principio de la supremacía constitucional. (2010)

Por consiguiente, la Acción Extraordinaria de Protección se ha instituido como un mecanismo de control, en virtud del cual se ha institucionalizado el control constitucional de los actos de las autoridades públicas (Otavalo, 2012) para garantizar el principio de supremacía constitucional; evitando así, errores por parte de los administradores de justicia en respeto a los derechos de las partes.

#### **4.2. NORMAS Y DERECHOS EN CONFLICTO.**

Dentro del análisis de **caso N° 2334-16-EP**, en su resolución se puede advertir que las normas y derechos que se encuentran en conflicto respecto:

- a. Al legitimado activo:** Marco Coellar en calidad de responsable del niño Matías Nicolás, son los artículos 11 numeral 2, 32, 66 numeral 4, 75, 76 numeral 7 literal 1) y 82 de la Constitución de 2008. Por consiguiente:



1. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades (CRE, Art. 11.2), en este sentido tienen derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (CRE, Art. 66.4).
2. El Estado garantizará el derecho a la salud, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos; como la Seguridad Social, por medio del acceso permanente, oportuno y sin exclusión a una atención integral (CRE, Art. 32).
3. Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad (CRE, Art. 75).
4. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones, se asegurará el debido proceso. En especial, el derecho a la defensa, a través de resoluciones motivadas de los poderes públicos (CRE, Art. 76.7 literal 1).
5. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Carta Magna y en la existencia de normas previas, claras y públicas aplicadas por autoridades competentes (CRE, Art. 82).

**b. A los legitimados pasivos<sup>99</sup>:** Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, son los artículos 11 numeral 2, 32, 82, 88, 141 inciso segundo, 361, 370 de la Constitución de 2008 y 102 inciso segundo de la LSSoc. Por consiguiente:

1. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos consagrados en la Carta Magna y podrá interponerse ante la

---

<sup>99</sup> Algunos de los artículos que no se han desarrollado en el punto b (legitimados pasivos) y c (terceros interesados), es porque ya han sido mencionados con anterioridad.



- vulneración de derechos constitucionales, cuando existan actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales (CRE, Art. 88).
2. El Estado ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Salud, a través de la autoridad sanitaria nacional (CRE, Art. 361), es por ello que se ha organizado en Ministerios (CRE, Art. 141), entre ellos el Ministerio de Salud Pública.
  3. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma, será responsable de la prestación de las contingencias del Seguro General Obligatorio a sus afiliados (CRE, Art. 370).
  4. El alcance de protección del derecho a la salud mediante el sistema de seguridad social va dirigido al afiliado, su cónyuge o conviviente e hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad así como al jubilado (LSSoc, Art. 102).

**c. A los terceros interesados:**

- Dr. Sebastián de los Reyes en representación del IESS, son los artículos 82, 370, 141 inciso segundo y 361 de la Constitución de 2008, 304 del Código Civil, y 102 inciso segundo de la LSSoc. Por consiguiente:
  1. La suspensión de la patria potestad deberá ser ordenada por el juez con conocimiento de causa (Código Civil, Art. 304).
- Dr. Diego Carrasco, representante de la Procuraduría General del Estado, son los artículos 82, 226, 361, 370 y 371 de la Constitución de 2008, 113 y 115 del CNAo; y, 16 y 102 inciso segundo de la LSSoc. Por consiguiente:



1. Las instituciones del Estado, servidores públicos y personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán tan sólo las facultades atribuidas en la Constitución y la ley (CRE, Art. 226).
2. Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadores (CRE, Art. 371).
3. La Junta Cantonal de Protección de Derechos, dispone de acción para solicitar la limitación, suspensión o privación de la patria potestad (CNAdo, Art, 115), pero su pérdida procederá solo por resolución judicial (CNAdo, Art. 113).
4. El IESS como entidad pública descentralizada creada por la Constitución, no podrá desempeñar otras atribuciones que las consignadas en la Carta Magna y la Ley de Seguridad Social. (LSSoc, Art. 16)

#### **4.3. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS EN LA SENTENCIA N° 380-17-SEP-CC.**

En el caso materia de este análisis, se identificó que la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 por los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en su decisión, establece que en observancia al derecho a la seguridad jurídica, existe una norma previa, clara y pública, que ha sido aplicada por la autoridad administrativa competente para el caso en concreto; esto es la LSSoc, que regula el alcance de protección del derecho a la salud mediante la Seguridad Social, en la cual no se consideran como beneficiarios a nietos bajo custodia familiar; situación diferente sería si el accionante tuviera la patria potestad judicialmente declarada de Matías Nicolás.



En virtud de ello, el acto administrativo, memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, como resultado de la aplicación estricta de la Ley, negó la atención médica al niño. En este contexto, concluyeron que su derecho correspondía ser garantizado por el Ministerio de Salud Pública, *donde la vía se encuentra expedita*<sup>100</sup>, negando la AP por no haberse verificado la vulneración del derecho.

En consecuencia, los puntos en controversia se refieren: Al acceso al derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social (LSSoc, Art. 102), a la suspensión de la patria potestad (Código Civil, Art. 304), al derecho a la seguridad jurídica (CRE, Art. 82), a la autoridad sanitaria nacional (CRE, Art. 361) y a la organización de la Función Ejecutiva (CRE, Art. 141).

La sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, aceptó el Recurso de Apelación interpuesto por el IESS, revocando la sentencia de primera instancia y declarando sin lugar la AP, dejando así al niño Matías Nicolás sin acceso a su derecho a la salud al no considerar que por su edad y discapacidad pertenece a un grupo de atención prioritaria; esta decisión, indiscutiblemente omitió preceptos constitucionales así como Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que reconocen y garantizan la protección del derecho de este niño, desconociendo la Doctrina de Protección Integral y principios rectores como el Interés Superior del niño.

---

<sup>100</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017.



Con lo expuesto, la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay el 30 de septiembre de 2016 *¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación y el derecho a la salud?*

La CRE, incorpora un nuevo catálogo de derechos para sus titulares, en particular para los grupos de atención prioritaria, dentro de los cuales se encuentran los niños, niñas y adolescentes, que gozan de protección especializada por parte del Estado en todos los procesos en los que se atenten o vulneren sus derechos, en este estudio de caso; el derecho a la salud.

Por tanto, constituye obligación de las autoridades justificar y argumentar jurídicamente<sup>101</sup> sus sentencias o resoluciones en base a parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, cumpliendo así con el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de las partes procesales; con la finalidad de evitar cualquier arbitrariedad, en especial cuando se decida sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Dicho lo anterior, la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, enfatiza una concepción legalista del derecho, es decir desconoce la jerarquía normativa de la Constitución como Norma Suprema; razón por la cual, en este estudio de caso al abordarse el derecho a la salud de un niño de nueve (9) años de edad, con discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%) que padece de epilepsia, los jueces debían adoptar un “rol creador, dinámico y progresista

---

<sup>101</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017.





de derechos” (Acción de Protección 01904-2016-00020, 2016) e impedir que la LSSoc restrinja el contenido del derecho en conflicto.

Sin lugar a dudas, esta decisión considera como primordial para la vigencia del derecho a la salud, la aplicación semántica y literal del artículo 102 de la LSSoc, señalando que existen requisitos constitucionales y legales que deben ser cumplidos, esto es ser afiliado o beneficiario dentro de lo previsto en el mencionado artículo, ya que de lo contrario existiría caos e inseguridad jurídica en el acceso a este derecho.

Es necesario subrayar que, si bien el IESS tiene por objeto “la prestación de las contingencias del Seguro General Obligatorio” (CRE, Art. 370) a sus afiliados o beneficiarios. En el presente estudio de caso, no se analiza la doble vulnerabilidad de Matías Nicolás a pesar de haber sido atendido por esta institución en el área de pediatría, en cumplimiento de una norma de escaso alcance, por la cual se cuestiona si el acceso a la salud de este niño se obtuvo de manera legítima o no.

La sentencia N° 380-17-SEP-CC, dictada por la CC en el presente caso, instituye una muestra clara del activismo judicial de los administradores de justicia, como verdaderos creadores de derecho; por incluir como beneficiario del derecho a la salud a un titular inconstitucionalmente excluido de este beneficio (Cordero, 2011), advirtiendo la existencia de los diversos tipos de familias que han sido reconocidas por la Constitución. Impidiendo así que, una norma infraconstitucional inobserve derechos, principios y valores constitucionales, en concreto el principio de igualdad y no discriminación.



En consecuencia, la decisión adoptada por la CC en el caso N° 2334-16-EP, demuestra el cumplimiento del más alto valor que los jueces están obligados a materializar, es decir la justicia; garantizando el ejercicio efectivo de los derechos consagrados para los grupos de atención prioritaria, en particular de niños, niñas y adolescentes.

