



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

Caso “Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador”

Análisis de la vulneración al derecho de salud.

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de
Justicia de la República.

Autor: Andrea Estefanía Ortiz Amaya.

Director: Abogada Ana María Bustos C.

Cuenca, Ecuador

2017

Dedicatoria

Este trabajo de investigación quiero dedicar de manera especial a mi hijo Carlos Joaquín, quien ha sido mi inspiración y mis ganas de superarme, quien atravesó todo este trayecto universitario conmigo y quien ha sabido soportar mi ausencia durante mi vida universitaria; a mi esposo Juan Carlos por ser ese pilar en mi vida que me ha mantenido fuerte, por ser mi ejemplo y mi fuerza, a mi hijo Juan Guillermo, mi inspiración, mi compañero en cada paso, a mi Madre porque sin ella nada de esto hubiera sido posible, por suplantar mi ausencia con mis hijos, por ser mi apoyo, mi consejera; a mi Padre por apoyarme en todo este trayecto, por su paciencia, por sus consejos.

Una mención especial a Talía González Lluy y a su madre Teresa, a quienes a pesar de no conocerlas, son un ejemplo de perseverancia, lucha y tenacidad en la búsqueda de la justicia.

Agradecimiento

A la Abogada Ana María Bustos por ser mi guía a lo largo de este trabajo.

De manera especial a mi esposo Juan Carlos por ser mi fuerza y mi apoyo, por levantarme cuando caí, por ser mi fortaleza.

A mis hijos, por ser mi inspiración, mis ganas de salir adelante.

A mis padres, mi apoyo incondicional.

A Dios por permitirme cumplir una meta más en mi vida

Índice de Contenidos

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento	i
Índice de Contenidos	iii
Resumen	v
Introducción.....	1
CAPITULO I.....	3
1.- ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS DEL ECUADOR.....	5
1.1.- LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	12
1.1.1 Garantías Constitucionales.....	24
1.2.- Bloque de Constitucionalidad, como garantía del cumplimiento de los Derechos Humanos.	34
1.3.- La vinculación del Estado Ecuatoriano a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	43
1.3.1 LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	45
1.3.2 LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	50
CAPITULO II.....	59
2.- Caso González Lluy y otros vs Ecuador.	59
2.1.- Antecedentes fácticos	59
2.1.1.- Hechos ocurridos en el presente caso.	59
2.1.1.2. Alegaciones de los hechos por parte del Estado Ecuatoriano	72
2.2.- Antecedentes procedimentales	79
2.2.1.- Reclamación Judicial Interna.....	80
2.2.1.1 LA ACCIÓN PENAL.	80
2.2.1.2 LA ACCIÓN CIVIL.	88
2.2.2.- Reclamación Judicial Internacional	90
2.2.2.1 Proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:.....	90
2.2.2.1.1 Procedimiento de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	99
2.2.2.1.2 Los Hechos relevantes ocurridos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso analizado:	101

2.2.2.2.- Proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:	115
2.2.2.2.1 Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.-	122
2.2.2.2.2 Los Hechos relevantes ocurridos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso analizado:	123
El Derecho a la Salud como derecho vulnerado en el presente caso:	127
2.3.- Normativa internacional referida al derecho de salud:	127
2.3.1.- Declaración Universal de Derechos Humanos:	129
2.3.2.- Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	130
2.3.3.- Convención sobre los Derechos del Niño	131
2.3.4.- Declaración de la ONU/ONUSIDA.....	133
2.4.- Derecho a la salud contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.	135
CAPITULO III	146
3.1.- Vulneración del derecho a la salud en el presente caso.....	147
3.2.- Responsabilidad estatal frente a la trasgresión al derecho de salud.	159
3.2.1.- Elementos de responsabilidad estatal internacional abordados en el caso	159
3.3.- Sentencia vinculante y obligatoria para el Estado ecuatoriano.	173
 CONCLUSIÓN	 185
Bibliografía.....	190

Resumen

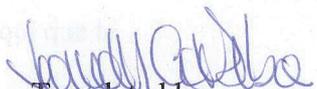
El presente trabajo realiza el análisis del Caso “Talía Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador”, caso desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta investigación se enfoca en la vulneración al derecho a la salud que sufrió la víctima del caso Talía Gonzáles, en base a lo cual se realizará un estudio de los diferentes criterios doctrinarios relacionados con derechos fundamentales y sus garantías, se estudiarán los hechos que acontecieron en el presente caso y la responsabilidad estatal declarada por un órgano jurisdiccional internacional en contra del Ecuador por la vulneración de derechos fundamentales, sentencia que es referente para el desarrollo de la jurisprudencia en materia de Derechos Humanos a nivel de América Latina.

ABSTRACT

This research work analyzed the Case of "*Talia Gonzales Lluy et al. vs. Ecuador*", submitted in the Inter-American Court of Human Rights. This investigation focused on the violation of the right to health suffered by the victim of the *Talia Gonzales* case. A study of the different doctrinal criteria related to fundamental rights and their guarantees was made. The facts that took place in the mentioned case and the state responsibility for the violation of fundamental rights acknowledged by an international court against Ecuador was studied. This sentence is a reference for the development of human rights jurisprudence at Latin American level.



Magali Ortega



Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

Introducción

El 20 de Junio de 1998 Talía Gonzales era una niña con una enfermedad que según su médico la determino como púrpura trombocitopénica inmunológica, para lo cual se necesitaba la transfusión de sangre y plaquetas; con lo solicitado su madre pidió a sus conocidos la ayuda necesaria para la donación, un conocido suyo lo hizo y el mismo día de la donación se realizó la transfusión a la niña que en ese entonces tenía solamente tres años de edad. Dos semanas después en un chequeo médico, el tratante le informó a la madre de la menor que necesitaba un examen de SIDA, el mismo cuyo resultado fue positivo; es decir, la transfusión que necesitaba resulto con el contagio del virus de VIH; pasaron años en los que su madre no descansó hasta encontrar justicia, así presentó una acción penal para encontrar y castigar a los responsables del contagio de su hija; presentó una acción civil que buscaba una reparación económica por los daños y perjuicios generados, y una acción de amparo constitucional que buscó enfrentar una serie de situaciones que resultaban ser discriminatorias tanto para ella, como para su familia. Dentro de nuestra jurisdicción nunca tuvo un resultado positivo, el sistema judicial ecuatoriano siempre le dio la espalda razón por la cual 15 años después se acude a organismos internacionales, y es recién aquí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la vulneración de derechos por parte del Estado Ecuatoriano en contra de Talía, es decir es recién en el año 2015 cuando de consiguió la tan anhelada justicia en el presente caso.

Es por esto que el enfoque que tiene este trabajo es el análisis profundo del proceso internacional mediante doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional, mediante el conocimiento de procedimientos y funciones de la Comisión y de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, para llegar a determinar la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por la violación principalmente de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, relacionado con el manejo de los Bancos de Sangre.

Partimos de que la Constitución de la República del Ecuador proclama la existencia de un Estado constitucional de Derechos, en el cual el Estado pasa a estar sometido a los derechos establecidos en la Constitución, por lo tanto debe respetar las garantías fundamentales, consagrando además de forma expresa la existencia del llamado Bloque de Constitucionalidad cuando de derechos humanos se trate, lo que implica que por mandato constitucional se permite que cuando existan tratados internacionales en la materia referida, en los que se reconozcan más y mejores derechos que los reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, norma internacional prevalecerá incluso aún por encima de la Constitución; bajo esta lógica, en el caso concreto en base a las pruebas que llegaron a conocimiento primero de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se determinó que el Ecuador debe responder ante Organismos Internacionales por los hechos ocurridos en su entorno jurídico interno.

La metodología empleada en el desarrollo del presente trabajo es la deductiva, en la cual la conclusión a la que llegamos está sustentada en las premisas desarrolladas a lo largo de la investigación, mediante la revisión doctrinaria tanto nacional como internacional, el análisis de los hechos suscitados y el análisis directo de la resolución adoptada por la Corte.

CAPITULO I

En el presente capítulo realiza un análisis del marco teórico, con el objetivo de tener un acercamiento y conocimiento de los asuntos de fondo debatidos en el caso “González Lluy vs. Ecuador”, se pretende con la investigación dar una clara referencia doctrinaria y jurisprudencial tanto nacional como internacional en lo referente a la concepción, alcance y presentación de los derechos y garantías fundamentales, conceptos necesarios a ser asimilados por entender el perjuicio ocasionado a la Talía González en el caso a ser analizado que inicia entendiendo el cambio de paradigma en el que nuestro país ha sido caracterizados como una Estado Constitucional de Derechos.

Los derechos fundamentales, son indivisibles, imprescriptibles, innatos al ser humano, los mismos acogen intereses que obligatoriamente deben ser protegidos para garantizar el desenvolvimiento y desarrollo de cada persona, así como, el de su entorno –cónyuge, hijos, padres, etc.-, razón por la cual como se verificará en este capítulo, por la importancia de esta clase de derechos, no basta únicamente su reconocimiento a través de cuerpos normativos jerárquicamente superiores, sino es preciso y necesario otorgar a todos los mecanismos para su protección o tutela, surgiendo por lo tanto las llamadas garantías constitucionales, que se tratan de los mecanismos de defensa que pretenden que los ciudadanos tengan los instrumentos jurídicos necesarios para asegurar un ejercicio real de sus derechos más básicos.

Los temas analizados resultan ser de tal relevancia que la sociedad que no contemple o reconozca derechos fundamentales y los mecanismos necesarios para su protección no

podría asegurar una convivencia pacífica entre sus miembros, por lo tanto se generaría un ambiente de violencia que lejos estaría de garantizar el bienestar común.

En esta parte de la investigación además se desarrolla un de los conceptos más interesante en el derecho constitucional, y específicamente en lo relacionado a la tutela de los derechos humanos, me refiero al Bloque de Constitucionalidad cuyo objetivo es propender a una armonía entre el derecho internacional y el régimen jurídico interno –en materia de DDHH-, concepto admitido en la Constitución de la República del Ecuador y lo que ha permitido que nuestra norma suprema no sea un código cerrado, sino más bien que nuestro ordenamiento jurídico sea abierto a la adopción de mejores y más favorables derechos fundamentales reconocidos a favor de las personas, acápite que para el caso concreto de análisis, nos servirá para comprender que los derechos vulnerados no necesariamente debían encontrarse de forma expresa detallados en los cuerpos normativos vigentes de nuestro país, bastando que los mismos no se contrapongan a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Ecuador

Para finalizar, esta parte de la investigación se presentará de forma sucinta los dos órganos que velan por el cumplimiento de los establecido en la Convención Americana de los Derechos Humanos, analizaremos la causa por la que fueron creadas, sus características y el enunciado de sus competencias. Es así como revisaremos aspectos generales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referente a la competencia a las que se dedican, sus funciones y diferencias.

1.- ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS DEL ECUADOR.

El Ecuador ha pasado por un trayecto de diecinueve Constituciones, lo que referencia una visible inestabilidad política por la que ha tenido que atravesar nuestro país; así lo indica Enrique Ayala Mora quien manifiesta que se trató de un enfrentamiento entre gobiernos que conllevó a generar una lucha constante con la nueva Constitución que se promulgaba, la misma que entraban en vigencia o se destruía con un nuevo gobierno electo. (Ayala, Mora, E. 2004, P. 190)

Decimos que son diecinueve Constituciones las que estuvieron vigentes en nuestro país, sin tener en cuenta que hay una primera Constitución en 1812, que no es propiamente promulgada por el Ecuador, sino que más bien fue adoptada como un acto de apoyo a la Corona Española desplazada por Francia.

En el año de 1998 mediante la aprobación de la Asamblea Nacional, nace una Constitución que proclama que “el Ecuador es un estado social de derecho”. A diferencia de las otras, trae muchos progresos en materia de derechos, “tales como los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, determinó que el estado es social de derecho, estableció un Tribunal Constitucional, instituyó el amparo como garantía judicial y un sistema de reforma constitucional rígido, por lo que podría considerarse un primer estado constitucional de derechos de la historia del país” (Ávila Santamaría, 2011, P. 92)

La Constitución de 1998 pintaba derechos y garantías progresistas, pero lo ocurrido a partir de la crisis económica en 1999 tacha este progreso, pues el pueblo se preguntaba en

donde habían quedado todos los derechos y garantías declaradas en la misma, creando tanto una inestabilidad política así como, también una inestabilidad social.

Diez años después, en el 2008, con un nuevo gobierno entra en vigencia una nueva Constitución la misma que, en su artículo 1 proclama "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos..." (Const. Ecuador, 2008. Art. 1)

A diferencia de la anterior Constitución hay dos nuevos términos, que por simples que parezcan se convierten en un cambio de paradigma dentro de las historia jurídica del país, ya que antes simplemente se hablaba de un estado social de derecho, para proclamar posteriormente en la nueva Carta Magna la caracterización de un estado constitucional de derechos, cambios generan una profunda transformación al ordenamiento jurídico vigente, principalmente con lo relacionado a derechos y garantías fundamentales.

El autor Ramiro Ávila Santamaría –quizá uno de los neoconstitucionalistas de mayor renombre a nivel nacional-, cataloga al estado en relación al derecho, en tres modelos que contienen características muy diferentes, clasificándolos en:

- El estado sobre el derecho.- dicho de otra forma, se trata de un estado absoluto, donde reluce el sometimiento del derecho al poder que se encuentra en manos de la autoridad que acata el sistema jurídico a su voluntad.
- El estado de derecho.- de forma contraria al modelo anteriormente, el poder está estrictamente en manos del derecho. La Constitución juega un rol muy importante ya que somete a todos los poderes constituidos.
- El estado de derechos.- en donde todo poder ya sea público o privado, está sometido a los derechos. Estos derechos juegan un papel muy importante dentro de esta

clasificación ya que incluso limitan hasta al propio poder constituyente. Lo característico de esta clasificación es la concepción del Estado desde dos puntos de vista: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado.

Bajo las clasificaciones presentadas por Ramiro Ávila, por un criterio que pretende contribuir dentro del marco teórico, debemos señalar que en el último modelo –estado de derechos- el tratamiento de los derechos fundamentales nos exige un profundo análisis de los mismos, así como la explicación de la forma en cómo se generó su constitucionalización, lo que parte desde las llamadas Declaraciones de Derechos, como la forma en como fueron presentados a la sociedad, al respecto fueron dos años los que marcan históricamente la generación de dicha presentación: a) el año 1776 (Declaración de Independencia de Estados Unidos) fecha en la cual 13 colonias americanas hacen aparecer una nueva forma de organización política independiente; y b) el año 1789 (Revolución Francesa) que marca la ruptura del llamado Antiguo Régimen y el surgimiento del estado constitucional en Europa. Se afirma además, que las Declaraciones de Derechos son los instrumentos por medio de los que se puede definir constitucionalmente a la población del Estado –siendo esta la diferencia con la definición de la población en organizaciones pre estatales-, de tal forma que es este reconocimiento de derechos convierte al individuo en ciudadano. (Pérez, Royo, J, 2010, p. 184-186).