#### **4.4. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DE LAS PARTES.**

**4.4.1. Accionante.** Marco Geovanni Coellar Iñiguez, en calidad de responsable del niño Matías Nicolás Viteri Coellar.

##### **a. Argumentos.**

La sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, vulneró los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 11 numeral 2, 32, 66 numeral 4, 76 numeral 7 literal l) y por conexidad 75 y 82 de la Constitución de 2008, del niño Matías Nicolás al no tener en cuenta su minoría de edad y discapacidad (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes se están desconociendo, dado que el fallo emitido por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay omitió analizar el derecho a la salud como el problema jurídico a resolver, sin precisar en qué consiste un derecho adquirido y si esta noción era aplicable al caso en concreto, además de pasar por alto la resolución de la JCDP.



El Sistema Nacional de Salud, está integrado por instituciones cuyo objeto es el fomento, tutela y atención integral del derecho a la salud, situación que evidentemente fue ignorada por la autoridad administrativa y los jueces de segundo nivel, por cuanto desconocen que el IESS forma parte de este sistema, por la interpretación y aplicación sesgada de la LSSoc.

Por lo manifestado, las autoridades judiciales no consideraron el análisis que merece la aplicación directa e inmediata de los preceptos constitucionales y la normativa internacional para la protección del derecho en conflicto, haciendo regresivo su ejercicio; al no respetar la situación de doble vulnerabilidad y la gravedad de la enfermedad de Matías Nicolás, por medio de una sentencia estrictamente legalista.

#### **b. Pretensión.**

La parte accionante solicita que se deje sin efecto la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 dentro de la AP N° 00020-2016, se declare la vulneración de los derechos constitucionales del niño Matías Nicolás, se ordene que sea atendido por el IESS durante toda su vida y que se lo incorpore al sistema de salud propio de esta institución, para así poder ser atendido en cualquiera de sus dependencias a nivel nacional (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

**4.4.2. Accionados.** Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

De la revisión del expediente constitucional, únicamente se constata la existencia de un informe motivado de descargo presentado por los jueces de



segundo nivel; puesto que no comparecieron a la audiencia pública de fecha 29 de agosto de 2017, a pesar de encontrarse notificados.

**a. Argumentos.**

Como contestación a la solicitud del accionante, se expide el memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M. La LSSoc es clara y no se presta a interpretación alguna. Por tanto, el niño Matías Nicolás no consta dentro de los sujetos de protección del IESS, pero puede acceder a las prestaciones que requiera por intermedio del Ministerio de Salud Pública, lo que significa que el niño no está desprotegido (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

El accionante en un primer momento se refiere a la vulneración del derecho a la salud en general, no obstante, en lo posterior exige la tutela de un derecho a la salud diferenciado, es decir mediante el sistema de Seguridad Social. Está claro, que este derecho ha sido analizado con un carácter general y aplicable para todas las personas siempre que se cumpla con los requisitos que la Constitución y la ley prevén.

Dicho lo anterior, la garantía jurisdiccional propuesta por Marco Geovanni no cumple con el objeto de la AP, por cuanto no existe vulneración de derechos constitucionales del niño Matías Nicolás.

**4.4.3. Terceros interesados.**

**1. Dr. Sebastián de los Reyes en representación del IESS.**

**a. Argumentos**



“La custodia del niño no entraña jurídicamente la patria potestad, pues ésta se hace a través de un trámite judicial, el Consejo Cantonal simplemente se encargó del cuidado” (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

Se reconoce que el niño Matías Nicolás pertenece a un grupo de atención prioritaria y padece de una enfermedad, pero no puede ser atendido por el IESS, ya que la LSSoc detalla quienes son beneficiarios del derecho en conflicto.

Adicionalmente, no se tiene presente que en el Estado Ecuatoriano existe Control Concentrado de Constitucionalidad, de manera que cuando exista duda sobre una norma el juez puede elevarla en consulta a la CC lo cual no ha ocurrido al ser la norma invocada clara.

## **2. Dr. Diego Carrasco, representante de la Procuraduría General del Estado.**

### **a. Argumentos.**

El accionante, pretende que el IESS asuma una obligación que se encuentra prohibida por la norma jurídica, esto es, el alcance de protección a los nietos. En este sentido, la norma regula tan sólo cuatro situaciones en las cuales se puede acceder a los órganos de salud de la mencionada institución, lo que implica que la decisión de los jueces de segundo nivel cumplió absolutamente con lo previsto en la LSSoc.

## **4.5. MOTIVACIÓN JURÍDICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**



El debido proceso, como un derecho fundamental de protección común a todas las personas, se encuentra consagrado en el artículo 76 de la CRE. En base a este derecho, se reconoce un conjunto de principios, reglas y garantías básicas, que requieren ser observadas y aplicadas de manera efectiva en todo proceso, evitando arbitrariedades o abusos en todas las instancias judiciales.

A criterio de la CC, una de las garantías que representa un pilar fundamental para el ejercicio del derecho al debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa. A este respecto, toda persona dispone a su vez de ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo, imparcial y equitativo dentro del proceso (Sentencia N° 219-15-SEP-CC, 2015).

En concordancia con el párrafo precedente, el derecho de las personas a la defensa incluirá, la garantía de motivación de las resoluciones de los poderes públicos, lo que obliga a los operadores de justicia a expresar las normas o principios jurídicos en que se sustenta la decisión, además de explicar la pertinencia de su aplicación con los antecedentes de hecho.

La CC, en el presente estudio de caso ha sido enérgica al señalar que la motivación, constituye un requisito de fondo y no de forma, que no se agota por la simple alusión a normas jurídicas y antecedentes del caso; por el contrario, es necesario emplear la lógica y una argumentación jurídica idónea del derecho o derechos en controversia con sujeción a preceptos y principios constitucionales.



Por todo lo expuesto, la CC ha señalado tres parámetros o elementos que permiten verificar si una decisión se encuentra debidamente motivada, siendo estos: *Razonabilidad, lógica y, comprensibilidad.*

#### **a. Razonabilidad**

El elemento de la razonabilidad implica que la decisión judicial se encuentre fundada en normas constitucionales y legales que sean pertinentes al caso concreto y que por tanto los argumentos del órgano judicial no contradigan estas (Sentencia N° 207-15-SEP-CC, 2015).

En este estudio de caso, en particular en la decisión judicial *in examine*, los jueces realizan su razonamiento jurídico sobre la base del derecho a la salud, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria<sup>102</sup>, la autoridad sanitaria nacional, el objeto de la AP, la responsabilidad del IESS y más aún en el artículo 102 de la LSSoc.

La CC advierte que los jueces de Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, al determinar en su sentencia las fuentes de derecho pertinentes que se ajustan a la AP planteada por el accionante y a la materia sobre la que versa el caso en concreto<sup>103</sup>, dieron cumplimiento a este parámetro.

En contraste con el análisis efectuado por la CC, *¿obedece realmente la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 el parámetro de*

---

<sup>102</sup> Entiéndase: Niños, niñas y adolescentes.

<sup>103</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017



*razonabilidad?* Previo a responder esta interrogante, es oportuno señalar que uno de los enfoques que este Órgano de Control ha desarrollado rigurosamente, a fin de determinar si una sentencia cumple o no con este elemento y que por tanto debía ser considerado, es el siguiente:

Una sentencia es razonable en la medida en que se armoniza al derecho constitucional vigente y apropiado para resolver el caso concreto, de modo que el criterio del juzgador se fundamente en normas e interpretaciones que guarden conformidad con la Constitución y no en aspectos que colisionen con esta (Sentencia N° 090-14-SEP-CC, 2014).

Se debe agregar también, que una sentencia cumple con este elemento toda vez que guarde armonía con las normas de Derechos Humanos contenidas en Tratados Internacionales y la jurisprudencia constitucional.<sup>104</sup>

En razón de lo expuesto, en un primer momento se puede señalar que la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, no cumplió con el parámetro de razonabilidad. Por cuanto, el fallo no se ajustó a preceptos constitucionales e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en base al derecho a la salud como eje central de su fundamentación para solucionar el problema, inobservando el principio de supremacía constitucional para la tutela de este derecho.

Planteados así los argumentos de la sentencia impugnada, se evidencia que las autoridades judiciales en ningún momento examinaron:

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*





1. La existencia o no de la vulneración de los derechos constitucionales del niño Matías Nicolás.
2. La existencia o no por parte de la institución accionada de actos u omisiones que vulneren o hayan vulnerado derechos.
3. Así también, no se observó ningún razonamiento lógico, respecto a la resolución emitida por la JCPD, por la cual se otorgó la custodia familiar del niño.

Al contrario, existe ausencia de análisis e incluso de enunciación de normas pertinentes, puesto que, dentro del proceso en reiteradas ocasiones se ha manifestado que el titular del derecho en controversia se trata de un niño. Las autoridades judiciales, al negar en su sentencia el reconocimiento del derecho a la salud a Matías Nicolás pasan por alto la naturaleza de los derechos y garantías que asisten a los niños, niñas y adolescentes.

El punto central que los operadores de justicia debían determinar es: *si el memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M a través del cual se negó el acceso a la salud a Matías Nicolás, en virtud del alcance de protección por parte del IESS contemplado en la LSSoc, vulnera sus derechos constitucionales por ser un niño de nueve (9) años de edad, con discapacidad intelectual del cuarenta por ciento (40%) y que padece de epilepsia.*

En efecto, los juzgadores debieron desarrollar en su decisión si el acceso a la salud del niño Matías Nicolás en el IESS se obtuvo



justificadamente o no, considerando para ello la resolución expedida por la JCPD y el principio de su Interés Superior, al poseer doble vulnerabilidad; evitando así afectar la situación jurídica del niño.

Por tanto, al constatarse un análisis de los derechos alegados por el accionante, en contraposición con el contenido del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M en aplicación del artículo 102 de la LSSoc, se observa que el estudio efectuado por los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay desconoció los preceptos constitucionales que proclaman la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin comprender que los mismos son de “orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles” (CNAdo, 2003).

En atención a todo lo expuesto, es evidente la ausencia de un desarrollo argumentativo ajustado a la normativa constitucional vigente, dentro de la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 por los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; consecuentemente, la CC debió considerar que la presente sentencia impugnada dentro de la Acción Extraordinaria de Protección, carecía de razonabilidad.

#### **b. Lógica**

El parámetro de la lógica, se vincula no sólo con la coherencia y concatenación que debe existir entre las premisas con la conclusión final, sino también con la carga argumentativa que debe darse por parte de la autoridad en las



afirmaciones, razonamientos y por último en la decisión a adoptar (Sentencia N° 069-16-SEP-CC, 2016).

Dentro del estudio de caso, se pudo constatar que los presupuestos de hecho que sustentan la acción planteada por el accionante, vienen dados por la supuesta vulneración del derecho a la salud de Matías Nicolás, quien pertenece a un grupo de atención prioritaria; y, por otro lado, el argumento incesante de que el niño no se encuentra considerado dentro los sujetos de protección del IESS en virtud del acto administrativo expedido.

Sobre esta base, al examinar la sentencia de la Sala de Apelación, se observa que la línea argumentativa de las autoridades jurisdiccionales:

1. En consideración del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, se aparta de las circunstancias supuestamente constitutivas para la vulneración del derecho que corresponde al objeto de la AP; para determinar a la entidad rectora encargada de brindar la atención médica al niño, con el propósito de justificar la negativa del IESS; y,
2. Omite el hecho que la JCPD, mediante resolución de fecha 19 de mayo de 2014 otorgó la custodia familiar del niño a sus abuelos maternos.

Atendiendo lo señalado, el análisis jurídico de la Corte Provincial se restringió a verificar meramente el cumplimiento de requisitos establecidos



en una norma infraconstitucional *que no ha sido declarada inconstitucional*<sup>105</sup> y en un acto administrativo, convirtiendo al fallo emitido en una decisión que atiende cuestiones de estricta legalidad, imperando por tanto un análisis formal de la norma.

Por lo mencionado, son varios los aspectos que este Tribunal de Apelación deja sin resolver: a. La situación de doble vulnerabilidad de Matías Nicolás, b. si el IESS otorgó o no los mecanismos necesarios para que el niño pudiera ser atendido en otro centro médico; y, c. la vulneración o no de su derecho a la igualdad y no discriminación.

Bajo estas consideraciones, la CC estableció que la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 no superó el examen de este requisito, indispensable para la garantía de la motivación.

### **c. Comprensibilidad**

El parámetro de comprensibilidad hace referencia a que la decisión judicial sea expuesta con un lenguaje claro, sencillo, comprensible y de manera concreta por parte de los jueces, puesto que la misma está dirigida no solo a las partes procesales sino también a la sociedad, además de que a través de ella se adquieren conocimientos en el presente caso en materia de derecho constitucional.

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017.



Al efecto, la CC en atención al nexo existente entre los tres parámetros mencionados para que tenga lugar la garantía de la motivación y ante la falta de congruencia entre las premisas y la conclusión final, establece que el requisito de comprensibilidad en la sentencia dictada por los jueces de segundo nivel resultó afectado.

#### **4.6. INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA CONEXA.**

Una figura novedosa introducida a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, en torno a la naturaleza jurisdiccional de la CC; como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia<sup>106</sup>, es la inconstitucionalidad de normas conexas. En este sentido, este Organismo en sentencia N°155-15-SEP-CC, emitida en el caso N°1212-12-EP, estableció la relevancia de la aludida figura, de la siguiente manera:

[...] Cuando en el conocimiento de un caso concreto, se determina que una norma es contraria a la Constitución, la Corte Constitucional ejerciendo un irrestricto control de la misma y de encontrar que no guarda coherencia con principios y derechos constitucionales, debe expulsarla del ordenamiento jurídico (2015, pág. 14).

De ahí que, constituye una atribución de la CC “declarar la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Carta Magna” (CRE, Art. 436. 3), esto con el objeto de garantizar el cumplimiento efectivo del principio de supremacía constitucional y resguardar los Derechos Fundamentales y

---

<sup>106</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 429.



garantías de los titulares de derechos. Por ende, se trata de un Control Abstracto de Constitucionalidad sobre normas infraconstitucionales o legislación secundaria a partir del principio de conexidad<sup>107</sup>.

Por lo expuesto, la CC haciendo uso de esta atribución, que le ha sido otorgada por la Constitución de la República del Ecuador, consideró necesario plantear el siguiente problema jurídico:

*¿El artículo 102 de la Ley de Seguridad Social resulta incompatible con el derecho a la familia prescrito en el artículo 67 de la Constitución de la República?*

En el caso objeto de estudio, el accionante demostró mediante resolución expedida por la JCPD poseer la custodia familiar de su nieto Matías Nicolás; acto que le faculta actuar en calidad de responsable de su cuidado, amparo y protección de sus derechos.

Ahora bien, el derecho a la salud de este niño se ha visto limitado a raíz de la interpretación formal del artículo 102 de la LSSoc; situación ésta que le ha impedido ser reconocido como beneficiario de la protección del IESS, a pesar de encontrarse bajo custodia. Por este motivo, se entiende que la referida norma desconoce los diversos tipos de familia que existen y que han sido admitidas por nuestra Constitución.

---

<sup>107</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 102-13-SEP-CC. Caso N° 0380-10-EP, del 04 de diciembre de 2013.



En tal razón, la CC ha considerado pertinente para resolver la problemática planteada, examinar el alcance del artículo 67 de la Constitución de 2008 en conexidad con ciertas normas infraconstitucionales y lineamientos jurídicos a nivel internacional. Así pues:

**a. Alcance del artículo 67 de la Constitución de 2008.**

La familia al instituirse en un derecho que goza de rango y protección constitucional, al que todo individuo puede optar sin ningún tipo de discriminación, encuentra su fundamento en el artículo 67 inciso primero de nuestra Constitución, que prescribe:

Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan la consecución de sus fines. Se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes [...] (CRE, Art. 67).

Del análisis de este derecho, se evidencia: En primer lugar, un alejamiento del concepto tradicional de familia, ante el reconocimiento expreso de su diversidad. A este respecto, es crucial comprender que estos diversos tipos no se encuentran enumerados categóricamente dentro del ordenamiento jurídico, puesto que en ciertos casos dependerán de las circunstancias sociales. Sin embargo, se reconocen por ejemplo en relación con el presente estudio de caso: El derecho de las familias conformadas por



personas con discapacidad a recibir una atención adecuada<sup>108</sup>, la protección especial a las familias disgregadas<sup>109</sup> así como prácticas saludables en el ámbito familiar<sup>110</sup>.

En segundo lugar, el reconocimiento a la igualdad de derechos y oportunidades de los integrantes de la familia, situación que ha sido inobservada por el Tribunal de Apelación en su trabajo argumentativo; y, finalmente que, al constituirse en particular por vínculos jurídicos, no debería desconocerse a los dependientes, es decir a los niños, niñas y adolescentes, declarados por autoridad competente. En definitiva, a la familia como núcleo primordial, el Estado tiene la obligación especial de protegerla garantizando todos los medios que contribuyan a su desarrollo y a la materialización de sus propósitos.

#### **b. Normas Infraconstitucionales.**

La CC en este aspecto, ha creído conveniente enfocarse en el CNAdo por su naturaleza de protección integral a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En concreto, en lo referente a la función de la familia, el derecho a tener una y a su convivencia; y, en la naturaleza del vínculo familiar.

Sobre esta base, la ley reconoce y protege a la familia como el espacio vital para el desarrollo del niño, niña y adolescente (CNAdo, Art. 9).

---

<sup>108</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 47 numeral 9.

<sup>109</sup> *Ibidem*, Art. 69 numeral 4.