Con lo indicado por la Doctrina, resulta pertinente afirmar a criterio personal que es nuestra propia norma suprema la que califica en su artículo primero al Estado Ecuatoriano como *Constitucional de Derechos*, siendo pertinente en este punto de la investigación el profundizar las implicaciones jurídicas que acarrea dicha caracterización.

Así, al referirnos a un Estado Constitucional, debemos considerar en primer término que, será precisamente la Constitución la que determine el contenido de la ley –en este sentido la prevalencia de la Ley, característica propia en el Estado de Legalidad queda marginada-, norma suprema que se caracterizará por presentar tres aspectos en relación a su contenido, pues será: material, orgánica y procedimental, conceptos que serán abordadas en apartados siguientes. (Ávila Santamaría, R., 2011, P. 111).

A criterio personal considero que el Modelo de Estado en el caso ecuatoriano, significa que la Constitución es una norma jurídica directamente aplicable por entes privados o públicos, sea este un juez, asambleísta, ministro de alguna cartera de Estado, director de una escuela, etc., así además lo ratifica la propia Constitución en su artículo 426.

Sin embargo, la afirmación de que el Ecuador es un Estado Constitucional representa ese cambio de paradigma debido a que las máximas autoridades constarán dentro de la norma suprema, así como también la forma de su nominación y designación estarán sometidas siempre a la Constitución. Otra característica del estado constitucional hace referencia a que el procedimiento legislativo debe constar en la Constitución y la posibilidad de que este procedimiento sea modificado, exigirá obligatoriamente que de forma previa exista un Control de Constitucionalidad, a esto se lo denomina como: la validez formal; y por último, quizá una de las principales características es la falta de libertad de los legisladores en cuanto a la producción de normativa, pues su labor no podrá ser contraria a la Constitución o a los derechos reconocidos a favor de los ciudadanos, a lo que se le conoce como la validez material o sustancial, de tal forma que el reconocimiento de derechos jamás podrá ser regresivo (Ávila Santamaría, R., 2011, P. 113-119).

Para muestra de lo indicado en el párrafo anterior, es necesario citar al artículo 84 de la Constitución que ordena:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Por otro lado, la caracterización que nos corresponde analizar también es la del Estado de Derechos, que implica –como ya se dijo-, no un simple error gramatical, sino por el contrario la vigencia de dos perspectivas: a) una pluralidad jurídica y b) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución.

Sobre la primera característica, podríamos decir de forma breve –debido a que no es materia del presente trabajo de investigación- que las fuentes del derecho se diversifican, es decir no se puede considerar como una fuente única y exclusiva de derecho al mecanismo ordinario estatal, así en el caso ecuatoriano el máximo órgano de control constitucional, como es la Corte Constitucional producirá precedentes nacionales con el carácter de ley; a través de políticas públicas se podrán reconocer o mejorar derechos, los mismos que no podrán ser regresivos en cuanto a las prerrogativas reconocidas a favor de los ciudadanos, por lo tanto estas también tendrán fuerza de ley, se reconoce un sistema de administración de justicia distinto al ordinario u occidental, así la justicia indígena podrá resolver conflictos en sus comunidades o entre sus miembros y cuyas resoluciones tendrán efectos

de sentencia, inclusive la propia moral es considerada al momento de valorar el contenido del ordenamiento jurídico; y, por último podrá o deberá ser considerado como una fuente de derecho a las instancias internacionales, cuyas resoluciones tendrán la calidad de precedentes con carácter de generales y obligatorias, así las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de cumplimiento obligatorio del Estado Ecuatoriano, esto como efecto de la suscripción y ratificación a la Convención Americana de Derechos Humanos. (Ávila, Santamaría, R., 2008, P. 28-35).

Sobre la última fuente de derecho mencionada, resulta importante recalcar que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a su obligatoriedad evidencia situaciones relevantes del sistema interamericano, generando por parte de las autoridades nacionales de cada uno de los países la obligación de acatar las decisiones adoptadas por estos tribunales internacionales en el caso concreto y además deberán considerar como vinculante la jurisprudencia generada por este órgano jurisdiccional. (Bandeira Galindo, G., s/a, 171-172)

En relación a la segunda característica, del Estado de Derechos esta se refiere a la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución o en términos de Ávila Santamaría simplemente *la centralidad de derechos*, hace referencia a que la finalidad del Estado será el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos que de forma constitucional han sido debidamente reconocidos bajo el rango de fundamentales, de esta forma la parte de la Carta Magna, conocida como dogmática –la que contiene derechos– prevalecerá sobre la parte orgánica referente a los órganos que conforman la estructura del Estado, cuya misión será además el respeto de los derechos y el sistema jurídico, entendido

como el conjunto de normas secundarias que deberán adecuarse al texto constitucional.

(Ávila, Santamaría, R., 2011, P. 134-135).

La Constitución de la República del Ecuador a partir de su artículo 424 establece el criterio de supremacía constitucional, recogiendo un modelo en el cual la norma suprema es la Constitución, norma de ubicación jerárquica primigénea que guía al ordenamiento jurídico vigente, sin embargo esta ubicación en la cúspide del orden normativo presenta una excepción, referente al caso de los tratados internacionales cuyo contenido abarque criterios, derechos o garantías más favorables en materia de Derechos Humanos, lo que da lugar a un criterio permisivo y más favorable para el reconocimiento de derechos, que posibilita introducir al ordenamiento jurídico interno normas más favorables en materia de derechos fundamentales, surgiendo el concepto del Bloque de Constitucionalidad – concepto normativo y supranacional- cuyo significado será analizado en líneas posteriores.

En relación a la última afirmación considero pertinente, citar al Artículo 1 de la Convención Americana, cuerpo normativo que proclama:

“Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (Convención Americana, 1969, art. 1)

1.1.- LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008, están contemplados los derechos fundamentales mediante los cuales las personas sin considerar la raza, sexo, condición social, preferencia sexual son titulares de los mismos, al respecto se ha planteado el por qué los seres humanos deben gozar de una protección diferente, especial y llena de privilegios en relación a otros seres vivos, pues bien, al respecto Fukuyama (autor citado por Ramiro Ávila) considera que los seres humanos deben estar protegidos por todas estas facultades al tener la capacidad de experimentar el dolor, el sufrimiento en base a la racionalidad, conciencia y en base al poder de organización –sin embargo, este criterio encuentra semejanzas con los animales, en su calidad de seres vivos-, por lo que, a este concepto de aplicación de derechos fundamentales se agrega que el **ser humano es un todo complejo**, que hace que se distinga de otros seres vivos porque ha sido construido **racional e intersubjetivamente** (Ávila, R, 2012, p. 118).

Esta valoración, considero se convierte en un eje transversal y el fin principal de la norma suprema, afirmación que la realizo respaldada en la consideración de que la Constitución de Montecristi presenta una serie de derechos humanos con dimensión tanto individual y colectiva, doctrinariamente conocidos como *derechos fundamentales* y a través de ellos, se genera la posibilidad de viabilizar la realización plena de las capacidades del ser humano, los anhelos de los ciudadanos.

Estos derechos fundamentales pueden ser ejercidos de diferentes formas y dependiendo del caso concreto en el cual pretendan ser aplicados, así en el artículo 10 de la Constitución

de la República del Ecuador se presenta a todos los sujetos que pueden reclamar su correcto ejercicio, sin que se especifique quienes únicamente pueden hacerlo desde un ámbito individual o colectivo. Lo indicado, es explicado con claridad por Ramiro Ávila mediante el siguiente ejemplo que se adecúa perfectamente al caso analizado:

“La Constitución del 2008, al constituir como titulares a todos estos sujetos, expresa que todos y cada uno de los derechos que se enumerarán tienen dimensiones individuales y colectivas. Por ejemplo, el derecho a la identidad podría ser reivindicado por el individuo a quien se le niega hacer constar su nacionalidad en la cédula de identidad y podría ser considerado un derecho colectivo para demandar una ley en la que se establezca la obligación de la autoridad para hacer constar esta característica de los miembros de la respectiva nacionalidad. Desde la perspectiva del juez o jueza, al conocer un caso por una demanda individual, también podría resolverlo con carácter colectivo; por ejemplo, en el caso de que una persona portadora de VIH-Sida, que requiera antirretrovirales, demande al estado por omisión en la provisión de la medicina, el juez al constatar la violación podría determinar que un colectivo se encuentra expuesto a la misma situación. El ámbito y las posibilidades del derecho, en consecuencia, se multiplican.” (Ávila, R, 2012, p. 118)

En este sentido, los derechos fundamentales pretenden garantizar el desarrollo íntegro de la vida del ser humano, proporcionando inclusión e igualdad social; en palabras de Javier Pérez Royo en su libro Curso de Derecho Constitucional “el reconocimiento de los derechos es lo que convierte al individuo en ciudadano” (Pérez, Royo, J, 2010, pag. 195) es por esto que una sociedad que no contemple, reconozca y materialice los derechos de sus

miembros, no puede generar una convivencia social pacífica, ya que la propia naturaleza del ser humano obliga a que gocemos de libertad, independencia e igualdad, por lo que resultan indispensable el ejercicio de estas facultades que permiten que estas cualidades se puedan desarrollar.

La condición misma del derecho, implica la imposibilidad de poder sacrificarse uno a costa de otro; es lo que hace que una persona sea digna y viva plenamente, metafóricamente hablando es como la realidad de saber que al ser humano no se le puede dividir. Así, sucede lo mismo con los derechos, cuando se afirma que aquellos que son inherentes a la calidad de personas son indivisibles, ya que obligatoriamente el mal ejercicio o la mala calidad de uno de ellos puede llevar al menoscabo de otro, la afirmación realizada se evidencia cuando por ejemplo, un derecho contemplado en la Constitución es la vivienda el cuál podría tratar de garantizarse con una política pública dirigida a grupos vulnerables, pero este derecho se vería quebrantado si esa vivienda no contara con servicios básicos otorgados por la administración pública.(Ávila, R, 2008, p. 60)

Nuestra Constitución engloba los derechos de los seres humanos enmarcados en el buen vivir o *sumak kawsay* (concepción históricamente planteada por pueblos indígenas) que según lo indica Alberto Acosta, es simplemente la vida en plenitud.

El *sumak kawsay*, contemplado en nuestra Constitución, que según el profesor cuencano Carlos Castro Riera, implica que los diferentes subsistemas tanto económicos, políticos, socioculturales y ambientales se integren de forma tal que busquen ese tan ansiado objetivo –el buen vivir-; que socialmente se expresará por intermedio de los derechos de las personas, de las comunidades, de los pueblos y

nacionalidades, siempre bajo una relación directa e intercultural, respetando la diversidades y la convivencia en armonía con la madre tierra. Por esta nueva concepción, será obligación del Estado permitir que los derechos de las personas, tanto económicos, sociales y culturales se desenvuelvan de manera correcta e íntegra, es decir obligatoriamente se deberá garantizar el cumplimiento de los mismos mediante políticas sociales, culturales, económicas, ambientales, educativas y un acceso a los mismos sin exclusión, de manera permanente y oportuna; para que bajo esta nueva concepción sea viable una vida en armonía entre todos los sujetos de derecho. (Castro, Riera, C., 2008, p. 116)

En referencia a lo dicho, el ecuatoriano Agustín Grijalva en su libro *Constitucionalismo en Ecuador* explica que el buen vivir es un fin, un valor que “comprende el respeto a la diversidad, el ejercicio de los derechos, y responsabilidades constitucionales y otros, como el derecho a la paz consigo mismo y con todo el entorno físico y humano en el que se desenvuelve la vida humana.”(Grijalva, A, 2012, p.46) En consecuencia, todas las prerrogativas reconocidas a favor de los ciudadanos son elementos que constituyen el buen vivir, forman parte del nuevo modelo de desarrollo cuya concepción no es únicamente material sino más bien considerará al ser humano como sujeto y fin de la economía.

Tal como el tiempo transcurre, la sociedad cambia, de igual manera el Derecho debe avanzar, transformándose de una forma dinámica (según lo exige el comportamiento de las personas), acoplándonos a las necesidades del tiempo en el que estamos viviendo y a la época que cursamos. Así, en épocas pasadas el centro de la preocupación de la ciencia jurídica fue estrictamente en el ámbito patrimonial, pero en este cambio de época jurídica, nuestra Carta Magna, ha cambiado y complementado las prioridades. Así de su texto se

desprende que ahora su prioridad es el desenvolvimiento íntegro de las personas y el ejercicio de sus derechos -lo que desde luego incluye los derechos patrimoniales, pero no de una forma única o exclusiva-, se concentra en la armonía que debe primar en la sociedad de las personas entre sí, con sus futuras generaciones e incluso el respeto con la naturaleza o medio ambiente en el cual desarrollamos nuestras actividades. De esta forma, con el afán de ilustrar de una mejor manera citaré el ejemplo de Bobbio que al explicar esta relación manifiesta que “... es como cuando una persona toma un taxi, en la era de las obligaciones el piloto decide el lugar a donde se dirigen, en la era de los derechos decide el pasajero” (Ávila, R, 2008, p.136)

Con estos criterios, resulta pertinente indicar que la Constitución de la República del Ecuador se caracteriza por ser Material, debido a que presentará en su contenido derechos protegidos con una mayor importancia, convirtiéndose en el fin del Estado mismo; Orgánica porque determinará cuales son los órganos que conforman la Estructura del Estado y, cuya misión principal será precisamente la de garantizar derechos; y, Procedimental porque se establecerán todos los diferentes mecanismos de participación pública para la generación de derechos tanto a nivel de las políticas públicas así como para la elaboración de normas, en este sentido “en el constitucionalismo se conjuga estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio”. (Ávila, R, 2011, p.111)

Tal es la importancia que se ha dado a los derechos fundamentales dentro de nuestra Constitución y por ende en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que el concepto como tal del Estado Constitucional de Derechos, confirma el sometimiento del Estado mismo a los derechos, incluso del mismo derecho a los derechos, al respecto se pueden enumerar ejemplos específicos que constan precisamente en nuestra norma suprema:

“Artículo 3: Son deberes primordiales del Estado: garantizar el efectivo goce de los derechos...” (Const. Ecuador, 2008, art. 3)

“Artículo 11. 9: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos...” (Const. Ecuador, 2008, art.11)

“Artículo 84: La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar las leyes y demás normas jurídicas a los derechos... En ningún caso atentaran contra los derechos” (Const. Ecuador, 2008, art.84)

“Artículo 172: Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.” (Const. Ecuador, 2008, art. 172)

“Artículo 426:... Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación...” (Const. Ecuador, 2008, art. 426)

Se podría concluir diciendo que estos derechos son atributos, capacidades de todos los individuos, de todos los seres humanos, reconocidos en nuestra Constitución, así como fuertemente protegidos por el ordenamiento jurídico internacional.