<sup>110</sup> *Ibidem*, Art. 363 numeral 1.





Con este fin, tendrán derecho a vivir y crecer en su familia biológica, para lo cual se deberá adoptar todas las medidas apropiadas para su permanencia. Por excepción, cuando esto sea imposible o contrario a su Interés Superior, tendrán derecho a otra familia (CNAdo, Art. 22). Finalmente, la familia recibirá protección del Estado y la sociedad, a efecto de que cada uno de sus miembros pueda ejercer y asumir sus derechos, deberes y responsabilidades (CNAdo, Art. 96).

Por lo descrito, es indudable que en nuestra legislación tanto el Estado como la sociedad están llamados a velar por el desarrollo integral, bienestar, seguridad, respeto y conservación de la familia y de cada uno de sus integrantes, de forma que puedan ejercer a plenitud sus derechos. Bajo esta consideración, resulta ilógico e incompatible con los deberes y fines del Estado otorgar un trato diferenciado y del todo discriminatorio a las familias por su conformación; precisamente, cuando por esta situación lo que se busca es brindar protección y asistencia a los niños, niñas y adolescentes.

**c. Lineamientos jurídicos a nivel internacional.**

Los lineamientos jurídicos a nivel internacional<sup>111</sup> en este estudio de caso, han sido reiterativos al sostener el rol que el Estado debe cumplir respecto al cuidado y defensa de la familia; como el medio natural e idóneo para el desarrollo de sus integrantes, además de la adopción de medidas orientadas a su igualdad y protección.

---

<sup>111</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



En adición a lo expuesto, esta noción de familia puede diferir a consecuencia de las “diversas pautas culturales y relaciones familiares” (Comité de los Derechos del Niño, 1994). Es por ello que, la Convención sobre los Derechos del Niño conjuntamente con entidades de control del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos<sup>112</sup> han reconocido y aceptado distintas estructuras familiares como aptas para el cuidado y la formación de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, se destacan:

[...] La familia ampliada y la comunidad<sup>113</sup> [...], familia nuclear o tradicional, padres separados, familia de un solo progenitor, familia consensual y familia adoptiva (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

Cabe señalar que, junto a las estructuras antes mencionadas existen diferentes maneras a través de las cuales los hijos pueden llegar a ser parte de una familia. En efecto, se distinguen:

[...] Los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, los provenientes de familias de crianza y de familias ensambladas denominados hijos aportados<sup>114</sup>, quienes tienen derecho a recibir un trato igualitario de parte de su entorno familiar, la sociedad y el Estado (Sentencia T-292/16, 2016).

---

<sup>112</sup> El Comité sobre los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

<sup>113</sup> Se refiere a la vida en común, como comunidad, que adoptan algunos grupos familiares unidos por lazos de sangre y por la unidad de su forma de vivir (abuelos, padres, hijos y primos). Lexicón: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas. Giorgio Campanini. 2006.

<sup>114</sup> Los hijos aportados, se entienden como aquellos integrados al matrimonio o a la unión marital de hecho por uno de los cónyuges o de los compañeros permanentes provenientes de una relación diferente. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292/16.



De ahí que, para la CC estos nuevos modelos o formas por las cuales los hijos forman parte de una familia, a más de exhibir las distintas realidades que pueden rodear a los adultos y los niños, conducen a la eliminación o modificación de los subsistemas tradicionales: *Conyugal, parental, filial y fraternal* (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

Avanzando en este análisis, a pesar de que la familia debe gozar de una protección en igualdad de condiciones independientemente de sus integrantes, es fundamental precisar que cuando se trata de niños, niñas y adolescentes su protección debe ser *reforzada*, a fin de garantizar el respeto a su dignidad humana como titulares de derechos, ya que de lo contrario su desconocimiento constituiría una amenaza para sus derechos, incluido su principio de Interés Superior.

En este contexto, al encontrarse Matías Nicolás bajo custodia de sus abuelos maternos se beneficiaría del derecho a una familia, a una vida digna, a la salud, a la Seguridad Social y a todo lo necesario para su normal desarrollo, motivo por el cual no puede ser sujeto de discriminación. Toda vez que, en base a las consideraciones realizadas se puede concluir que el niño funge como hijo en calidad de dependiente de sus abuelos. Por ello, resulta primordial garantizar una igualdad de trato tanto a los niños, niñas y adolescentes que forman parte de una estructura familiar como a los dependientes declarados por autoridad competente<sup>115</sup>.

Se debe agregar también que, la CC ha considerado que este deber de custodia de Matías Nicolás no sólo implica la obligación de sus abuelos maternos

---

<sup>115</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017.



de proporcionarle todos los cuidados que requiera, sino también la responsabilidad compartida por parte del Estado de actuar como guardián de sus derechos asegurando así su protección.

Por todo lo expuesto, este Organismo al advertir la atención especial que merecen los diversos tipos de familias y más aún si están conformadas por niños, niñas y adolescentes, según el análisis efectuado; determinó que el artículo 102 de la LSSoc no es compatible con el derecho a la familia prescrito en el artículo 67 de nuestra Constitución. A consecuencia de ello, decidió declarar su inconstitucionalidad y adicionalmente modular los efectos de la sentencia, señalando que:

En la primera línea del segundo inciso del referido artículo deberá sustituirse la letra “y” por una “,” y a continuación de la frase “sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad”, deberá agregarse el siguiente texto **“los dependientes menores hasta los (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor”** (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

Con lo mencionado, es pertinente indicar que la CC al modular los efectos de una sentencia que contiene una norma conexa inconstitucional, está reconociendo su potestad para:

[...] Emitir las denominadas sentencias modulativas, a fin de preservar la norma acusada de inconstitucionalidad, sin menoscabo de que del examen de constitucionalidad se desprenda la necesidad de realizar ciertos cambios indispensables para que la misma esté conforme a la Constitución (Sentencia N° 019-12-SIN-CC, 2012).



Todo ello con el objeto de velar por la efectividad de los derechos constitucionales, la supremacía constitucional además de la aplicación inmediata de la norma tras los cambios efectuados para quienes se encuentren en una situación similar, en este caso del artículo 102 de la LSSoc.

Por consiguiente, se trata de una técnica empleada por los operadores de justicia “en sede de control constitucionalidad” (Aillón, 2010), para ajustar o modular las sentencias a casos particulares o extraordinarios, en donde una decisión podría ocasionar resultados perjudiciales para el titular del derecho en conflicto, más aún si pertenece a un grupo de atención prioritaria.

#### **4.7. DECISIÓN FINAL ADOPTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

La CC del Ecuador en su sentencia N° 380-17-SEP-CC, al tratar sobre los derechos de un grupo de atención prioritaria, como son los niños, niñas y adolescentes resolvió:

1. Declarar la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación y el derecho a la salud previstos en la Constitución de la República del Ecuador.
2. Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada por Marco Geovanni Coellar Iñiguez en calidad de responsable del niño Matías Nicolás Viteri Coellar<sup>116</sup>.
3. Disponer medidas de reparación integral:

---

<sup>116</sup> En consecuencia, a través de esta garantía jurisdiccional la Corte Constitucional protege el derecho a la salud en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor.



### **MEDIDAS DE RESTITUCIÓN:**

3.1. Revocar la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay que conoció y resolvió el Recurso de Apelación.

3.2. Dejar en firme la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, debiendo acatarse la medida de reparación dispuesta en la misma, es decir:

El IESS brindará el tratamiento y atención médica que necesite el niño, mientras se encuentre en custodia familiar del afiliado. A su vez, el Director Provincial de esta institución deberá cumplir estrictamente con esta sentencia. Finalmente, en aplicación del inciso tercero del artículo 21 de la LOGJCC, ofíciase a la Defensoría del Pueblo (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

3.3. Ordena al IESS presentar un informe referente al cumplimiento de la medida de reparación antes mencionada y a la Defensoría del Pueblo informar anualmente sobre el cumplimiento de esta sentencia.

### **GARANTÍA DE NO REPETICIÓN:**

3.4. La CC en atención a la Constitución de 2008<sup>117</sup> y en relación con la LOGJCC<sup>118</sup>, modula los efectos de esta sentencia, de la siguiente manera:

---

<sup>117</sup> Artículo 436 numeral 3.

<sup>118</sup> Artículo 5.



En la primera línea del segundo inciso del artículo 102 de la Ley de Seguridad Social deberá sustituirse la letra “y” por una “,” y a continuación de la frase “sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad” deberá agregarse el siguiente texto **“los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor”** (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

Por tanto, el texto del inciso segundo del referido artículo en su parte pertinente será el siguiente:

**Art. 102.- Alcance de la protección.-** [...] El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, **los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor** [...] (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

4. Disponer que estas medidas de reparación sean ejecutadas de manera inmediata, bajo prevención de lo dispuesto en la Norma Suprema<sup>119</sup>, en caso de no cumplir con la decisión constitucional; y,
5. Omitir los nombres y apellidos de la madre y abuelos maternos del niño, al publicar la presente sentencia en la Gaceta Constitucional.

#### 4.8. DISCUSIÓN JURÍDICA.

---

<sup>119</sup> Art. 86 numeral 4



Indiscutiblemente, uno de los deberes primordiales del Estado a la luz de la Carta Magna, es garantizar sin discriminación alguna el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en la misma pero también en la normativa internacional, máxime la salud (CRE, 2008, Art. 3), debiendo observarse para ello mecanismos que posibiliten la consecución de este fin. Se entiende que, este postulado adquiere mayor relevancia cuando se trata de personas que por su condición de especial vulnerabilidad pertenecen a grupos que requieren de atención prioritaria, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes; más aún si éstos poseen doble vulnerabilidad, como acontece en el presente estudio.

Sobre el particular, el accionante Marco Geovanni Coellar Ñíguez, en su demanda de Acción Extraordinaria de Protección, expresa:

[...] la Sala Penal, no hace esfuerzo alguno por explicar que es un derecho adquirido y si es pertinente considerarlo como aplicable o no al caso en concreto, pese a que Matías venía siendo atendido en los dispensarios del IESS. Así pues, la Sala mediante la interpretación y observancia sesgada del artículo 102 de la LSSoc, está coartando un derecho de rango y protección constitucional del cual mi nieto se hizo titular legítimamente, como es la salud a través del IESS (2016, pág. 21).

Es crucial iniciar este análisis jurídico, precisando que, la Constitución de 2008 contempla a la salud como un derecho cuya materialización se vincula al ejercicio de otros derechos, por ende constituye deber del Estado garantizarlo en virtud del acceso a programas, acciones y servicios de promoción y atención





integral<sup>120</sup>. Concomitantemente, prescribe que su goce corresponde al Sistema Nacional de Salud, responsable del desarrollo, amparo y recuperación de las potencialidades para una vida sana e integral<sup>121</sup>; empero, se debe resaltar que este Sistema abarca a las instituciones, programas, recursos y actores en salud; es decir a todas las dimensiones de este derecho, asegurando así su fomento, prevención y recuperación en todos los niveles<sup>122</sup>. Finalmente, el cuerpo normativo antes citado dentro del tema que nos ocupa, destaca entre las obligaciones del Estado: Formular políticas públicas tendientes a generalizar la atención en salud; mejorar y ampliar permanentemente su calidad y protección; fortalecer los servicios estatales de salud; dotar de cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria, así como garantizar el acceso a medicamentos de calidad<sup>123</sup>.

Sobre esta base, la CC fue enfática al señalar que, el derecho en conflicto exige un *conjunto de criterios sociales*<sup>124</sup> que fomenten la salud de todas las personas, entendidos como, disponibilidad de servicios idóneos, condiciones óptimas de trabajo, vivienda digna, alimentos saludables, seguridad social, la no discriminación y otros que sustenten el Buen Vivir; de ahí que, al mismo tiempo su ejercicio esté íntimamente relacionado con el de otros derechos. Del mismo modo, subrayó que la salud al comprender libertades y derechos, incluye el derecho de acceso a un sistema de defensa que provea en igualdad de condiciones el disfrute de su grado máximo.

---

<sup>120</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 32

<sup>121</sup> *Ibíd*em, Art. 358

<sup>122</sup> *Ibíd*em, Art. 359

<sup>123</sup> *Ibíd*em, Art. 363

<sup>124</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017.



Avanzando en nuestro estudio, de la lectura del expediente constitucional se advirtió la importancia de diferenciar al concepto de salud como *derecho* de su noción como *servicio público*, a pesar de que ambos criterios resultan ser “interdependientes”<sup>125</sup>. La CC, al respecto enfatizó que esta distinción implica que “el sistema que garantiza el servicio de salud no puede desconocer la existencia y prevalencia del derecho a la salud. Es más, el servicio público de salud constituye la estrategia institucional encaminada a la realización del mentado derecho” (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017).

Por consiguiente, la salud requiere ser comprendida como un derecho que entraña como acontece con el resto de los derechos, prestaciones de carácter económico destinadas a salvaguardar adecuadamente su eficacia en la práctica. Con lo descrito, el Estado por medio del Sistema Nacional de Salud establece y otorga las condiciones necesarias a través de las cuales las personas pueden tener acceso a un estado de salud pleno y sin obstáculo alguno<sup>126</sup>. Ahora bien, nuestra Carta Magna en torno al servicio público de salud ha determinado que el mismo se prestará conforme los principios generales del Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social<sup>127</sup>, a saber, universalidad, igualdad y no discriminación, equidad, progresividad y solidaridad; esto bajo parámetros de calidad, responsabilidad, eficacia y eficiencia<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 146-14-SEP-CC Caso N° 1773-11-EP, del 01 de diciembre de 2014.

<sup>126</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017.

<sup>127</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 358

<sup>128</sup> *Ibidem*, Art. 340



Dicho lo anterior, se colige que por mandato constitucional la protección del derecho a la salud conlleva un acceso efectivo, de calidad y en igualdad de oportunidades a los servicios y organismos que sean necesarios para procurar su cobertura. Una vez que, el derecho en conflicto ha sido contextualizado en los párrafos anteriores, la CC precisó que en este estudio de caso el referido derecho debe ser abordado desde la óptica del servicio público.

A tal efecto, los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en su fallo de 30 de septiembre de 2016 establecieron, “[...] la acción propuesta se sustenta en este memorando, donde aparentemente estaría el acto de una autoridad pública no judicial que violaría derechos; siendo su fundamento central, que se ha negado la atención en salud a su nieto” (Sentencia 01904-00020, 2016). Seguidamente, en lo que respecta al derecho materia de este análisis, la Sala precisó que en aplicación de los artículos 141<sup>129</sup> y 361<sup>130</sup> de la Norma Suprema, es al Estado a quien compete ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Salud por intermedio de su Autoridad Sanitaria, esto es del Ministerio de Salud Pública. Asimismo que, el IESS es el responsable de la prestación de las contingencias del Seguro Universal Obligatorio a sus afiliados<sup>131</sup>. Para finalmente pasar a señalar que “por un error de buena fe se atendió al niño, pero esto no significa que genere derechos; los errores

---

<sup>129</sup> **Art. 141.-** La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas (Inc. 2do).

<sup>130</sup> **Art. 361.-** El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector.

<sup>131</sup> *Ibidem*, Art. 370



hay que corregirlos. Es deber del Estado, garantizar este derecho a través del Ministerio de Salud Pública” (Sentencia 01904-00020, 2016).

Sobre la base de los argumentos expresados por los jueces de alzada, la CC advirtió que en esta causa jamás se analizó lo que implica el derecho a la salud y si tuvo lugar su vulneración debido al cumplimiento del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M; por el contrario, afirma que las autoridades jurisdiccionales se circunscribieron a señalar que en función de lo previsto en el texto constitucional, el único organismo responsable de otorgar el servicio de salud a Matías Nicolás era el Ministerio de Salud Pública y no el IESS, en razón de que éste responde únicamente por sus afiliados.

Al mismo tiempo, llamó la atención que estas autoridades en su esfuerzo por tratar de respaldar la negativa de la institución accionada de no continuar brindando atención médica al nieto del accionante, evocaran que la atención proporcionada no genera derecho alguno y que este error debe ser corregido. El razonamiento descrito, demostró la deficiente formación constitucional de la Sala respecto a la envergadura de los Derechos Humanos y Fundamentales, ya que éstos no son creados ni otorgados por los poderes públicos, más bien son reconocidos en vista de que son consustanciales a la condición de ser humano y derivan de su dignidad, lo que acaece en efecto con el derecho en conflicto<sup>132</sup>. Por tanto, los jueces de segundo nivel cometieron una equivocación al señalar que, si bien el IESS por un error atendió al niño, esto no significa que genere derechos.

---

<sup>132</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 380-17-SEP-CC. Caso N° 2334-16-EP, del 22 de noviembre de 2017.



En este punto, es preciso resaltar que en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la Carta Magna consagra una serie de principios de aplicación para el ejercicio de los derechos, siendo dos de ellos: El principio Pro Homine<sup>133</sup> cuya naturaleza radica en la dignidad humana y la progresividad y no regresividad<sup>134</sup>. Con respecto al primero, las normas deben ser interpretadas en favor del amparo y disfrute de los derechos y garantías de las personas. Por esta razón, la CC determinó que la interpretación de este precepto en aplicación al derecho a la salud, implica la obligación de los jueces de “realizar una interpretación restrictiva de las exclusiones del sistema y a la vez una exégesis amplia de aquello que ha de entenderse incluido en él” (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017); es decir, se estableció como punto de referencia para el ejercicio efectivo del derecho en mención, la inclusión de servicios como regla general y su exclusión como excepción.