Además, la Constitución de 2008 de la República del Ecuador, recalca mucho la igualdad de las personas dentro del Estado, es por esto que los derechos gozan de otra característica, son naturales ya que somos titulares de los mismos por nuestra propia calidad de seres humanos, razón por la que exigimos igualdad, nos consideramos en idénticas

condiciones en comparación al otro, gozamos de autonomía plena para decidir libremente el uso de cada uno de ellos. A criterio del Autor Javier Pérez Royo, el punto de partida para la comprensión de las Declaraciones de Derechos, es la teoría del Contrato Social presentada por Hobbes a mediados del siglo XVII; teoría que en sintonía además con la propuesta de Rousseau (conocida además por ser *poshobbesiana*) se caracteriza por lo siguiente:

1.- Los derechos del individuo son *naturales* y 2.- El Estado *artificial*.

Refiriendo a los derechos fundamentales en estricto sentido, podemos indicar que los derechos naturales son como su nombre lo dice, innato de las personas, el ser humano es por principio titular de todos los derechos, ejercitándolos de la forma que más le convenga a sus interés, en esto consiste *el llamado estado de naturaleza*, organización en el cual no se da lugar a un Estado –como estructura jurídico-política y social-, ya que la misma igualdad y libertad no permiten el nacimiento de un poder ajeno a sus miembros, pero el gran inconveniente es que nos encaminaríamos a vivir en un caos, ya que el ser humano por su naturaleza, lucha, puede coincidir en un mismo tiempo con intereses, generando pugnas de unos contra otros, lo que simplemente no permitiría un desarrollo de derechos, por ello Hobbes expone que la creación del Estado es el precio que los ciudadanos debemos pagar para poder disfrutar pacíficamente de nuestros derechos naturales, por ello se asegura que surge la necesidad de construir un concepto de Estado Artificial, a partir de la utilización del llamado *contrato social*. (Pérez, Royo, J, 2010, p. 185-186)

Posteriormente, en materia de derechos debemos indicar que al terminar la Primera Guerra Mundial con el desarrollo de procesos constituyentes comienzan a aparecer de forma expresa el Estado sobre la base del concepto de soberanía popular, en la cual se

abren las puertas para los procesos de constitucionalización de los derechos, que condensan la expresión de derechos fundamentales al punto que se asegura que estos “son los derechos naturales constitucionalizados democráticamente. Son, por tanto, al mismo tiempo expresión de la naturaleza humana y de la técnica del hombre, esto es naturales y artificiales” (Pérez, Royo, J, 2010, p. 191-195).

Al respecto, han existido ciertas críticas sobre la transformación de derechos naturales a derechos fundamentales constitucionalizados, creando una verdadera obstaculización para su reconocimiento, ya que se creía, según como se menciona en el antiguo aforismo jurídico *enumeratio ergo limitatio* (referente a la enumeración de los derechos de las personas), lo cual implicaba que la Constitución los limitaba y además se aseguraba que ciertos derechos que no estaban enumerados quedarían limitados al gobierno o a la discrecionalidad del poder político, es decir, en lugar de crear una garantía, esto iba a crear simplemente una restricción.

Se creía también, que el hecho de una enumeración de derechos, era algo obvio y hasta evidente ya que se tratan de “derechos naturales”, en este punto es necesario citar a Emilio Castelar, político español, quien incluso comparo que la enumeración realizada en una Constitución, en la que se hace referencia taxativa a derechos como el derecho a la vida, a la libertad, entre otros; sería como enumerar las características principales u órganos del ser humano, algo así como mencionar que un persona tiene dos ojos, una nariz, dos riñones, etc.; lo que significaría causal de burla para futuras generaciones. (Pérez, Royo, J, 2010, pág. 195)

A pesar de estas críticas, el tiempo ha transcurrido y nos hemos dado cuenta que la constitucionalización de derechos ha sido una herramienta clave para la ampliación tanto en contenido como en número de los derechos naturales del ser humano, él digno titular de los derechos, así como de garantías que defiendan el cumplimiento de los mismos y permitan su materialización.

Pero la enumeración de derechos fundamentales, no son las únicas críticas que existen, así Agustín Grijalva en el tema relacionado a los derechos humanos ubica sobre el centro de discusión la relación existente entre estos y la democracia, bajo el siguiente postulado:

“En cuanto a realidades complementarias, puede plantearse, aunque no sin discusión, que solo procesos democráticos de decisión pueden legitimar políticamente estos derechos. Por tanto tales derechos, o al menos su vigencia, surgirían de la deliberación y el consenso de los afectados e interesados. Pero a su vez, los derechos también pueden ser vistos como condiciones indispensables para el ejercicio democrático. Así, libertades como las de pensamiento, expresión, reunión o asociación serían requisitos ineludibles no solo para que pueda existir democracia, sino para que esta a su vez cree condiciones de justicia social. En cuanto a las realidades en tensión, los derechos humanos pueden ser vistos como límites a la democracia, especialmente si esta última se entiende como voluntad política de la mayoría, los derechos humanos, al expresar valores fundamentales quedarían sustraídos de las esferas tanto del mercado como del poder, integrando una zona de lo que no se discute...” (Grijalva, J, 2012, p. 53-54)

Con lo indicado, la relación entre derechos humanos y democracia no es del todo armónica a pesar de la impresión que de primera mano se podría tener, las razones que plantea el autor citado es que de hecho van a existir tensiones entre los dos conceptos jurídicos, llegando al punto de que pueden existir incluso oposiciones, así Luigi Ferrajoli en cuanto a su visión del constitucionalismo, considera que los derechos humanos aportaran el campo de temas sobre los cuales *no puede discutirse*, es decir temáticas sobre las cuales las mayorías debidamente conyunturadas no podrán decidir. Esta posición lo que busca es evitar incurrir en la llamada *democracia plebiscitaria* que no es otra cosa que la mismísima erosión de los derechos sobre los cuales se levanta la propia democracia, siendo estos derechos los que deben estar alejados de todo tipo de debates en el campo político, así por ejemplo surge de la rigidez en materia de reformas Constitucionales. Sin embargo esta posición entre sus críticos tiene a Roberto Gargarella, quien no encuentra coherente la exclusión de derechos de la discusión ciudadana, quien considera que “una verdadera democracia implica que las nuevas generaciones y los ciudadanos en general puedan discutir, definir y exigir constantemente sus derechos, en una suerte de constituyente permanente”. (Grijalva, J, 2012, p. 55-57).

De otra parte, se sostiene que serán más las coincidencias existentes entre derechos humanos y la democracia antes que tensiones, así la segunda no podrá existir si no se garantiza el efectivo ejercicio de los derechos políticos, como sucede con el propio sufragio, derecho humano que está en íntima relación con la libertad de reunión, asociación, opinión o información. La democracia además exige el ejercicio del derecho a la igualdad, en el sentido que nadie podrá ser discriminado en relación a su raza, sexo, género o situación de salud, siendo necesario el reconocimiento tanto de la igualdad formal – que

hace referencia a tratar por igual a los similares- y la igualdad material –en la cual se le obliga al estado a tomar las medidas necesarias para reivindicar los derechos de aquellos que históricamente han sido discriminados-, estos criterios se levantan a su vez sobre la afirmación del “respeto a la autonomía y derecho de toda persona a participar en la definición de normas y políticas que inciden en su vida”. (Grijalva, J, 2012, p. 58-60)

Estos criterios doctrinarios, tienen una importancia fundamental al momento del análisis del caso práctico, toda vez que al referirme al derecho a la salud se podrá comprender que el mismo en cuanto a su gratuidad y niveles de calidad por ejemplo, representan para el Estado una obligación que en principio no podría ser modificada ni aún por el Constituyente cuando se pretenda minar o desmejorar el contenido de ese derecho fundamental, en palabras de los autores citados esto estaría fuera de la discusión. En relación a la complementariedad para el caso en cuestión, diremos que el derecho de igualdad debe estar debidamente reconocido, es decir no podrá existir ningún trato discriminatorio, situación que conforme analizaremos en el caso no se verificó, afectando los derechos de la víctima y por los cuales el Estado ecuatoriano debió reparar íntegramente los derechos vulnerados.

En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador es clara –al igual que otras de la región- en concebir el derecho a la libertad del ser humano así como el derecho a la igualdad, es decir a no ser tratado con distinción o discriminación injustificada, Norberto Bobbio en su libro “El tiempo de los derechos” habla precisamente sobre la igualdad y la libertad del ciudadano, siendo dos aspectos esenciales en el desenvolvimiento íntegro del ser humano.

Similar apariencia y exigencia en cuanto a su respeto sucede con los derechos sociales, dentro de los cuales está el derecho a la educación, la salud, y el trabajo; sin embargo existen ciertas diferencias en razón de ejercicio de los mismos o la forma en como estos son garantizados, así por ejemplo en los derechos laborales, existen diferencias en relación al sexo de los trabajadores para el caso de la prohibición de despido concretamente reconocido a favor de las mujeres embarazadas, así también se puede citar la edad referente al tipo de trabajo a ser desarrollado excluyendo de su ejecución a los menores de edad, esta distinción lógica se debe a que se tratan de grupos de personas que merecen una protección especial al momento de tutelar sus derechos; de igual manera en cuanto al derecho a la salud existen grupos de atención prioritaria los cuales exigen un trato distinto, siendo esta diferencia justificada pues es evidente que trata de generar una igualdad con grupos que han sido históricamente relegados o protege a aquellos que más requieren del Estado.

Para finalizar, el presente análisis referente a los derechos fundamentales y tomando en consideración que los capítulos posteriores harán referencia a la vulneración de esta clase de derechos, considero pertinente de forma sucinta tomar el planteamiento del autor Díez Picazo para presentar la clasificación funcional de los Derechos Humanos, que es quizá la clasificación más aceptada por la doctrina siendo estos:

Derechos Civiles.- que tienen como objetivo el garantizar el derecho a la libertad de las personas en cuanto a su forma de actuación y garantizando su autonomía, en estos el Estado no debe intervenir, a manera de ejemplo podremos mencionar el derecho a la asociación, el derecho a la libertad de expresión, etc.

Derechos Políticos.- que son aquellos que pretenden garantizar la participación ciudadana en la construcción de los asuntos públicos, entre los cuales podremos mencionar el derecho al voto, el derecho a en base a la méritos poder acceder al sector público, el derecho de los ciudadanos a participar mediante el uso de la silla vacía, etc.

Derechos Sociales.- estos que buscarán otorgarle a los seres humanos condiciones de vida que permitan su desarrollo y desenvolvimiento adecuado, se trata de aquellos derechos que en el constitucionalismo ecuatoriano hacemos referencia al buen vivir, tal es el caso del derecho a la vivienda, salud, educación, esparcimiento, trabajo. Etc.

Derechos Colectivos,- cuyo tratamiento no es unánime, sin embargo es generalizada su anunciamento como una clase de derechos que supera la concepción individual, y más bien tiene una visión de titularidad colectiva como es el caso de los derechos al medio ambiente sano, al desarrollo cultural, a la seguridad jurídica etc. (Diez-Picazo, L, 2003, p. 36-37)

Por último, como una brevísima conclusión podemos afirmar que los derechos fundamentales cuentan con un significado, pero sería imposible definir cada uno de ellos, debemos ser conscientes que cada derecho se compone por un contenido esencial que abarca los intereses que deben ser protegidos a favor del ser humano.

1.1.1 Garantías Constitucionales

Es claro que así como hemos tomado en cuenta a los derechos fundamentales, no servirían de nada tenerlos enumerados si no existieran los mecanismos adecuados para la realización de los mismos; es por esto que es obligación del Estado crear condiciones óptimas para la factibilidad de los derechos de la vida humana que incluye una “vida rica en un sentido integral, digna en lo material, trascendente en lo social y espiritual y sensible a la diversidad cultural y a la naturaleza” (Grijalva, A, 2012, p. 49).

Esta preocupación no es únicamente latente en el pensamiento jurídico contemporáneo, por el contrario siempre los teóricos del derecho presentaron el interés de saber cuáles eran los mecanismos idóneos para limitar el poder y garantizar los derechos reconocidos a favor de las personas, situación que tomó forma en los años treinta del siglo XX por el debate que surgió entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el llamado “defensor o protector” de la Constitución, es recién en ese momento en el que se da una generación sistematizada de conceptos e instrumentos enfocados en alcanzar la tan anhelada efectividad de las disposiciones fundamentales, surge por lo tanto el concepto de que “las garantías constitucionales deberán ser activadas cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con el objeto de restaurarlo” (Fix Zamudio, H, 2002, p. 69-73) . Es así que el Autor Héctor Fix Zamudio, en su obra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, al hacer referencia del cómo, por qué y para qué, surgieron las garantías constitucionales, manifiesta:

“...la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que le han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones

constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de una Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental...” (Fix Zamudio, H, 2002, p. 69-70)

Es el propio Autor, quien de manera interesante elabora un desarrollo histórico-jurídico de las garantías constitucionales, las cuales al igual que varias instituciones jurídicas, han ido variando para responder a los cambios en la realidad social, así como para modificar esa realidad con la intención de que se dé una aplicación a la norma fundamental. El Primer escenario histórico hace referencia a la consagración de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, cuerpo normativo que recogía los derechos de las personas en un documento con la **categoría de fundamental**, su objetivo promocionar el contenido de esos derechos entre los gobernantes y gobernados, derechos que tenían un carácter superior al de las disposiciones legislativas. Sin embargo, no paso mucho tiempo para entender que esta enunciación era una simple ilusión en cuanto a su aplicación, pues la declaratoria por sí sola no era suficiente para su respeto, entonces surge la necesidad de la existencia de las garantías constitucionales. La siguiente etapa del desarrollo es la representada por Jorge Jelliner quien presentó el estudio denominado las “garantías del derecho público” que no eran otra cosa más que los instrumentos que él consideraba necesarios para la defensa de la norma fundamental, en principio estas garantías fueron divididas en tres sectores: a) sociales; b) políticas; y, c) jurídicas, estando destinadas a mantener el ordenamiento jurídico del Estado. Luego se presenta el aporte del constitucionalista francés León Duguit, para quien las garantías constitucionales debían ser

únicamente dos: **las preventivas**, que estaban destinadas a evitar la vulneración de las normas fundamentales; y solo cuando estas no eran acatadas surgían **las represivas** que debían ser conocidas únicamente por reconocidos órganos de la jurisdicción. Luego de ello aparece entonces, el primer autor latinoamericano Rodolfo Reyes, quien en contribución con la construcción de las garantías constitucionales considera que estas a más de ser preventivas y represivas, debían ser o tener las características de ser reparadoras. Este desarrollo histórico, termina con el aporte del austriaco Hans Kelsen a través de su obra “Teoría pura del Derecho”, en la que manifiesta que sobre las normas consideradas como primaria debían establecerse las garantías para el caso en el que fuera necesario su cumplimiento por un mecanismo coactivo para ejecutar la disposición que establece el acatamiento de la obligación jurídica, separó a las garantías constitucionales en a) preventivas o represivas y b) personales u objetivas y cuyos efectos debían tener la consideración de ser *erga omnes*. (Fix Zamudio, H, 2002, p. 73-79).