En cuanto a la progresividad y no regresividad, el Estado no puede adoptar medidas orientadas a disminuir el grado de reconocimiento y observancia de los derechos recogidos en el texto constitucional e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Así pues, conviene subrayar que si bien la decisión de la Sala hizo regresivo el ejercicio del derecho de Matías Nicolás, la CC consideró que era obligación de los jueces analizar a más de la normas nacionales la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>135</sup> así como la jurisprudencia de la Corte IDH; en particular,

---

<sup>133</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 11 numeral 3 y 7.

<sup>134</sup> *Ibidem*, Art. 11 numeral 8.

<sup>135</sup> **Artículo 24.-** **1.** Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. **2.** Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: **a)** Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; **b)** Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean



el caso *Cuscul Piraval y otros vs Guatemala*, pues cuando “[...] se trata del derecho a la salud hay una obligación de cumplimiento progresivo, y esto se refiere al derecho a la salud en general, tanto curativa como preventiva, y cuya atención es debida a toda la población” (2005, pág. 25). Por tanto, frente a este derecho existe una situación de exigibilidad inmediata; más aún, si se padece de una enfermedad crónica de larga duración como es la epilepsia.

No obstante, estas posturas no fueron consideradas por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay al emitir su decisión dentro de la Acción de Protección N° 00020-2016.

Así, los jueces de alzada pasaron por alto que con la expedición del acto se estaba soslayando no sólo la doble vulnerabilidad del niño, sino que esto provocó a criterio de la CC una “afectación a su integridad personal” (Sentencia N° 380-17-SEP-CC, 2017) por haberlo expuesto a un ambiente de discriminación y desprotección; pues ignoraron que “en materia de derechos y garantías constitucionales las autoridades deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia” (CRE, 2008, Art. 11.5), así como la supremacía de la Carta Magna.

Es crucial traer a colación que el Interés Superior del niño desempeña un rol fundamental en el proceso de toma de decisiones, toda vez que constituye un

---

necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; e) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.



*principio de aplicación obligatoria*<sup>136</sup>, que por un lado procura el desarrollo integral y goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en consideración a sus necesidades esenciales; y, por otro impone a toda autoridad e institución adecuar sus fallos y acciones al mismo para su cabal cumplimiento. Es así que, los jueces omitieron analizar la situación particular del niño; esto es, su edad, grado de vulnerabilidad, discapacidad intelectual, situación socioeconómica y el hecho de estar bajo el cuidado de sus abuelos maternos, para establecer si era factible o no la suspensión del servicio de salud.

Por el razonamiento establecido, la CC determinó la existencia de una desconexión entre la Constitución de 2008 y la norma infraconstitucional que regula el alcance de protección del derecho a la salud por medio del sistema de Seguridad Social, cuando el sujeto de protección es un niño bajo custodia familiar. Ante esta situación, la CC dada la protección reforzada de la que goza este grupo de atención prioritaria y los diversos tipos de familia que existen y que han sido reconocidas por nuestra Carta Magna, establece que al aplicarse el artículo 102 de la LSSoc, deberá incluirse entre sus beneficiarios a niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años edad declarados por autoridad competente no sólo en casos de custodia familiar pero también de acogimiento familiar o nombramiento de tutor.

Así también, en el caso objeto de estudio las autoridades jurisdiccionales no examinaron en absoluto la existencia o no de vulneración a los derechos constitucionales de Matías Nicolás ni su situación de doble vulnerabilidad; por el

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N° 209-15-SEP-CC. Caso N° 0415-15-EP del 24 de junio de 2015.



contrario, en el fallo se advirtió una ausencia de análisis jurídico del asunto de fondo, de sus particularidades e incluso de enunciación de los derechos consagrados a favor de los niños, niñas y adolescentes, mismos que debían ser considerados al momento de resolver la presente garantía jurisdiccional de AP; ya que, en atención a lo establecido en nuestra Carta Magna los derechos son plenamente justiciables y no se puede alegar falta de norma para justificar su violación o desconocimiento <sup>137</sup>.

#### **4.9. EFECTOS DE UNA SENTENCIA DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

La Constitución de 2008 reconoce a la CC como el “máximo órgano de control e interpretación constitucional”<sup>138</sup>. A este respecto, las decisiones emitidas en la jurisdicción constitucional en *materia de control constitucional* adquieren gran relevancia, dado que:

Se caracterizan por generar efectos tanto *inter partes* como *erga omnes*, y generalmente presentan una estructura binaria, pudiendo ser “estimativas” o “deestimatorias”. Por el contrario, si de algún modo puede salvarse la vigencia de una norma, la decisión podría ubicarse en un término medio al declarar su inconstitucionalidad parcial, aportando una interpretación diferente y generalmente obligatoria. A la vez, puede declararse la inconstitucionalidad de una parte de la norma, ya sea por exceso u omisión en su enunciado, guardándose para sí la facultad de subsanar dicha inconstitucionalidad. Soto (2012), citado por Calle (2020).

---

<sup>137</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 11 numeral 3 inc. 2.

<sup>138</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 429.





Por lo referido, corresponde indicar que la sentencia N° 380-17-SEP-CC dictada por la CC, en la cual se declara la vulneración de los derechos consagrados en los artículos 76 numeral 7 literal 1) y 32 de la CRE, genera efectos *inter partes* motivo por el cual no puede ser considerada como jurisprudencia vinculante; pero, dado que reviste de gran importancia al ser emitida por el máximo Órgano de Control Constitucional y por ser la única que regula el tema, su contenido abarca aspectos trascendentales que pueden servir de fundamento para casos futuros.

Hay que mencionar, además que la CC en ejercicio de su atribución prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Carta Magna, procede a dictar una sentencia modulativa aditiva. Estas sentencias doctrinariamente son aquellas que se expiden para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo menor respecto al exigible constitucionalmente (Cordero, 2011, pág. 178); es por ello que, al ser en principio la norma incompatible con la Constitución, este tipo de sentencia se utiliza con la finalidad de no retirarla del ordenamiento jurídico sino más bien se subsana aquello que ha sido omitido por el legislador.

Por lo anterior, la CC con respecto a la norma contenida en el artículo 102 de la LSSoc inciso segundo, realiza la siguiente modulación:

El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, **los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor**, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción



de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual (2017, pág. 60).

En consecuencia, este máximo Órgano de Control Constitucional a través de la sentencia No. 380-17-SEP-CC incluye como beneficiario del derecho a la salud mediante el sistema de Seguridad Social a un grupo de atención prioritaria que inconstitucionalmente era excluido de esta situación, para que sea tratado en igualdad de condiciones con respecto a los sujetos de protección comprendidos en un principio en la norma cuestionada.



## CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el análisis del caso N° 2334-16-EP, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

- La Constitución de la República del Ecuador, trae consigo una serie de avances sustanciales con relación a los derechos de las personas que por su situación de riesgo o vulnerabilidad requieren de atención prioritaria y especializada, como son los adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, quienes padecen de enfermedades catastróficas o de gran complejidad. En este contexto, destaca el carácter humano y de solidaridad que prevalece en la Carta Magna respecto a estos titulares de derechos.
- En el caso de los niños, niñas y adolescentes, cuyos derechos fueron objeto de análisis en el presente estudio de caso, se pudo establecer que el texto constitucional reconoce a su favor un amplio espectro de derechos y garantías que requieren ser observados prioritariamente por el Estado, la familia y la sociedad con el fin de prevenir y erradicar barreras sociales discriminatorias; entre uno de ellos, el derecho a la salud en igualdad de condiciones y oportunidades. Dentro del caso analizado, se pudo advertir una situación diferente, pues quien actúa como accionante no es el padre del niño sino su abuelo materno quien demostró mediante resolución de la Junta Cantonal de Protección de Derechos poseer su custodia familiar.
- Nuestro ordenamiento jurídico en pos de garantizar el goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reconoce a la familia en sus diversos tipos; es así que, este reconocimiento ha conllevado a la modificación o eliminación de los



subsistemas tradicionales, pues son diferentes las formas a través de las cuales los niños, niñas y adolescentes pertenecen a una familia, al respecto se destacan: la familia ampliada, nuclear, de padres separados, monoparental, adoptiva así como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos.

- En el caso materia de análisis, se evidenció que Matías Nicolás un niño actualmente de 9 años de edad que padece de discapacidad intelectual del 40% y epilepsia se encontraba al cuidado de sus abuelos maternos. Ciertamente, el niño ha dependido por completo de la protección del accionante, pues sus padres no se encontraban en condiciones de asumir sus responsabilidades como tales; siendo, Marco Geovanni Coellar Ñíguez quien terminaba cubriendo los gastos de los medicamentos que el niño requería, además de sus necesidades básicas.
- En primera instancia, los jueces que conocieron la Acción de Protección cumplieron con su rol de verdaderos garantes de la Carta Magna, por cuanto al advertir una palmaria vulneración a los derechos constitucionales de Matías Nicolás en virtud del memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M, en su decisión ponderando el principio de su Interés Superior y su situación de doble vulnerabilidad evocaron la naturaleza e importancia de sus derechos y garantías, mismos que por ser de orden público no admiten discusión alguna.
- No así, en segunda instancia ocurrió todo lo contrario, dado que los jueces que conocieron el Recurso de Apelación, en conformidad con la teoría del filósofo Ronald Dworkin continúan siendo *Jueces Hércules*; esto es, tenían por objeto encontrar una única solución correcta al problema jurídico en aplicación de la ley en estricto sentido. A este respecto, en su decisión no se hizo alusión alguna a la



existencia o no por parte de la institución accionada de vulneración a los derechos del niño; de quien se demostró documentadamente que el IESS dio completa validez a la resolución emitida por la Junta Cantonal de Protección de Derechos. En su lugar, los jueces de segundo nivel se limitaron exclusivamente al tenor del acto administrativo por medio del cual se negó brindar atención médica a Matías Nicolás; ignorando así, que la garantía jurisdiccional interpuesta tiene por finalidad la protección directa y eficaz de los Derechos Humanos y Fundamentales.

- La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, adoptó un razonamiento equívoco y con total desapego al marco constitucional vigente, pues determinó que debe imperar la disposición contenida en el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social, que contempla el alcance de protección del derecho a la salud al afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, hijos menores hasta los 18 años de edad y jubilados, sin considerar que la Acción de Protección versaba sobre los derechos de un niño en situación de doble vulnerabilidad y bajo el cuidado de sus abuelos maternos que requería de protección reforzada por parte del Estado.
- Indudablemente, el deber primordial de la Sala era garantizar sin ningún tipo de discriminación el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos a favor del niño, examinando la existencia o no de transgresión a los mismos y no considerar meramente al acto administrativo como una emisión legítima de autoridad competente para fundamentar el actuar del IESS, pues si bien el memorando N° IESS-DPA-SPPSS-2016-0299-M fue expedido conforme la normativa legal, esto no implica que no se hayan vulnerado disposiciones constitucionales.



- Se debe agregar que, la Sala tenía la obligación de efectuar una interpretación de la Norma Fundamental en su integralidad a favor de la plena vigencia de los derechos; esto en consideración a que no existe un modelo único de familia. Dentro del caso analizado se advierte sin duda que Matías Nicolás al ser un niño de 9 años de edad, con discapacidad intelectual del 40% y epilepsia, se encuentra bajo el cuidado y protección de sus abuelos maternos, motivo por el cual sus derechos deben ser exigibles a través del accionante, es así que el derecho a la salud que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes debía ser garantizado en aplicación de distintos preceptos constitucionales con efecto de irradiación sobre la norma infraconstitucional, dado que el juez al estar frente a una norma restrictiva de derechos debe adoptar un papel creador y progresista de derechos.
- Para finalizar, es sustancial establecer que el Estado por medio de sus autoridades tiene el deber jurídico de prevenir las transgresiones a los derechos, de examinar en atención a la normativa nacional e internacional vigente las transgresiones que hayan sido cometidas dentro de su jurisdicción para finalmente precisar a los responsables y establecer la respectiva reparación integral<sup>139</sup>; situación que no aconteció en la presente causa constitucional, debido a que se evidenció una carente formación constitucional por parte de las autoridades judiciales que conocieron de la garantía jurisdiccional presentada por Marco Geovanni Coellar Iñiguez.

---

<sup>139</sup> La obligación de “respetar” y “garantizar” los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. Eduardo Ferrer Mac-Gregor – Carlos María Pelayo Möller. Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2, 2012.



## RECOMENDACIONES

Luego de haber realizado el análisis del caso N° 2334-16-EP, se pueden establecer las siguientes recomendaciones:

- Instar a los servidores públicos, administrativos y judiciales, para que en sus decisiones se tome en cuenta el contenido del caso N° 2334-16-EP, analizado en el presente trabajo de titulación al momento de aplicar el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social, para de esta manera evitar ulteriores transgresiones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes bajo custodia familiar o en situaciones similares.
- Exhortar a la Defensoría del Pueblo, para que a través de su Representante Legal continúe realizando el seguimiento y evaluación anual en torno al tratamiento y atención médica que recibe el beneficiario de parte del IESS, determinando si se cumple o no con la sentencia emitida por la Corte Constitucional.
- Pese a que la decisión adoptada por el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia entraña un gran avance en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, es evidente que aún existe cierta confusión en cuanto a su denominación, por ello, se considera que respecto al tema de análisis y por tratarse sobre los derechos de un grupo de atención prioritaria, a la luz de la Doctrina de Protección Integral, se debe suprimir en el texto del inciso segundo del artículo 102 de la Ley de Seguridad Social el término *menores*, por cuanto con la vigencia de la doctrina en mención los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser objetos de derechos para convertirse en sujetos y titulares de derechos.
- El Estado Ecuatoriano debe implementar políticas públicas, a fin de fortalecer sistemas de capacitación y actualización de conocimientos en base a la teoría del *Neo*



*Constitucionalismo*<sup>140</sup>, a efecto de que los operadores de justicia dejen atrás la concepción simplista del derecho positivo y adopten destrezas de conocimiento e interpretación de las normas fundamentales que trae nuestra Carta Magna, que constituye un instrumento de avanzada en cuanto a protección y garantías de derechos.

- El Consejo de la Judicatura debe realizar evaluaciones periódicas a todas las autoridades jurisdiccionales, independientemente de su área de especialización; esto, con la finalidad de ser instruidos sobre la correcta aplicación de los preceptos constitucionales y la tutela efectiva de los Derechos Humanos y Fundamentales, cuando llegue a su conocimiento causas constitucionales como el presente caso materia de análisis.
- Exhortar al Estado para que a través del Ministerio de Inclusión Económica y Social, impulse el cumplimiento de mejor manera de las políticas públicas que garanticen el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes bajo custodia familiar o en situaciones similares, como el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, acorde a lo determinado en la sección séptima “Salud” de la Constitución de 2008.
- El Estado a través del Ministerio de Finanzas, debe dotar de recursos presupuestarios al Consejo de la Judicatura, bajo partidas especiales destinadas a fomentar planes y proyectos de capacitación a los operadores de justicia del país en beneficio de los niños, niñas y adolescentes.

---

<sup>140</sup> En varias sentencias la Corte Constitucional del Ecuador ha utilizado este término.





## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### *Jurisprudencia:*

A., H. N. (6 de Abril de 2017). La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños. Obtenido de como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n2/0718-0012-iusetp-23-02-00415.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. (10 a 28 de Enero de 1994). Obtenido de Informe sobre el quinto período de sesiones, p. 59: <file:///C:/Users/USUARIO/AppData/Local/Temp/G9415736.pdf>

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Agosto de 2002). Obtenido de: <https://www.acnur.org>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de Agosto de 2012). Obtenido de Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina: <http://www.corteidh.or.cr>

Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, 642/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de Marzo de 2005).

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Serie C No. 32, Serie C No. 63, Serie C No. 77 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 1999). Obtenido de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)

Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana , Serie C No. 130 - Serie C No. 156 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de Septiembre de 2005). Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr>

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC-21/14 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Agosto de 2014). Obtenido de: <https://www.acnur.org>



Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. (2 de Septiembre de 1990). Obtenido de  
Convención sobre los Derechos del Niño: <https://www.ohchr.org>

Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF, e. c. (Febrero de 2013). Acogimiento Familiar.

Recomendación sobre la asistencia médica, 1944 (núm. 69). (12 de Mayo de 1944). Obtenido de <https://www.ilo.org>

Sentencia T-292/16 (Corte Constitucional de Colombia 02 de Junio de 2016).

Trabajo, O. I. (2017). Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. Ginebra: Servicio de Producción,  
Impresión y Distribución de Documentos y Publicaciones (PRODOC) de la OIT.

### ***Doctrina:***

Alcalá, H. N. (2003). La Protección de los Derechos Fundamentales. Obtenido de  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1094/13.pdf>

Bruñol, M. C. (2010). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos  
del Niño. En R. Á. Santamaría, & M. B. Corredores Ledesma, Derechos y garantías de la niñez y  
adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral (págs. 92-93). V&M Gráficas.