Actualmente sabemos que las diferentes constituciones Latinoamericanas adoptaron en sus textos las garantías constitucionales, en el caso de nuestra Constitución no se presenta una excepción, conforme a su contenido nuestro país contempla garantías constitucionales las mismas que protegen el proceder de los derechos de los ciudadanos y recalca que no solo los jueces son los obligados a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales, sino todas las funciones del Estado, autoridades públicas y particulares que se encuentran vinculados en defensa de los derechos fundamentales; es decir, es obligación del Estado crear garantías para estos derechos. (Const. Ecuador, 2008, art. 426).

Pese a la estrecha relación que existe entre derecho y garantía, no podemos condicionar la existencia del mismo por falta de mecanismos que sirvan para hacerlos efectivos aunque

es evidente que sin las garantías, los derechos serían simples declaraciones escritas, es decir una especie de catálogo de buenas intenciones, por lo que se puede afirmar que es necesaria la existencia de las garantías como condición para el cabal ejercicio de los derechos.

Muchos autores, incluso separan la palabra garantía de derecho ya que para un correcto entendimiento es necesario analizarlas de forma aislada a cada una de ellas, al respecto Ricardo Guastini, constitucionalista italiano manifiesta que una cosa es atribuir un derecho y otra cosa es garantizarlo. (Guastini, R, p. 220. Citado SILVA C., 2008, p, 58) En conclusión, como ya se ha mencionado en líneas anteriores, derecho fundamental son todos aquellos innatos del ser humano, mientras que garantía, es toda forma de protección del mismo, así resulta tan amplia la concepción de protección a los derechos que como concepto de garantía se puede mencionar que es la “reducción máxima de la arbitrariedad, por lo tanto, vincular el poder al derecho”. (Silva, C, 2008, p.65)

Se dice además, con absoluta razón que sin garantías no hay derechos, pero sobre esto Ferrajoli sostiene “que la falta de garantía de un derecho no implica la inexistencia del derecho, sino una laguna jurídica que debe ser obligatoriamente colmada; así, por ejemplo, la falta de desarrollo de las garantías de los derechos humanos reconocidos a escala internacional, no implica que estos derechos prácticamente no existen, sino que la falta de garantías es un vacío normativo a ser solucionado.” (Ferrajoli, L. citado Grijalva J. A., 2012, p.242)

Estas garantías representan seguridad para los ciudadanos, permiten al Estado normar actuaciones, haciendo que las mismas no vulneren derechos fundamentales, como dice Javier Pérez Royo, se trata de una garantía sobre garantía donde sobresale la Constitución,

la misma que regula y permite mediante sus disposiciones el ejercicio pacífico de los derechos y goce de los mismos tutelados por las garantías constitucionales. (Pérez, Royo, J, 2010, p. 113)

Ferrajoli define a la garantía como una “técnica normativa diseñada para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales”. (Ferrajoli, L. citado Grijalva J. A., 2012, p.241) Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, hoy en día, los conceptos se basan y se centran en proteger lo que está ligado a los derechos del ser humano, no en exclusivamente los derechos patrimoniales, es por eso que merece ser citado lo indicado por Agustín Grijalva quien expone que “garantía nace de la teoría general del derecho, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos” (Grijalva, A, 2012, p. 241), de tal forma que las garantías tienen estrecha relación con la protección o materialización de derechos constitucionales o derechos humanos.

De su parte, Zagrebelsky considera que las garantías constitucionales deben ser concebidas en el sentido de que:

Las reglas jurídicas que caen en el ámbito de disponibilidad del legislador comenzarán a concebirse únicamente como una de las caras del derecho. Se establecerá como normal la exigencia de hacerlas concordar con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución. La satisfacción de esta exigencia sólo podría ser, en última instancia, competencia de la jurisdicción. (Zagrebelsky, G, 1995, p. 111-113)

Desde un punto de vista procedimental, en la Doctrina ecuatoriana encontramos el aporte de Rafael Oyarte que considera que las garantías son mecanismos de protección de derechos los que a su vez pueden ser simplemente genéricos o jurisdiccionales. Así, las *garantías genéricas* están contempladas para los poderes públicos, de forma tal que los limita como una medida de precautar los derechos, tal es el caso del deber de motivación exigido por la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76, numeral 7, literal l), mismo en el que se exige que todas las resoluciones de los poderes públicos deben estar debidamente motivados, así como en la exigencia de que el proceso legislativo respete el contenido de la norma constitucional; y, de su parte las *garantías jurisdiccionales*, en cambio serán aquellas que se deberán hacer valer ante los jueces, como mecanismos de protección, así menciona el citado Autor que se trata por ejemplo del derecho a la defensa, del non bis in ídem o de la presunción de inocencia, se aclara que con esta designación en el texto constitucional se identifican garantías constitucionales tales como la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública e incluso la acción de incumplimiento. Por último, Oyarte señala que también pueden existir garantías de carácter mixto, es decir con características compartidas de las dos categorías antes indicadas, cita como ejemplo lo que sucede con el principio de proporcionalidad mismo que puede ser considerado como una garantía genérica cuando el legislador, al momento de tipificar la infracción, deba establecer una pena proporcional al hecho que se va a encuadrar al tipo penal, pero se constituirá en una garantía jurisdiccional al momento en que probada la infracción la autoridad judicial deba establecer una pena entre el máximo y mínimo establecido en la ley. (Oyarte, R, 2016, p. 26-28)

De su parte, Ramiro Ávila Santamaría, autor ecuatoriano, clasifica las garantías de acuerdo a nuestra Constitución:

a) *En función de los poderes del Estado:*

A.1.- *Garantías normativas.*- Para mayor entendimiento cabe tomar en cuenta el artículo 84 de la Constitución, el cual establece que todo órgano capaz de expedir normas, incluyendo la Asamblea Nacional debe ajustar de manera obligatoria las leyes y normas a los derechos dictados en la Constitución.

A.2.- *Garantías públicas.*- De igual manera el artículo 85 manifiesta que las decisiones de políticas públicas deberán hacerse de acuerdo al ejercicio de los derechos, siempre progresivas y no limitantes.

A.3.- *Garantías jurisdiccionales.*- Todos los órganos capaces de administrar justicia, deben hacerlo de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución. Estas garantías se subdividen en:

A.3.1.- *“Acción de protección.*- La misma que puede interponerse cuando exista vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública, no judicial.” (Const. Ecuador, 2008, art. 88)

A.3.2.- *Acción de hábeas corpus.*- Esta garantía tiene como finalidad la protección de la vida así como también de la integridad física de las personas privadas de libertad. Tiene por objeto también recuperar la libertad de las personas que han sido privadas de ella de una forma ilegal.

A.3.3.- *Acción de acceso a la información pública.*- Esta acción garantiza el acceso mismo a la información pública, como su nombre lo dice, cuando esta ha

sido negada, o cuando una vez entregada, esta información sea incorrecta o incompleta.

A.3.4.- Acción de hábeas data.- Todas las personas tienen derecho al acceso de la información personal, la misma que de no ser entregada, el titular de este derecho puede plantear esta acción.

a.3.4.- Acción por incumplimiento.- A diferencia de las otras acciones, esta puede ser planteada ante la Corte Constitucional, tiene por finalidad hacer cumplir sentencias o informes dictados por organismos internacionales de derechos humanos, así como también garantiza la aplicación de normas del sistema jurídico.

a.3.5.- Acción extraordinaria de protección.- Al igual que la acción por incumplimiento, esta acción también debe ser planteada ante la Corte Constitucional y tiene como objetivo la intervención en sentencia y autos definitivos que hayan violado derechos contemplados en la Constitución.

En base a lo indicado, podemos darnos cuenta con esta clasificación que no hay poder del Estado que se quede libre de garantizar los derechos, es por esto que cabe citar el artículo 11 numeral 9 de la Constitución del Ecuador que atribuye como deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos de la Constitución mediante garantías que permitan un ejercicio eficiente de los derechos del ser humano.

En nuestro modelo constitucional garantista todas las personas son titulares de los derechos fundamentales y de esta misma manera titulares de las garantías, es decir, tienen la capacidad para poder actuar cuando un derecho le sea vulnerado, nuestra Constitución da esta capacidad de actuación según el artículo 86 a todas las “personas o grupo de personas,

comunidades, pueblos o nacionalidad”. Vale la pena recalcar que este enunciado coincide con la Convención Americana de Derechos Humanos ya que en su artículo 44 de igual manera atribuye esta capacidad de actuar cuando un derecho sea vulnerado a:

“cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 44)

Es por esto, que cuando de transgresión de derechos se trata, el procedimiento para activar una garantía constitucional será rápido, sencillo, eficaz y sin formalidades; la propia existencia de la vulneración de un derecho fundamental será la que permita que la garantía constitucional tutele dicho derecho, es decir, todos los derechos fundamentales pueden ser exigidos ante su falta de reconocimiento por intermedio de mecanismos, que serán conocidos por jueces que gocen de competencia constitucional (que en el caso del sistema procesal ecuatoriano será asumido por toda autoridad jurisdiccional), aclarando que existen otras garantías jurisdiccionales que deberán ser conocidas de forma exclusiva por la Corte Constitucional, es el caso de la acción de incumplimiento o la acción extraordinaria de protección.

La vinculación de las garantías con los derechos y su eficacia directa nos permite hablar de derechos fundamentales, por su importancia y sobre todo porque los derechos no requieren de intermediación para su ejercicio, mientras que las garantías “corrigen anomalías cometidas por agentes de estado o por personas que tienen poder. A mayor

respeto de los derechos, menor uso y menos necesidad de las garantías”. (ÁVILA S. R, 2008, P. 108)

Hay que tener en cuenta que, para que las garantías se desarrollen de una forma plena, estas deben primeramente reconocer la individualidad de todos los seres humanos, esto es importante ya que si bien hablamos de un trato igualitario, esta afirmación deberá reconocer matices relacionados a la igualdad material y formal, es por esto que las garantías deben actuar teniendo en cuenta estas características específicas de las personas. De igual manera el Estado debe reconocer la existencia de varios entes o sujetos constitucionales que intervienen en la protección de los derechos fundamentales.

Todos los individuos tienen derecho a reclamar cuando un derecho sea violado y es obligación del Estado dar esta seguridad a las personas, así como tutela efectiva de los mismos, si el Estado no ejecutaría esta protección mediante garantías, dejaría de llamarse “Estado de derechos” (Robledo, F., s/a, p. 225)

1.2.- Bloque de Constitucionalidad, como garantía del cumplimiento de los Derechos Humanos.

Podríamos decir que el régimen internacional se origina y su nacimiento se justifica en que las garantías de los diferentes Estados, son escasas e insuficientes para asegurar de una forma completa el ejercicio pleno de los derechos humanos.

Para empezar a tratar el tema, resulta conveniente saber cuál es la jerarquía normativa que rige en nuestro país; para eso es importante contar con el planteamiento doctrinario de Kelsen que ha sido acogido por diferentes Estados en la creación de normas y para

estructurar de forma organizada sus ordenamientos jurídicos internos. Según nuestra Carta Magna en la cúspide del sistema jurídico se encuentra la Constitución, seguido por los Tratados y Convenios Internacionales; Leyes Orgánicas, Leyes Ordinarias, normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En este punto, se debe mencionar la salvedad que está vigente en nuestro ordenamiento jurídico, y que hace referencia a aquellos Tratados Internacionales sobre derechos humanos debidamente ratificados por el Ecuador que reconozcan derechos más favorables a los que incluso reconoce la Constitución, en aquellos casos prevalecerán los primeros sobre la propia norma suprema, esto resulta obvio en un sistema garantista como el nuestro ya que siempre prevalecerá la norma que conceda más derechos y protección para los ciudadanos, siendo enfáticos que esta situación aplicará solo en materia de Derechos Humanos.

Dentro del título IX de nuestra Constitución, trata la Supremacía de la misma; el Artículo 424 señala:

“Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico... La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma.” (Const. Ecuador, 2008, Art. 424)

El artículo 425, por otra parte manifiesta:

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas; las leyes ordinarias;

las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.” (Const. Ecuador, 2008, art. 425)

De lo indicado, la Constitución se posesiona en la cúspide colocando por debajo de ella a toda la normativa secundaria vigente en el país, sin embargo, esta regla general acepta una salvedad, ya citada y contenida en el segundo inciso del artículo 424 que señala:

“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (Const., 2008, art. 424)

Esta salvedad, representa una ventaja de la legislación ecuatoriana en el objetivo de garantizar de mejor manera los derechos fundamentales a favor de sus ciudadanos y, de incorporar la normativa internacional referente a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. Situación que no es del todo armónica en cuanto a su aplicación en otros países de la región, puntualmente en el caso Colombiano prima el principio de supremacía constitucional y no acepta ningún tipo de excepción, al punto que inclusive su propia Corte Constitucional en la Sentencia C-067 de 2003, del 4 de Febrero de 2003 se pronunció en el sentido de la imposibilidad de la interpretación normativa basada en la “supraconstitucionalidad”, entendido bajo la concepción de que los tratados internacionales tienen un rango superior a la normativa interna, pero jamás podrían tener un rango jerárquico normativo superior al de la Constitución Colombiana. En palabras simples el máximo órgano de control constitucional en Colombia, abandera la prevalencia de los

instrumentos internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno, pero jamás frente a la Constitución de ese país, por lo tanto toda la normativa internacional en materia de derechos humanos en ese país deberá ser interpretada bajo los principios recogidos en la Constitución Colombiana. (García, A. y Ramírez, L. 204, p. 92-93)

En el caso del Ecuador ese reconocimiento expreso a la normativa internacional en materia de derechos humanos, privilegiándolo incluso sobre el propio ordenamiento jurídico interno hace que nos corresponda analizar el objeto central de este apartado, es decir el bloque de constitucionalidad, institución jurídica que tiene gran importancia práctica, ya que no es solo permisivo sino también es inclusivo; permite introducir los estándares normativos del derecho internacional referente a derechos humanos, al ordenamiento jurídico de nuestro país. En palabras de Rodrigo Uprimny “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita” (Uprimny, R, 2006, p. 31)

Considero pertinente en este punto, citar a Juan Carlos Hitters, autor que al referirse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, de fecha 24 de Noviembre del 2006 de forma expresa se indicó en relación a la aplicación de la normativa externa en materia de derechos humanos –bloque de constitucionalidad-:

“...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar

porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...” (Hitters, J, 2009, p. 110)

El origen de esta doctrina constitucional, busca como finalidad que en materia de derechos humanos los órganos jurisdiccionales nacionales no se limiten únicamente a su normativa interna, bajo estos preceptos, el origen de este concepto estuvo en el derecho administrativo francés, en donde fue utilizado bajo la denominación de “bloque legal” usado para la designación de principios y reglas considerados por encima de la propia ley. (Nash, C, 2012, p. 43)

En su momento el Consejo Constitucional francés, para determinar el real contenido de la Constitución de ese país y parámetro para realizar el control de constitucionalidad sobre las leyes vigentes en su ordenamiento jurídico determinó que el Bloque de Constitucionalidad debía considerar en materia de derechos fundamentales a los contenidos en “la Constitución de 1958; en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y en los principios fundamentales reconocidos en las Leyes de la República”. (Nash, C, 2012, p. 43)

Lo relevante de esta nueva concepción de un ordenamiento jurídico garantista, es que no existe un sistema jerárquico y cada uno de sus elementos comienza a ser considerado bajo un plano de igualdad, por lo que se presenta la necesidad de hacer un ejercicio de conciliación y armonización del ordenamiento jurídico interno en la materia –Derechos

Humanos-, con la finalidad de alcanzar una coherencia del sistema de forma tal que el abanico de constitucionalidad se amplíe para las diferentes entidades nacionales que tienen bajo su responsabilidad el Control de Constitucionalidad, que para el caso ecuatoriano le corresponde a la Corte Constitucional. (Nash, C, 2012, p. 43)

El Bloque de Constitucionalidad en Latinoamérica, tiene también su desarrollo pues las distintas Cortes Constitucionales de nuestra región, han ido incorporando por intermedio de sus resoluciones al Bloque de Constitucionalidad, las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en lo relacionado a derechos humanos, así por ejemplo la jurisprudencia de los órganos de protección internacional en la materia, con el objetivo de ampliar los derechos reconocidos en cada una de sus legislaciones y poder otorgar un “alcance más amplio y comprensivo a derechos consagrados constitucionalmente” (Nash, C, 2012, p. 44)

La relevancia del bloque de constitucionalidad permite que todo el sistema procedimental de nuestro país se interprete a partir de garantías y derechos fundamentales que no solo están establecidas en nuestra Constitución, sino además están contemplados a la interpretación de garantías establecidas en tratados internacionales de derechos humanos, dando lugar así a un sistema adjetivo más garantista.