(CETIM), C. E.-T. (Noviembre de 2012). El Derecho a la Seguridad Social. Obtenido de <https://www.cetim.ch>

Clément, Z. D. (25 de Marzo de 2015). Doctrina.- La complejidad del principio pro homine. Obtenido de  
<http://www.corteidh.or.cr>

Favela, J. O. (Mayo-Agosto de 2016). Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Obtenido de Derechos Humanos y  
Garantías Constitucionales: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v49n146/2448-4873-bmdc-49-146-00149.pdf>

Mocoroa, J. M. (12 de Mayo de 2016). Bogotá, D. C., Colombia - Volumen XX - Número 39 - Enero - La  
Racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v20n39/v20n39a06.pdf>



- Moreno, Á. G. (Julio - Diciembre de 2014). La Constitucionalización del Derecho Humano a la Seguridad Social en Latinoamérica. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx>
- O'Donnell, D. (30 de Septiembre de 2004). La Doctrina de la Protección Integral y las normas jurídicas vigentes en relación a la familia. Obtenido de <http://www.iin.oea.org>
- Pérez, J. G. (2001). El derecho a la tutela jurisdiccional. *Revista Jurídica UNAM MX*, 1025-1031.
- Robles, J. N., Moctezuma Navarro, D., & Orozco Hernández, L. (2010). Hacia un nuevo modelo de seguridad social. *Redalyc - Red de Revistas Científicas*, 3-4.
- Rosario-Rodríguez, M. F. (2011). La Supremacía Constitucional: Naturaleza y alcances. *Dikaion*.
- Schauer, F., & Tobías J. Scheleider. (2013). *Pensar como un Abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Sanchís, L. P. (2013). *El Constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta S.A.
- Santos, B. R. (Noviembre de 2018). Fondo de las Naciones Unidas para la Niñez - UNICEF. Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional - CNII. Obtenido de Sistema de protección de la niñez y adolescencia: un análisis de situación en el Ecuador (Producto 4 y 5): <https://www.unicef.org>

***Legislación Nacional:***

- Código Civil. (2005). Corporación de estudios y publicaciones.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Obtenido de <http://www.silec.com.ec>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Seguridad Social. (2001). Obtenido de <http://www.silec.com.ec>
- LOGJCC. (2009). Corporación de estudios y publicaciones.
- Resolución del IESS 265. (2009). Obtenido de <http://www.silec.com.ec>



Resolución del IESS 357. (2011). Obtenido de <http://www.silec.com.ec>

***Legislación Extranjera:***

Constitución Española. (s.f.). Obtenido de <https://www.lamoncloa.gob.es>

Constitución Política de la República Federativa del Brasil. (1988).

Constitución Política del Perú . (31 de Diciembre de 1993). Obtenido de <https://www.oas.org>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (11 de Febrero de 1978). Obtenido de <https://www.oas.org>

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (4 de Enero de 1969).  
Obtenido de <https://www.ohchr.org>

Convención sobre los derechos del Niño. (20 de Noviembre de 1989). Obtenido de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. (5 de Mayo de 2008).

Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia).  
(10 de Mayo de 1944). Obtenido de <https://www.ilo.org>

Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social . (11 de Diciembre de 1969). Obtenido de <https://www.ohchr.org>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). Obtenido de <http://www.silec.com.ec>

Ley 100 DE 1993 - Colombia. (23 de Diciembre de 1993). Obtenido de <http://www.secretariassenado.gov.co>

Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional (DDI). (s.f.). Carta de la Organización de las Naciones Unidas. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (23 de Marzo de 1976). Obtenido de <https://www.ohchr.org>



Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (3 de Enero de 1976). Obtenido de <https://www.ohchr.org>

Protocolo de San Salvador. (1998). Obtenido de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

**OTROS:**

Real Academia Española. (s.f.). Obtenido de <https://dle.rae.es>

**BIBLIOGRAFÍA:**

Acción de Protección, 01904-2016-00020 (Tribunal de Garantías Penales del Azuay 17 de Agosto de 2016).

Acción Extraordinaria de Protección , 01904-2016-00020 (Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay 17 de Agosto de 2016).

Aillón, R. A. (2010). La modulación y efectos de las sentencias sobre demandas en acciones de inconstitucionalidad.

Obtenido de [http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1121/1/T822-MDE-Aguinaga-](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1121/1/T822-MDE-Aguinaga-La%20modulaci%c3%b3n%20y%20efectos%20de%20las%20sentencias.pdf)

[La%20modulaci%c3%b3n%20y%20efectos%20de%20las%20sentencias.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1121/1/T822-MDE-Aguinaga-La%20modulaci%c3%b3n%20y%20efectos%20de%20las%20sentencias.pdf)

Calle, V. E. (11 de Enero de 2020). Tutela del derecho al trabajo de las personas que tienen a su cargo personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Análisis de caso “Estrella Páez”.

(2149-13-EP). Obtenido de

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/33809/1/Trabajo%20de%20Titulaci%c3%b3n.pdf>

Cordero, F. S. (2011). Sentencias constitucionales: Tipos y efectos. En J. M. Pinto, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Quito: CEDEC.

Corte Constitucional del Ecuador, 380-17-SEP-CC (22 de Noviembre de 2017).

Corte Provincial de Justicia del Azuay (2016, 17 de septiembre). Acción de Protección 01904-00020

Díaz, N. S., & Terranova Mera, J. (Enero de 2017). Institucionalidad del IESS Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Revista Multidisciplinario de investigación, 26-31.



Hermosa Bermúdez, H. J. (21 de Febrero de 2018). El Principio de Progresividad de Derechos en la Constitución de la República del Ecuador . Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec>

Izquierdo, D. F. (2015). Capítulo III: La doble instancia como garantía constitucional: Su reconocimiento en la Constitución y los Tratados Internacionales. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4750/1/T1767-MDE-Cevallos-La%20doble.pdf>

Ordoñez, J. J. (10 de Julio de 2019). La incorporación de los derechos de la Naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Análisis de caso "MAR-MEZA" (N. 0507-12-EP). Obtenido de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/33069/1/Trabajo%20de%20titulacion.pdf>

Oyarte, R. (2020). Acción Extraordinaria de Protección. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Oyarte, R. (2016). Debido Proceso. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

Pinto, J. M. (2012). Aproximación a los elementos básicos de la Acción de Protección. Obtenido de [http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes\\_2/Apuntes\\_derecho\\_procesal\\_constitucional\\_2.pdf](http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_2/Apuntes_derecho_procesal_constitucional_2.pdf)

Pinto, J. M. (2012). Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales. Obtenido de [http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes\\_2/Apuntes\\_derecho\\_procesal\\_constitucional\\_2.pdf](http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_2/Apuntes_derecho_procesal_constitucional_2.pdf)

Pinto, J. M., & Porras Velasco, A. (2012). Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Obtenido de Tomo 2 - Parte especial 1 - Garantías constitucionales en Ecuador: [http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes\\_2/Apuntes\\_derecho\\_procesal\\_constitucional\\_2.pdf](http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_2/Apuntes_derecho_procesal_constitucional_2.pdf)

Quito, E. d. (Diciembre de 2008). Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia. Obtenido de Guía de aplicación para la Junta Cantonal de Protección de Derechos: [https://www.hss.de/fileadmin/migration/downloads/0902\\_PB\\_Ecuador\\_sp.pdf](https://www.hss.de/fileadmin/migration/downloads/0902_PB_Ecuador_sp.pdf)



Santamaría, R. Á. (15 de Marzo de 2010). Las Garantías Constitucionales: Perspectiva Andina. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977004.pdf>

Santamaría, R. Á. (2011). Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Santamaría, R. Á. (2012). Los derechos y sus garantías.- Ensayos críticos. Obtenido de Prólogo de Miguel Carbonell: <http://www.pucesi.edu.ec/webs/wp-content/uploads/2018/03/%C3%81VILA-Ramiro-2011-%E2%80%9CLos-Derechos-y-sus-garant%C3%ADas.-Ensayos-Cr%C3%ADticos%E2%80%9D.pdf>

Sentencia N.º 017-17-SIN-CC, 0071-15-IN (Corte Constitucional del Ecuador 7 de Junio de 2017).

Sentencia N.º 089-18-SEP-CC, Caso N.º 1177-16-EP (Corte Constitucional del Ecuador 7 de Marzo de 2018).

Sentencia N.º 184-14-SEP-CC, N.º. 2127-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 22 de Octubre de 2014).

Sentencia N.º 01904-00020 (Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay 30 de Septiembre de 2016).

Sentencia N.º 203-14-SEP-CC, N.º 0498-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 13 de Noviembre de 2014).

Social, M. d. (2019). Norma Técnica de Apoyo Familiar, Custodia Familiar y Acogimiento Familiar. Obtenido de Dirección de servicios de protección especial - Subsecretaría de protección especial : [https://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/2019/01/norma\\_tecnica\\_modalidades\\_alternativas0314.pdf](https://www.inclusion.gob.ec/wp-content/uploads/2019/01/norma_tecnica_modalidades_alternativas0314.pdf)

Valverde, F. D. (Junio de 2008). Diagnóstico del Sistema de Seguridad Social del Ecuador. Obtenido de <http://www.mpppst.gob.ve>

Velasco, A. P. (2015). La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas. FORO - Revista de Derecho, N.º 24, 3.

Zambrano, I. C. (2014). La Acción de Protección, Formalidad, Admisibilidad y Procedimiento. Quito: Workhouse Procesal.