En consecuencia, bajo la inserción del bloque de constitucionalidad, la Norma Suprema no es un código totalmente cerrado, ya que es necesario la existencia de una regla constitucional que ordene la inclusión de un principio o un derecho al bloque, una cláusula abierta, expresamente reconocido en nuestro sistema a partir de los artículos 424 y 425 de nuestra Constitución, es la regla que deja abierto este paso a nuevos principios, a derechos

más progresistas en materia de Derechos Humanos. Es por eso que su concepto es un conjunto de jurisprudencia constitucional no solo interna, si no jurisprudencia comparada; así para hablar del concepto de bloque de constitucionalidad se recurre a la siguiente paradoja: “el concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional.”

(Uprimny, R., 2010. Bloque de constitucionalidad, recuperado de

http://www.justicia.org/admin./file.php?table=documentos_publicacion). Podríamos decir que a simple vista este concepto es bastante sencillo pero en su profundidad tiene resultados jurídicos y políticos mucho más complejos, para aclarar lo dicho tomare el ejemplo de Rodrigo Uprimny quien establece que: “en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en 1973... Sin embargo si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen empero rango constitucional.” (Uprimny, R., 2010. Bloque de constitucionalidad, recuperado de http://www.justicia.org/admin./file.php?table=documentos_publicacion)

Al ser el bloque de constitucionalidad tan amplio, resultan evidentes sus ventajas, al permitir que en esta materia la norma suprema sea dinámica, es decir, que se adapte a los cambios históricos, que se adapte a una realidad nueva; esta adaptación se da mediante los jueces constitucionales que aplican principios y derechos que muchas veces no constarán escritos en la Constitución.

El principio *pro homine*, está presente en el concepto del bloque de constitucionalidad, el mismo que tiene la finalidad de que la interpretación jurídica siempre debe buscar lo más conveniente o beneficioso para el ser humano, esto implica siempre tratar de encontrar la

norma con más amplitud cuando se trata de interpretación de derechos protegidos o una norma con interpretación extensiva, esto quiere decir, que en caso de que exista un conflicto entre normas, siempre se debe optar por aquella norma que sea más favorable a los derechos fundamentales. Tal es la importancia del principio *pro homine*, que se encuentra recogido en la Constitución de la República del Ecuador:

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicará los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Podemos darnos cuenta que el bloque de constitucionalidad es una figura bastante completa y productiva, pues permite que los tratados de derechos humanos tomen gran fuerza y posición en la práctica judicial en nuestro país para que se trabaje en armonía entre las garantías y la eficacia.

Para explicar mejor lo dicho creo conveniente tomar una sentencia, que a breves rasgos determina la forma de comprensión de este criterio doctrinario por parte del máximo órgano del control constitucional, específicamente la sentencia No. 146-14-SEP-CC del caso No. 1773-11-EP de la Corte Constitucional del Ecuador en Quito, el 01 de Octubre del 2014 menciona lo siguiente:

El caso trata sobre la vulneración al derecho a la propiedad privada, a la vivienda, patrimonio, derechos que se engloban en lo que nuestra Constitución califica como el

sumak kausay, los actores, presentan la demanda ante la Corte Constitucional, la misma que resuelve:

... la efectividad del derecho a la vivienda implica la no afectación de su ejercicio, razón por la cual, refiriéndonos a esta obligación negativa del Estado, respecto a la abstención de ejecutar algún acto que pueda menoscabar la vivienda adecuada y digna, es menester, además de referirse a lo dispuesto en la Constitución de la República y la jurisprudencia y la jurisprudencia citada, analizar el bloque de convencionalidad, el cual incluye la remisión a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, y conforme el control de convencionalidad al *ius commune* interamericano, entre ellos a otros informes de organismos internacionales que establecen recomendaciones a los países a favor de la plena vigencia de los derechos humanos. (Corte Constitucionalidad, No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP, Quito, 2014)

En lo citado se verifica la participación directa del bloque de constitucionalidad que destaca como un método de aplicación directa de los Derechos Humanos, que permite a los Estados, considerar diferentes criterios interpretativos como aquellos que incluye el *soft law*; criterios que son usados como fundamento para desarrollar el contenido de los derechos, cuyo objetivo principal sería llegar a la efectividad completa de los derechos contenidos en su ordenamiento jurídico.

Cabe aclarar que el *soft law*, en su traducción sería *derecho blando* –que no es lo mismo que el bloque de constitucionalidad conocido por el Derecho Internacional-, es también importante ya que contiene disposiciones acerca del contenido de Derechos Humanos, que

si bien no son de carácter vinculante, son básicos para una interpretación y sirven como fuente de apoyo en todo lo que tiene que ver con el desarrollo de los derechos.

Muchas veces se puede creer que el bloque de constitucionalidad afecta a la soberanía nacional; pero el objetivo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es equilibrar dos principios: la subsidiariedad y la complementariedad que como su nombre lo dice son complementarios a los sistemas internacionales, es decir, entre los dos trabajan para que se de una obra eficaz y plena del ejercicio de los derechos, sus libertades y garantías. El principio de subsidiariedad por otro lado implica el respeto total en primera instancia de los derechos de su jurisdicción, y solo cuando no se ha dado la protección que debía darse, la jurisdicción internacional toma protagonismo.

1.3.- La vinculación del Estado Ecuatoriano a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue elaborada por los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, entro en vigor el 18 de julio de 1978; después de que en 1968 en San José de Costa Rica se dio la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Nuestro país es una de las veinticinco naciones Americanas que ha ratificado la Convención; el Ecuador firma la misma el 22 de noviembre de 1969 y ratifica el 8 de diciembre de 1977. Dentro de estas veinticinco naciones Americanas tenemos a países hermanos como Chile, El Salvador, Guatemala, Panamá, entre otros, y es así que tanto para el Ecuador como para todos los Estados miembros este tratado es de carácter obligatorio.

Esta Convención simboliza un largo proceso que nació como la decisión de una declaración sobre derechos humanos a finales de la Segunda Guerra Mundial, en una reunión de las naciones de América en México, la misma que fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en mayo de 1948 en Bogotá Colombia.

El objetivo principal de esta Convención es la tutela efectiva de los derechos fundamentales y esenciales del hombre y es por esto que se delegó a dos órganos competentes el conocimiento de los actos de violación a los derechos fundamentales siendo estos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada en el año de 1959 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que opera desde el año 1960. (CIDH. Historia. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>)

La Convención Americana de Derechos Humanos o también conocida como el Pacto de San José, es un conjunto de normas referente a un pacto sobre derechos humanos y conforme a su texto sus principios internacionales son los siguientes:

“1.- Los Estados deberán tener una perfecta armonía entre su orden jurídico, administrativo y político con las garantías de los derechos humanos, a los cuales se les deberá respeto y protección.

2.- Se deberá acoger decisiones de los órganos internacionales que protegerán los derechos humanos.

3.- El amparo a las providencias lógicas para que las autoridades administrativas y judiciales del Estado en cuestión pongan en práctica cuando crean pertinente siempre y cuando esté relacionado con derechos humanos.” Cita.

Estos tres principios internacionales enunciados, están recogidos en el artículo 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Artículo 1: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo...” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Artículo 1)

“Artículo 2: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Artículo 2)

El Ecuador, al ratificar la Convención de los Derechos Humanos, no solo tiene un gran compromiso para cumplir las normas y derechos que están en la Convención, sino que también tiene que cumplir con las sentencias que son de carácter obligatorio, ya que son de imperativo cumplimiento para los Estados parte.

1.3.1 LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial autónomo de la Organización de Estados Americanos, este órgano de carácter jurisdiccional se estableció a partir de la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos, como uno de los

órganos de vigilancia de ese tratado, que si bien fue suscrito en 1969, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue totalmente integrada y formalmente inaugurada en 1979, es importante conocer que todo su sistema se basó en el sistema de derechos humanos de Europa. (Sánchez, N., s/a, p. 32-33)

Esta Corte está conformada por siete jueces elegidos por períodos de seis años, pudiendo reelegirse una vez más. No puede haber dos jueces de la misma nacionalidad, deben ser nacionales de uno de los estados miembros de la OEA, otra característica que deben poseer es que deben ser juristas de la más alta autoridad moral con una amplia competencia en materia de derechos humanos. Entre este grupo de jueces se elige un presidente que dirige lo tratado en la Corte y tiene voto preferente en caso de existir un empate, y un vicepresidente por un término renovable de dos años. La sede permanente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es en Costa Rica, en la ciudad de San José.

Cabe aclarar a breves rasgos sobre las dos funciones que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- *Función o competencia consultiva.*- Abarca la interpretación de otros tratados interamericanos de derechos humanos, tratados regionales, bilaterales; así como también la interpretación de la Convención Americana.
- *Función o competencia contenciosa.*- la función jurisdiccional se la ejerce por medio de esta función, se genera cuando algún Estado parte o la Comisión Interamericana deciden someterle a su conocimiento por un caso de violación a un derecho o libertad consagrado en la Convención. Tiene competencia también para cualquier caso similar a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto

de San José, siempre que los Estados partes reconozcan esa competencia. Además puede conocer cualquier caso, que necesariamente siguió el procedimiento ante la Comisión Interamericana y luego de que se interpuso y agotó todos los recursos de la jurisdicción interna conforme ordena los principios del derecho internacional. Las resoluciones de la Corte, deberán ser motivadas, serán definitivas e inapelables, existiendo solo una especie de recurso horizontal de alcance del fallo (Ovalle Favela, J., 2012, p. 599-600)

Los Estados parte tienen obligaciones, las mismas que se encuentran contempladas en la Convención Americana y señala que estas obligaciones se basan en el **respeto** a los derechos y libertades reconocidos en ella para que así se dé un ejercicio pleno. El respeto se da mediante **garantías** que tutelen a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Nos podemos dar cuenta que las obligaciones son dos: respetar y garantizar. La obligación de respetar:

Es un límite y una restricción al ejercicio de la función pública que deriva de los derechos humanos y libertades como los atributos inherentes a la dignidad humana, y por lo tanto al poder del Estado. Esto implica abstención de cometer, apoyar o tolerar actos que violen o amenacen los derechos establecidos por la Convención.” (SANCHEZ. N., s/a, p. 37)

La obligación de garantizar por otro lado:

“Implica el deber del Estado de organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y

pleno ejercicio de los derechos humanos.” (Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C.N 4; párr. 166. Citado en Sánchez. N., p. 37)

Las sentencias emitidas por la Corte son fallos que tienen el carácter de ser definitivos e inapelables, básicamente en ejercicio de sus funciones de competencia contenciosa, este organismo ha emitido resoluciones que se refieren tanto a cuestiones de derecho interno, como las que hacen referencia a derecho internacional, entre las que se podrían citar a manera de ejemplo: situaciones relacionadas al respeto al debido proceso legal, derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, igualdad ante la Ley, independencia judicial, garantías jurisdiccionales, discapacitados mentales; reparaciones; pena de muerte, asuntos sobre pueblos indígenas; tratos crueles, inhumanos y degradantes, libertad de expresión etc. Por otra parte, en el desarrollo de su competencia consultiva, la Corte ha realizado varios análisis que han permitido esclarecer diversas cuestiones que tienen impacto en el derecho internacional y que están relacionadas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre las que de igual manera, de forma ejemplificativa podría señalar a los siguientes asuntos: efectos de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana, interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención, compatibilidad de un proyecto de Ley con la Convención, responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, etc. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 15-16).

Se debe indicar que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes y por lo tanto obligatorias, al respecto de forma clara se ha manifestado:

Los casos resueltos por la Corte Interamericana suelen convertirse en casos emblemáticos y en una fuente de inspiración doctrinaria y jurisprudencial para los Tribunales Nacionales, ya que los mismos tratan sobre cuestiones trascendentes que requieren de una solución a la luz de la Convención Americana. En este sentido, las decisiones de la Corte tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la región a través de reformas legales o jurisprudencia local que incorporan los estándares fijados por la Corte Interamericana al derecho interno... (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 17)

Los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cumplimiento del principio *pacta sunt servanda* y en aplicación de su propio derecho interno acatarán las decisiones emitidas por la Corte, resoluciones que como ya se dijo tendrán la calidad de obligatorias y definitivas, sin embargo se debe aclarar que la Convención no establece un mecanismo adicional en la Organización de Estados Americanos que asegure el cumplimiento de las decisiones emitidas por el órgano jurisdiccional citado, es así que la propia Corte ha asumido el seguimiento del cumplimiento de sus resoluciones y en último término –ante los casos de incumplimiento– se remitirá su conocimiento ante el pleno de la Asamblea General de la OEA. (SANCHEZ. N., s/a, p. 38-39)

En cuanto al fundamento jurídico de lo indicado deberemos citar los siguientes artículos de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos:

“Art. 67.- El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.” (Convención Americana, 1969, art. 67)

“Art. 68.- 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.” (Convención Americana, 1969, art. 68)

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

“Art. 65.- La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.” (Convención Americana, 1969, art. 65)

1.3.2 LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión está compuesta por siete miembros, de alta autoridad moral y de avanzados conocimientos en materia de derechos humanos, son elegidos para 4 años y podrán ser reelegidos por una sola vez. De entre sus miembros se elegirá al presidente y a dos vicepresidentes, tiene su sede permanente en Washington D.C., pero podrá reunirse en el territorio de cualquier Estado miembro. La CIDH no es un órgano permanente y tendrá sesiones ordinarias 2 o 3 al año y sesiones extraordinarias en el momento en el que considere pertinente. (Sánchez, N., s/a, p. 32-33)

La Comisión recibirá las peticiones y comunicaciones en las que se alegue la violación de cualquiera de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en caso de determinar que es admisible realizará un examen del asunto y de considerar necesarios llevará a cabo una investigación, posterior a ellos y luego de agotar la opción para llegar a una solución amistosa, preparará un informe en el que expone los hechos, conclusiones y recomendaciones que pone a conocimiento del Estado interesado, en caso de no ser acogidas las mismas la Comisión tendrá la competencia de someter el caso puntual a decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanas (Ovalle Favela, J., 2012, p. 596-597)

Entre sus funciones estarán: a) “estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;” (Convención Americana, 1969, art. 41 b) Emitir recomendaciones para que los Estados adopten medidas en beneficio al desarrollo de los derechos humanos; c) preparar estudios e informes; d) Solicitar a los Estados se informe sobre las medidas que adoptaron en materia de derechos humanos; e) Atender las consultas que presenten los Estados miembros; f) actuar frente a las denuncias presentadas por individuales y otras

comunicaciones conforme la Convención Americana; y, rendir un informe anual a la Asamblea de la OEA. (Convención Americana, 1969)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano que también tiene competencia para tramitar peticiones individuales presentadas en contra a derechos fundamentales contemplados en instrumentos internacionales tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras. Los requisitos que deberá cumplir la petición al momento de su presentación, futura admisión y trámite son los establecidos en el artículo 32 del Reglamento de La Corte Interamericana de Derechos Humanos que de forma textual indica:

“Art. 32 Requisitos de las peticiones.- Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener:

a. el nombre, nacionalidad, profesión u ocupación, dirección postal o domicilio y la firma de la persona o personas denunciantes; o en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, su domicilio o dirección postal, el nombre y la firma de su representante o representantes legales.

b. una relación del hecho o situación que se denuncia, especificando el lugar y fecha de las violaciones alegadas, y si es posible, el nombre de las víctimas de las mismas, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada.

c. la indicación del Estado aludido que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso de los Estados partes en ella, aunque no se haga una referencia específica al artículo

presuntamente violado.

d. una información sobre la circunstancia de haber hecho uso o no de los recursos de jurisdicción interna o sobre la imposibilidad de hacerlo.”

La secretaria de la Comisión será la que se encargue tanto del estudio como del trámite de las peticiones, estas gestiones se realizan a través de una sesión colectiva de trabajo y finalizará determinando si es que el peticionario debe o no completar su petición con alguno de los requisitos exigidos por el Reglamento antes citado. La apertura al trámite y su notificación o traslado a las partes procesales no implica el emitir un criterio de prejuzgabilidad sobre la decisión de admisión del trámite. (Sánchez, N., s/a, p. 22)

Una petición de tipo individual para que sea admitida debe cumplir además con dos requisitos de admisibilidad: a) los requisitos de competencia en los cuales la comisión tiene que valorar precisamente su competencia para tratar el asunto, este estudio se lo tendrá que realizar en razón a la materia, al tiempo, a la persona y al territorio; y, b) se tendrán que verificar los requisitos de admisibilidad de la petición que se refiere al caso concreto, entre estos deberá valorarse el agotamiento previo de los recursos internos, el cumplimiento del plazo de presentación, la no duplicidad frente a una instancia internacional y la caracterización de los hechos como una violación de cuando menos un derecho fundamental que conste en un instrumento interamericano aplicable al Estado denunciado. (Sánchez, N., s/a, p. 23)

Cuando la petición ha sido admitida la Comisión apertura un trámite de caso y se le otorga al Estado un plazo de tres meses para que pueda presentar sus observaciones de fondo –fundamentos de hecho y de derecho frente a las supuestas violaciones denunciadas-,

se garantizara a las partes procesales la posibilidad de presentar sus argumentos y contra argumentos sobre el fondo del asunto, existiendo la posibilidad de que la Comisión realice por adelantado funciones de investigación, así también se intentara generar la adopción de soluciones amistosas entre las partes. Conforme consta en el artículo 40 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“Art. 45.- Solución amistosa.- 1. A solicitud de cualquiera de las partes, o por iniciativa propia, la Comisión se pondrá a disposición de las mismas, en cualquier etapa del examen de una petición, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Para que la Comisión ofrezca a las partes actuar como órgano de solución amistosa del asunto será necesario se hayan precisado suficientemente las posiciones y pretensiones de éstas; y que, a juicio de la Comisión, el asunto por su naturaleza sea susceptible de solucionarse mediante la utilización del procedimiento de solución amistosa.

3. La Comisión podrá aceptar la propuesta de actuar como órgano de solución amistosa formulada por una de las partes si concurren las circunstancias expresadas en el párrafo anterior y si la otra parte expresamente acepta esa vía.

4. La Comisión, al aceptar actuar como órgano de solución amistosa podrá designar dentro de sus miembros a una Comisión Especial o a un miembro individual. La Comisión Especial o el miembro así designado informará a la Comisión dentro del plazo que ésta señale.

5. La Comisión señalará un término para la recepción y obtención de pruebas, fijará fechas para la celebración de audiencias, si proceden, indicará, si es

necesario la práctica de una observación in loco que se realizará mediante la anuencia del correspondiente Estado y señalará un término para la conclusión del procedimiento, término que podrá ser prorrogado a juicio de la Comisión.

6. Si se llega a una solución amistosa, la Comisión redactará un informe que será transmitido a las partes interesadas y comunicado al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos para su publicación. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicita, se le suministrará la más amplia información posible.

7. En caso de que la Comisión advierta durante la tramitación del asunto que éste por su naturaleza no es susceptible de una solución amistosa; de que algunas de las partes no consienta en la aplicación de este procedimiento; o no muestre una voluntad de querer llegar a una solución amistosa fundada en el respeto a los derechos humanos, la Comisión podrá, en cualquier estado del procedimiento, dar por concluida su intervención como órgano de solución amistosa.” (Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, art. 40)

En caso de que se alcance una solución por esta vía amistosa, este ente deberá aprobar el informe en el cual se exponen los hechos, la solución que se alcance y se dará publicidad al acuerdo, en caso de no darse una solución entre las partes, la Comisión deberá continuar con el trámite planteado. En este segundo caso cuando se haya garantizado la suficiente oportunidad a las partes para presentar sus argumentos se cierra el procedimiento y se

preparara un informe por parte de la Comisión en el que deberá presentar las conclusiones y recomendaciones al Estado involucrado, este informe no será público.

Posterior al informe emitido este será transmitido a las partes así como también la Comisión decidirá sobre si el asunto tratado, tiene o no que ser sometido a conocimiento de la Corte. (Sánchez, N., s/a, p. 26-29)

Al respecto se determina lo que ordena el artículo 45 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“Art. 50.- Sometimiento del caso a la Corte.- 1. Si un Estado parte en la Convención ha aceptado la jurisdicción de la Corte, de conformidad con el artículo 62 de la Convención, la Comisión podrá someter el caso ante aquélla con posterioridad a la transmisión al Gobierno del Estado aludido del informe mencionado en el artículo 46 de este Reglamento.

2. Cuando se disponga que el caso sea referido a la Corte, el Secretario Ejecutivo de la Comisión lo notificará inmediatamente a aquélla, al peticionario y al Gobierno del Estado aludido.

3. Si el Estado parte no ha aceptado la jurisdicción de la Corte, la Comisión podrá invitar que el mismo Estado haga uso de la opción a que se refiere el artículo 62, párrafo 2, de la Convención para reconocer la jurisdicción de la Corte en el caso específico objeto del informe.” (Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, art 50)

Posterior todo lo descrito se procederá a la sustanciación del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CONCLUSIÓN:

Para finalizar este extenso, pero necesario marco teórico debemos indicar que en el presente capítulo hemos analizado en primer lugar la implicación del cambio de paradigma en cuanto a la nueva caracterización jurídica del Ecuador, específicamente al ser considerado desde la entrada en vigencia de nuestra nueva Constitución como un Estado Constitucional de Derechos, lo que genera una nueva lógica en cuanto a la aplicación de la normativa vigente en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

Posterior a ello, se ha realizado una revisión principalmente doctrinaria relacionada a los Derechos Fundamentales y la forma en como están regulados en nuestra Constitución, explicando que los mismo son la base para garantizar a favor de las personas su desarrollo integral y de ahí la necesidad de su protección.

Esta protección, a su vez se traduce en la pertinencia de garantizar a cada uno de los titulares de los derechos fundamentales las herramientas necesarias para su adecuada exigencia en caso de verificarse su vulneración, motivo por el cual he abarcado de una forma profunda las Garantías Constitucionales.

Ha sido analizada además la noción jurídica del Bloque de Constitucionalidad, concepto doctrinario que busca tener una armonía en cuanto a la aplicación de la normativa externa en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, en lo relacionado a la materia de Derechos Humanos, circunstancia que como la hemos valorado para el caso ecuatoriano tiene plena apertura por la prevalencia del principio pro homine y por el reconocimiento de

aplicación directa –incluso por encima de la norma constitucional- de toda aquella normativa internacional que ratificada por nuestro país, reconozca más y mejores derechos fundamentales a favor de los ciudadanos.

Por último, como un punto necesario para la comprensión de los hechos narrativos del siguiente capítulo fue pertinente tratar la vinculación del Ecuador al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, razón por la cual se ha procedido a estudiar las características, competencia y procedimiento tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo cual podrá generar una línea de comprensión lógica con el siguiente capítulo de esta investigación.

CAPITULO II

En el presente capítulo se realizará una narración general de lo que vivió Talía González Lluy, con su madre Teresa y su hermano Iván Lluy, lo cual inició con su contagio de SIDA debido a una actuación negligente de una representante de la Cruz Roja del Azuay, lo que provocó que esta enfermedad la tenga desde los 3 años de edad.

Se realiza además un análisis de los procedimientos que se dieron dentro de la jurisdicción ecuatoriana, específicamente en materia civil y penal, además se realiza una referencia del inicio del proceso en sede internacional, en la cual se valoraron los requisitos de admisibilidad como asuntos que fueron tratados y analizados.

Para finalizar, se presenta una revisión de la normativa internacional relacionada con el caso en concreto, entre la que se abarcará a la Declaratoria Universal de Derechos Humanos (1948), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Declaración de la ONU/ONUSIDA (2011), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1977), para complementarse con una visión general del derecho a la salud de la forma en como ha sido abordado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por lo descrito, el objetivo de este capítulo II es abarcar los hechos que giran alrededor del Caso Gonzalez Lluy y otros y la normativa general que a manera de referencia está ligada a la vulneración de los derechos que se dieron en contra de Talía y toda su familia.

2.- Caso González Lluy y otros vs Ecuador.

2.1.- Antecedentes fácticos

2.1.1.- Hechos ocurridos en el presente caso.

En relación a este punto de la investigación, se detallan los hechos analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia objeto del presente análisis – específicamente a partir de la página 20-42 apartado VIII HECHOS-, además se toma como referencia la grabación de la audiencia pública llevada a cabo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual la víctima entre los minutos 16:59 al 48:32 rinde su declaración (información obtenida de <https://vimeo.com/125630336>).

Los hechos giran en torno al acontecimiento de que Talía Gonzales Lluy es contagiada con el virus VIH Positivo mediante una transfusión de sangre realizada en una clínica de salud privada –específicamente en la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo-, siendo esta proveniente del Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay.

Talía nace el 8 de enero de 1995 en la provincia del Azuay, del cantón Cuenca. De su padre notablemente no se tiene ninguna referencia a lo largo del proceso, su madre es Teresa Lluy quienes viven junto a su hermano Iván Mauricio Lluy, ninguno de los miembros de su familia son personas portadoras de VIH.

En 1998 cuando Talía tenía 3 años de edad, en fecha exacta 20 de junio, sufría de una enfermedad que el médico de la Cruz Roja -que a su vez era médico tratante de la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo- identificado en la sentencia como “PMT”, la diagnosticó como purpura trombocitopénica, la misma que se trata de una enfermedad inmunológica, cuyo nombre científico “es *púrpura trombocitopénica inmunológica*, misma que se caracteriza por la destrucción prematura de plaquetas debido a la unión de un anticuerpos, habitualmente de la clase IGC, a las glucoproteínas plaquetarias y la posterior depuración por el sistema fagocítico mononuclear. También se encuentran involucrados

mecanismos citotóxicos y en algunos casos los anticuerpos antiplaquetarios pueden afectar la producción de plaquetas” (Guía de Práctica Clínica, Diagnóstico y Tratamiento de Púrpura Trombocitopénica Inmunológica, p.8, obtenida de http://www.cenetec.salud.gob.mx/descargas/gpc/CatalogoMaestro/143_GPC_PURPURA_TROMBOCITOP/Imss_ER.pdf). Específicamente en el caso de Talía, ella presentaba un cuadro clínico de hemorragias nasales abundantes, ante lo cual, por recomendación médica se prescribió una transfusión de sangre y de plaquetas.

Con este objetivo su madre Teresa Lluy, acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja de la ciudad de Cuenca indicándole que debía llevar a los donantes, ante esta solicitud la Sra. Lluy buscó a sus conocidos, entre ellos estaba el señor “HSA” quien acudió efectivamente al Banco de Sangre para ser donante. Fue la auxiliar de enfermería de la Institución, la señora “MRR” quien tomó las muestras de sangre y entregó las pintas a la familia de Talía. Las transfusiones se dieron en la clínica Humanitaria ese mismo día -el 22 de junio de 1998- y no terminaron hasta la madrugada del siguiente día.

El 23 de junio de 1998 la bioquímica del Banco de Sangre de la Cruz Roja, realizó los exámenes pertinentes a la muestra de sangre del señor HSA, entre esos exámenes el de VIH. Sin embargo, quince días después de la donación, el señor HSA es llamado por la Cruz Roja para solicitarle que se acerque nuevamente a la Institución con el fin de tomar nuevas muestras, alegando que las extraídas anteriormente se habían perdido y asegurando que todo estaba bien, sin embargo desde esa segunda entrega de muestras de sangre, una semana después el señor HSA es informado mediante una llamada de la Cruz Roja que es víctima del virus del VIH-Sida, a quien además le aseguraron que su sangre nunca fue entregada a la familia de Talía Gonzales.

Talía Gonzales fue dada de alta de su enfermedad el 29 de junio de 1998 sin ser notificada de su contagio, el médico tratante de Talía indico a su madre que debía continuar con el tratamiento durante seis meses más y durante este período realizarse exámenes de sangre acompañados de un control mensual. A los pocos días de haber sido dada de alta, Teresa Lluy acude al consultorio del médico tratante quien con un examen de sangre les asegura que todo está bien.

El 22 de julio de 1998 Talía Gonzales y su madre nuevamente acuden al consultorio del médico tratante, quien indicó que en esta ocasión era preciso realizar como medida de control otro examen de sangre pero incluido el examen de SIDA. Teresa Lluy acude a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo, para realizar los exámenes a su hija pero la envían a los Laboratorios Izquieta Pérez, cuyo personal le informa que Talía se encontraba con el virus del VIH Positivo –SIDA-. Días después se le realizó nuevos exámenes los cuales confirmaron que Talía Gonzales Lluy era una persona portadora del virus. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 75, 76, 77 y declaración brindada por la víctima Talía González ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Con los resultados definitivos y confirmados acudieron nuevamente al consultorio del médico tratante “PMT”, éste les presionó para que no denunciaran el caso, que a su decir se debió a un error humano y en “recompensa” a eso él les prometió que daría las consultas necesarias a Talía. Afirmó además, que en caso de no aceptar su “ayuda”, Talía perdería su apoyo profesional, lo que generaría una expectativa de vida para la niña de máximo dos años. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 84).

A partir de ese momento se iniciaron procedimientos judiciales nacionales en materia penal, civil y constitucional, cuyos puntos relevantes serán analizados en el siguiente apartado de este trabajo, todos siempre enfocados a un mismo objetivo, la obtención de justicia y la reparación de los derechos fundamentales vulnerados a Talía desde sus tres años.

Cabe recalcar que durante todo este tiempo de lucha por la justicia, la familia de Talía integrada por su madre Teresa Lluy y su hermano Iván Lluy, sufrieron un sin número de vulneraciones a sus derechos, quizá uno de los más importantes es cuando Ella apenas tenía cinco años de edad y su madre la inscribió en una escuela pública para cursar el primer año de básica, durante el mes de septiembre, octubre y principios del mes de noviembre Talía asistió a su escuela con normalidad, pero cuando la profesora supo que era una persona con VIH le informó al Director de esta institución de educación, el mismo que recomendó a su madre que no llevara más a Talía a la escuela hasta que las autoridades encuentren una solución, se dictaron charlas en la escuela sobre el VIH y las posibles situaciones de contagio –que a decir de los expertos eran de posibilidades mínimas-, pero aun así cuatro meses después el Director decide anular la matrícula de Talía sin razón alguna pidiendo a la representante que cancelara los valores pendientes.

Ante esta inminente trasgresión al derecho a la educación de su hija Teresa Lluy presentó una acción de amparo constitucional en contra del Ministerio de Educación, el Director de la institución educativa y la profesora –acción a la que se hace referencia en este apartado por la trascendencia en relación a los hechos del presente caso-. En la audiencia los representantes del Ministerio de Educación y Cultura aseguraron nunca haber dispuesto el retiro definitivo de la niña, y también señalaron que existen leyes educativas que permitían

a los directivos de cada una de la institución de la red pública, tomar las medidas necesarias en caso de existir un riesgo grande para los estudiantes. Fueron además insistentes en recalcar que si bien existen garantías constitucionales que respaldan a los intereses de Talía, estas mismas garantías respaldan a los demás estudiantes compañeros de la niña. El Director de la escuela señaló, que existía un riesgo grande de contagio para los demás estudiantes, ya que Talía muchas veces sufrió de hemorragias nasales en la institución y que eso significaba un contacto directo con la sangre tanto para sus compañeros como para su profesora; además el riesgo aumentaba ya que las herramientas de trabajo para niños de esa edad son objetos corto punzantes con los cuales se puede sufrir cualquier tipo de corte, lo que significa un peligro de contagio para todas las personas que le rodeaban en el aula (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 138)

La acción de amparo constitucional no fue admitida por el órgano jurisdiccional competente ya que existía un conflicto de intereses, entre el interés individual (Talía Gonzales) y el interés colectivo (31 estudiantes compañeros de aula de Talía) predominando el interés general, a criterio de este órgano judicial se decidió ponderar el derecho a la vida de los demás estudiantes frente al derecho de la educación; se consideró de una manera bastante llamativa que Talía podía ejercer su derecho mediante programas de educación a distancia, sin la necesidad de tener clases presenciales con el resto de personas de su edad.

Para llegar a la conclusión descrita en el apartado anterior el Tribunal Tercero de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, fundamentó su decisión conforme a los siguientes aspectos:

“...se declaró inadmisibile el recurso de amparo constitucional, al considerar que existía un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de Talía frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hacía que predominaran los derechos sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho a la educación...Si las autoridades de educación y del establecimiento no hubieren procedido a actuar en la forma que lo hicieron, corrían el riesgo de quebrantar preceptos constitucionales del resto del personal del plantel por no precaver la salud amenazada por el real o supuesto contagio...las autoridades educativas procedieron con apego a la ley, tomando en consideración que la enfermedad de Talía Lluy González implicaba un posible riesgo de contaminación al resto de estudiantes del plantel, ante lo cual frente a ese conflicto era obvio señalar que prevalece el derecho de la mayoría con respecto a un caso particular... finalmente Talía podría ejercer su derecho a la educación mediante una educación particularizada y a la distancia” (Sentencia del 11 de Febrero del 2000 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 citado por la Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembres del 2015.; párr. 141-144; 331-333)

Este dictamen del Tribunal trajo consigo muchos problemas para el núcleo familiar de la víctima, ya que para que Talía continúe con su educación fue necesario buscar escuelas lejanas, pero ya se había corrido el comentario de su condición de salud y en todas las escuelas a las que iban, sin razón alguna o con bastante coincidencia “se había acabado los cupos”, sin saber qué hacer para que su hija pudiera estudiar. Ante esta situación Teresa Lluy acude a un programa de radio para contar su situación, en el cual la directora de una

escuela (la señora Clara Vinueza) se pone en contacto con la madre y asegura que ella puede recibir a Talía en su establecimiento, durante el año lectivo que cursó en ese centro educativo, Talía no tuvo ningún problema de salud, sin embargo varias veces, autoridades del Ministerio de Salud visitaron la institución educativa y amenazaron a la señora Vinueza con el cierre del establecimiento en el caso de constatar que la niña Talía Gonzales se encontraba estudiando ahí.

Dos años después de haber cursado la educación básica en la institución “el Cebollar” de la señora Clara Vinueza, al ser solo un jardín de infantes, Talía tuvo que cambiar de escuela, en este caso a una institución pública a la cual tenía que trasladarse en bus alrededor de una hora, siendo este un viaje muy incómodo ya que se trataba de una institución a la cual también debía asistir de forma “secreta”.

A más de este claro ejemplo, de cómo la vida de Talía se vio perjudicada por su condición, lamentablemente no fue el único, Teresa Lluy fue despedida de su trabajo en el cual había laborado por diez años ya que daba “mala imagen” a la empresa el hecho de tener una hija con VIH, y así le resultaba muy difícil conseguir un trabajo ya que cuando le reconocían o conocían de la situación de salud de su hija simplemente sus empleadores prescindían de sus servicios; esto generó que la vida de Iván Lluy también dé un giro radical, debido a que tuvo que retirarse de sus estudios, siendo él el que debía trabajar y mantener a su hermana y su madre, al ser insuficiente esta ayuda económica, Teresa Lluy tuvo que vender sus pertenencias para poder pagar deudas, terminando prácticamente en la calle.

La familia entera fue víctima de la enfermedad y situación de Talía, así Iván Mauricio Lluy fue diagnosticado con depresión, él fue discriminado y aislado socialmente, sufría de ansiedad y sentimientos de culpa; incluso hubo un tiempo en él se vio obligado vivir en la calle ya que su madre y hermana se encontraban en Quito por la condición de salud de su hermana, razón por la cual no tenían como pagar el arriendo en Cuenca.

Teresa Lluy, madre de Talía de igual manera fue diagnosticada con diabetes emotiva, ella declaró que el sufrimiento que sentía por sus hijos le causaba nervios y conflictos emocionales que derivaron en esta enfermedad. Padecía de igual manera de herpes zoster por el estrés que sentía de llevar una vida precaria y sin oportunidades de salir adelante. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 218; 220; 414)

No solo en este aspecto la vida de la familia fue afectada, cuando el arrendatario de la vivienda en la que vivían se enteró de la condición de Talía, les pidió desalojar la habitación y así cuando buscaban un lugar para arrendar las personas les negaban alojamiento; con el pasar del tiempo, la familia consiguió un lugar en donde podían habitar, este lugar se encontraba a una distancia significativa de un centro de salud o del trabajo de Iván Lluy y vivían en condiciones precarias, deplorables pero es lo que aceptaban para poder llevar una vida en familia a pesar de su lamentable situación. El entorno en el cual Teresa estaba criando a sus hijos, era un entorno de temor e inestabilidad y dentro de una posición de vulnerabilidad para la cual no se encontraba una solución, sino se iba agravando con el tiempo. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 155; declaración brindada por la víctima Talía González y

alegatos presentados por el Dr. Ramiro Ávila Santamaría en la audiencia llevada a cabo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En lo referente al estado de salud físico de la víctima, podemos indicar que durante mucho tiempo Talía permaneció asintomática y en el año 2005 empieza un tratamiento con antirretrovirales ya que padecía de prurigo¹ dejando así secuelas en la piel, producto del VIH.

Relacionado a lo descrito en el párrafo anterior, es importante aclarar que conforme a la información obtenida de la Sentencia analizada, se desprende que Talía González en cuanto a las secuelas físicas por su contagio con VIH, únicamente presenta la enfermedad dermatológica citada en líneas anteriores, esta afirmación la podemos realizar debido a la declaración rendida en la audiencia pública por la víctima, específicamente en relación a la pregunta realizada por el Juez Eduardo Vio Grossi –de la CIDH-, quien le consultó sobre su estado físico de salud (minuto 43:20 aproximadamente información obtenida de <https://vimeo.com/125630336>) ante lo cual Ella responde que “debido a los medicamentos ha presentado mareos, dolores de cabeza y Gastritis”, a esto además se suma el informe presentado dentro del proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la perito Carmen del Rocío Carrasco quien informa lo siguiente:

“La paciente Talía acudió por primera vez al HG1 (Hospital Militar) en el mes de marzo del 2004, había sido diagnosticada de VIH a los 3 años de edad, su

¹ Según el autor Mario Magaña García, *Guía de Dermatología Pediátrica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, página 63; la definición del síndrome prurigo es la asociación de pápulas y prurito. Enfermedades que pueden ser identificadas por la presencia de pápulas, usualmente en diferentes estados de evolución: pápulas recientes, otras con huellas de rascado como las costras hemáticas, otras ya de un tanto de menor tamaño, o bien solo la mancha hiperpigmentada poslesional. Al respecto, existen diferentes clases en los que puede presentarse esta enfermedad como: Prurigo por insectos o agudo; Prurigo solar o actínico, Prurigo escábico, escabiasis o sarna, Prurigo linfadenico, Prurigo del embarazo, Prurigo nodular o de Hyde y Pediculosis.

seguimiento, por referencia de la madre y de acuerdo a la nota adjunta lo había realizado hasta ese momento el Dr. JO en la Ciudad de Cuenca y la paciente había permanecido asintomática. En su primera consulta la paciente se encontraba asintomática, se le realizaron todos los exámenes de consulta de VIH de primera vez que incluyen Rx de Tórax, PPD, IGG e IGM para toxoplasmosis, Biometría Hemática, Química Sanguínea y Carga Viral y CD4². (

En su cita con resultados el 23-09-2004, los CD4 en 463, CD8 en 926, la paciente seguía asintomática. De acuerdo a la normativa vigente no requería iniciar tratamiento antirretroviral. A su cita siguiente en el mes de febrero del 2005 la paciente no acudió, su madre retiró los pedidos de exámenes y se realizó Carga Viral y CD4.

² Por la importancia de esta información, es pertinente indicar que de acuerdo a la ONUSIDA, el VIH es un retrovirus que infecta las células del sistema inmunitario (principalmente las células T CD4 positivas y los macrófagos, componente clave del sistema inmunitario celular) y destruye o daña su funcionamiento. La infección por este virus provoca un deterioro progresivo del sistema inmunológico, lo que deriva en “inmunodeficiencia”. Se considera que el sistema inmunitario es deficiente cuando no puede cumplir su función de combatir las infecciones y enfermedades. Las personas inmunodeficientes son más vulnerables a diversas infecciones, la mayoría de las cuales son poco comunes entre las personas sin inmunodeficiencia. (información obtenida de http://data.unaids.org/pub/factsheet/2008/20080519_fastfacts_hiv_es.pdf).

En este sentido, en la sentencia conforme a los hechos narrados siempre se hará referencia al llamado conteo de CD4, –como un mecanismo para valorar el avance de la enfermedad en Talía- ante lo cual se debe informar que una vez que se produce la infección por el virus VIH, invade los leucocitos por lo que es necesario el recuento de células CD4, con lo cual se obtiene la medición de su número en la sangre, siendo un indicador del progreso de la enfermedad, así mientras menor sea el nivel de los CD4, mayor será el riesgo de infección para la persona contagiada. De tal forma que el recuento de las células CD4 también indica la forma en que el paciente responde al tratamiento de medicamentos antirretrovirales. A manera de ejemplo los adultos sanos tienen un recuento de células CD4 que oscila entre 500 y 1450 células/mm³; un recuento inferior a 500 significa que el sistema inmunitario está dañado y si dicho recuento es inferior a 200, significa que el VIH ha progresado a SIDA (información obtenida de <http://www.infosida.es/las-pruebas-del-vih/pruebas-de-seguimiento-vih>).

Conforme al informe pericial presentado y transcrito por la perito Courtis, refleja que Talía ha ido presentando progresivamente una disminución en el conteo CD4, estabilizándose en 236, consecuentemente su sistema inmunológico está dañado, por lo que es evidentemente necesario el tratamiento con antirretrovirales, con el peligro que de no ser suministrados la enfermedad progresaría a SIDA, la misma que tiene consecuencias mortales.

Acudió en el mes de junio de 2005 a consulta con un cuadro de lesiones maculares y costrosas generalizadas y diarrea, con ocasional dolor abdominal, se decidió su ingreso, para iniciar tratamiento antirretroviral en vista de que en su último resultado ya había CD4 en 236 y carga viral en 38946. Durante su ingreso el Diagnóstico dermatológico fue de un prurigo simple por VIH...

En el año 2007 se cambió la terapia antiretroviral con AZT, 3TC y Efavirenz, por suspenderse la distribución mundial de Nefinavir. **Desde entonces la paciente no ha requerido cambio de terapia antirretroviral. No ha presentado infecciones oportunistas por lo que no ha requerido ninguna otra hospitalización, ha permanecido en la mayoría de controles asintomática su problema constante ha sido dermatológico por prurigo simple que se describe en la literatura siempre como de difícil control.** El mismo se ha manejado con pentoxifilina y corticoides tópicos. Su última atención de acuerdo al sistema fue en el año 2013, en que se valoró y solicitó exámenes.

La condición de la paciente durante estos años ha sido la de una portadora del virus del VIH, con carga viral indetectable, **como complicación ha presentado prurigo simple que deja secuelas en la piel**” (lo resaltado se encuentra fuera de texto original) (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembres del 2015.; párr. 44-48; y Audiencia Pública llevada a cabo en el presente caso información obtenida de <https://vimeo.com/channels/909219/125630336>).

Por otro lado, en lo referente al derecho a la Salud de Talía, el acceso a los medicamentos era bastante limitado ya que no eran entregados a tiempo o no se los

entregaba en las cantidades necesaria para su tratamiento; Ella en su declaración ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó haberse sentido aislada y marginada muchas veces por doctores del hospital Vicente Corral Moscoso que cuando sabían de su condición le atendían rápidamente queriendo evadir la consulta y, sintió que nadie le ayudo en el aspecto psicológico ya que sufría de problemas de autoestima y cuestionamientos sobre su identidad. Ningún miembro de la familia recibió ayuda o información por parte del Estado para comprender el problema por el que estaban atravesando. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembres del 2015.; párr. 204 y 380; declaración brindado por la víctima Talía González en la audiencia llevada a cabo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Al mencionar los problemas que la víctima tuvo para acceder a la salud, debemos hacer referencia a la falta de medicamentos alegados por Talía y su madre, cuyos representantes supieron indicar que si bien el Estado les ofrecía medicina esta en ciertas ocasiones no fue entregada, así como problemas relacionados a la realización de diagnósticos y exámenes de sangre, lo que generó que la familia Lluy a pesar de sus escasos recursos tenga que desplazarse fuera de la ciudad de Cuenca. En relación, a estos hechos la CIDH, valoró la carta enviada por Teresa Lluy al Ministerio de Salud Pública, específicamente a la Directora del Programa Nacional de SIDA en la cual manifestaba e informaba:

“...que estuve presente en las fechas señaladas ... para que se entregaran las medicinas que son fundamentales para la vida de mi hija, pero ahí en Cuenca los antirretrovirales no habían llegado y no se me pudieron entregar, la vida de mi familia y de mi hija corre peligro y responsabilizo al Estado Ecuatoriano de cualquier desgracia” (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador.

Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 201 y 203, declaración brindada por la víctima Talía González en la audiencia llevada a cabo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y alegatos finales presentados por el Dr. Ramiro Ávila Santamaría).

En base a la declaración de Talía en la Audiencia llevada a cabo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede manifestar que los años han pasado y la víctima tiene grandes cuestionamientos de lo que va a suceder con su futuro, declara que no sabe cómo afrontar su situación cuando quiera ser madre o cuando quiera tener una relación de pareja, temas que han derivado en una profunda depresión y en una discriminación tan marcada durante todo su desarrollo como mujer y como persona. (Corte IDH. Caso González Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015; párr. 155; declaración brindada por la víctima Talía González Lluy).

Hoy en día Talía vive con una expectativa de vida incierta, medicada, sufriendo las secuelas que han dejado la negligencia por parte de Estado en cuanto a su atención sanitaria. Es estudiante de psicología social en la Universidad de Cuenca, carrera a la que optó a pesar de que el diseño era su pasión, sino debido a su enfermedad y a la manipulación de los objetos que debía utilizar, terminó por abandonar esta carrera, ahora – incluso por una breve entrevista que se logró conseguir con Talía vía red social de Facebook- se ha ratificado que está centrada en sus estudios, intentando olvidar lo que ha pasado y deseando llevar una vida calmada, en lo que cabe con algo de normalidad.

2.1.1.2. Alegaciones de los hechos por parte del Estado Ecuatoriano

En relación a las alegaciones del Estado ecuatoriano, durante el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se debe indicar que conforme consta de la sentencia analizada jamás se niega por esa parte procesal los hechos denunciados por la víctima o sus representantes, es decir no existen argumentos que contrarresten los hechos relacionados al estado de salud de Talía, a su contagio a partir de los tres años, los argumentos que en su momento presentaron los representantes del Ministerio de Educación –específicamente en la acción de Amparo Constitucional- para impedir que estudiará en un establecimiento público con otros niños de su edad.

Es así que los representantes del Estado dentro de la Audiencia Pública llevada a cabo en el presente caso, alegaron el reconocimiento expreso de un hecho específico³, en el cual asumieron la responsabilidad al haber delegado de forma incorrecta a un ente privado -Cruz Roja- las funciones rectoras en el sistema nacional de sangre, solicitando a la Corte que dicho reconocimiento sea interpretado bajo el aprecio de la voluntad y compromiso del Estado con la justicia de derechos humanos, en este contexto indicaron que el Ecuador ofrecía a la presunta víctima, independientemente del resultado procesal del caso en cuestión una vida digna, un ejercicio idóneo del derecho a la salud, educación, inclusive disculpas públicas por esta incorrecta delegación. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 44-48; y Audiencia Pública llevada

³ Esta posibilidad, se encuentra debidamente regulada en el Reglamento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en su artículo 62 que determina: Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos.

a cabo en el presente caso información obtenida de

<https://vimeo.com/channels/909219/125630336>).

Así, los abogados del Estado ecuatoriano, manifestaron de forma expresa que independientemente de la decisión que adoptara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era pertinente poner a su consideración una propuesta de reparación de manera formal, la misma que consistía en lo siguiente:

“...formalizará la entrega de una vivienda digna en la provincia del Azuay para garantizar el derecho a la vida de Talía González, que en caso de que la Corte declarase la responsabilidad del Estado, el Ministerio de Salud Pública continuará con el protocolo Integral de Salud e implementará el manejo ambulatorio del mismo, con acceso al tratamiento antirretroviral necesario y otorgamiento de apoyo psicológico y asistencia social a favor de Talía y a su madre en las instituciones de la red pública de salud. Así mismo, en el supuesto en que la Corte declarase la responsabilidad del Estado, la Ministra de Salud en su calidad de máxima autoridad de salud pública en el Ecuador realizaría una disculpa pública a Talía y a su madre en relación al hecho específico reconocido por el Estado; e indicó que en base a su desempeño académico Talía podría ser candidata a una beca de excelencia que en el caso ecuatoriano implica la posibilidad de realizar estudios de postgrado en cualquier Universidad del mundo en la que sea aceptada y cuyos gastos correrían por cuenta del Estado ecuatoriano...” (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Audiencia Pública minuto 01h53:31 información obtenida de <https://vimeo.com/channels/909219/125630336>).

A pesar del reconocimiento del hecho específico indicado en líneas anteriores, el Estado ecuatoriano dentro del presente proceso para desvirtuar la responsabilidad en relación a la vulneración a la integridad personal y al derecho a la Salud de la víctima Talía González Lluy, argumentó que cumplió con su obligación de vigilar y fiscalizar a las diferentes entidades que prestaban servicios de salud, esto debido a que la autoridad sanitaria a nivel nacional –Ministerio de Salud- tenía la normativa necesaria para realizar dicha gestión, argumentando además que estuvieron disponibles los servicios de salud del sector público para la atención médica y psicológica tanto de Talía como de su madre, pues siempre estuvo garantizado su derecho de forma gratuita, inmediata y permanente, resaltando que la víctima fue y ha sido atendida en todo momento, conforme a su voluntad. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia párrafos 163-166)

Estas alegaciones estuvieron soportadas en la prueba conocida y posteriormente valorada por la Corte que hacía referencia a las declaraciones rendidas dentro del proceso por los familiares de Talía (es decir Teresa su madre e Iván su hermano), certificaciones, documentación relacionada a su historia clínica y dictámenes periciales presentados. De lo indicado de forma cronológica se desprende que los primeros exámenes hematológicos realizados a Talía, fueron hechos en el Laboratorio de Cuenca del Instituto de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez, el 27 de Julio de 1998, cuando se diagnóstica la infección de VIH a Talía, a esto se sumaron otros exámenes para confirmar el lamentable resultado; a partir del año 1999 recibió atención completa en el hospital Vicente Corral Moscoso hasta el año 2003; posterior a ello a partir del año 2004 fue atendida en el hospital General de las Fuerzas Armadas No.1 de la ciudad de Quito, atención que la brindaron médicos internistas, alergólogos e infectólogos, siendo incluso internada el 20 de Junio del

2005, producto de lo cual inicia su tratamiento con antirretrovirales; finalmente es el 15 de mayo del 2014, cuando Talía regresa a ser atendida en el Hospital Vicente Corral Moscoso de la ciudad de Cuenca. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador; Prueba ELISA de Talía Gonzales Lluy de 27 de julio de 1998; Prueba Western Blot de Talía Gonzales Lluy; Peritaje de Carmen Carrasco de 13 de febrero de 2015; Historia Clínica de Talía Gonzales Lluy de 20 de junio de 2005; Oficio de Talía Gonzales Lluy a las Autoridades del Ministerio de Salud Pública del Ecuador de 26 de mayo de 2014 que fueron valorados en Sentencia párrafo 148).

Conforme lo indicado para consolidar estas argumentaciones, el Estado fundamentó sus alegaciones en los informes periciales de Diana Molina y Carmen del Rocío Carrasco, siendo quizá relevante citar ciertos puntos importantes de lo indicado por las profesionales, en los siguientes aspectos:

Diana Molina, señaló que Talía fue atendida en el Hospital Militar de la ciudad de Quito por ser hija de un afiliado al Instituto Ecuatoriano de las Fuerzas Armadas (ISSFA) (información que además es ratificada por la propia víctima en su declaración en la Audiencia Pública llevada a cabo en el presente caso), recibió atención en esta institución de salud pública durante más de 10 años, lo que incluye la aplicación de tratamientos de antirretrovirales de forma gratuita, aclarando que Talía fue asintomática entre los años 1998 al 2004, por lo que esta clase de tratamientos recién comenzaron a darse desde el año 2005, aclaró además que las medicinas antirretrovirales no dejaron de ser provistas por los subsistemas que conforman la Red Pública y Complementaria de Salud, a manera de referencia cito partes relevantes de su informe, los mismos que fueron considerados por la Corte en su sentencia:

“...El acceso a la medicación antirretroviral gratuita y continúa, a pesar que no era una política pública explícita durante esa década, sin embargo, se puede decir, que el Ministerio de Salud Pública si destinaba presupuesto para la atención especializada y compra de antirretrovirales desde 1990. Además, dentro de los sistemas públicos de aseguramiento, las personas con afiliación a la Seguridad Social, como el IESS, ISSFA si tenían esas prestaciones. En el hospital Militar de la ciudad de Quito, se inició la atención a pacientes VIH+, incluyendo medicación antirretroviral en 1996, y se creó la “Clínica de VIH/SIDA” en el hospital en octubre de 1998, y es así que se puede encontrar que la niña Talía por ser hija de un afiliado al ISSFA, recibió durante 10 años (2004-2013) la atención médica especializada, incluyendo la medicación antirretroviral sin tener que realizar ningún pago al hospital...” (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Informe de la Perito Diana Molina del 26 de Febrero del 2015).

...Según los reportes de valores pagados por el ISSFA se puede demostrar que desde el año 2004, hasta el 10 de enero de 2013, la niña Talía fue beneficiaria de la seguridad pública, y por lo tanto, estuvo cubierta por el Estado. El monto cancelado por salud de la paciente Talía asciende a \$ 19.435,60 dólares, de los cuales por exámenes de laboratorio especializados asciende a \$ 3.646,78 dólares, en medicinas asciende a 15.788,91 dólares el Estado Ecuatoriano, a través del ISSFA cubrió los costos de atención médica con un equipo especializado, exámenes de laboratorio especializados y tratamiento antiretroviral, a la niña Talía... y que ascendió a un valor de 19, 435,69 dólares. Y en el período 1999-2003, y desde el 2014, el Estado Ecuatoriano ha cubierto también las atenciones solicitadas por Talía, por medio del hospital Público Vicente Corral Moscoso,

perteneciente al Ministerio de Salud Pública...” (Corte IDH. Caso González Lluy y otros vs Ecuador. Informe de la Perito Diana Molina del 26 de Febrero del 2015).

De su parte, la perito Carmen del Rocío Carrasco se centró en informar sobre la existencia de la prestación de tratamientos antirretrovirales en instituciones de salud públicas a personas infectadas con el VIH en etapas avanzadas, supo indicar que el Ministerio de Salud Pública lo realiza a partir del año 2004, aclarando que las instituciones adscritas a las Fuerzas Armadas, Policía y al IEES otorgaban una atención integral a los pacientes infectados, en su informe supo indicar:

“... La paciente Talía desde 1999 recibió atención integral por parte del hospital Vicente Corral Moscoso... En el año 2003 al indicarle que debía iniciar tratamiento antirretroviral la madre comunicó que había decidido llevársela a la niña para tratamiento en el hospital Militar de la ciudad de Quito. Luego regresa por segunda ocasión y es readmitida para continuación de su tratamiento el 6 de marzo del año 2009, no trae ninguna documentación de tratamientos previos, se le solicitó a la familia obtener la documentación para enlace del tratamiento, lo cual nunca se cumplió y nuevamente la paciente abandonó sin ninguna notificación el Hospital Vicente Corral Moscoso. Es importante anotar que la paciente nunca acudía a las citas programadas con puntualidad para ser atendida cuando se le asignaba, a cargo de la mama demostró falencias en los niveles de responsabilidad de cumplimiento de los trámites tales como: no respetaba el turno ni fecha asignada, porque quería ser atendida inmediatamente de su llegada por varias ocasiones. La madre de Talía trató mal al personal del equipo de salud, en

diferentes ocasiones por lo que ya no regresó, se supo que la paciente se encontraba recibiendo atención en el hospital Militar de la ciudad de Quito y nuevamente ABANDONÓ el hospital el 6 de mayo del 2009. En el año 2014 regresó nuevamente acompañada de miembros de los Derechos Humanos...
...La mamá de la paciente la Sra. Teresa Lluy formó parte del primer grupo de auto ayuda para PVVS, del Hospital Vicente Corral Moscoso cuya primera reunión se realizó en el Colegio Médico del Azuay en el año 2002, solicitando la Sra. ser coordinadora de dicho grupo, que se constituyó con 5 pacientes y luego fue incrementando el número de pacientes, este grupo se discontinúa por varios motivos” (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Informe de la Perito Carmen Carrasco del 13 de Febrero del 2015).

La Pertinencia de citar estos dos informes se generan debido a que los mismos contribuyen a la argumentación lógica y fáctica de la defensa alegada por el Estado ecuatoriano, en el sentido de que las mismas apuntan por un lado al reconocimiento del accionar negligente aceptado por parte del Ecuador en cuanto a la regulación de los controles de los Bancos de Sangre a nivel nacional, pero por otro lado –el estado ecuatoriano- desconoce cualquier tipo de vulneración a los derechos de Talía relacionados con la inadecuada prestación de servicios de salud –principalmente los de la red pública-, circunstancias que de hecho son valoradas por la Corte al momento de emitir su resolución y a lo que haré referencia en el capítulo tercero.

2.2.- Antecedentes procedimentales

2.2.1.- Reclamación Judicial Interna

2.2.1.1 LA ACCIÓN PENAL.

El 29 de septiembre de 1998 Teresa Lluy con el fin de determinar a los responsables del contagio de su hija mediante una transfusión de sangre, presenta una denuncia penal en el Juzgado Cuarto de lo Penal del Azuay, aproximadamente un mes después de la presentación de dicha denuncia, se da lugar al proceso, empiezan las investigaciones necesarias mediante la recepción de testimonios y reconocimiento del lugar en donde ocurrieron los hechos. (Denuncia presentada por la Señora Teresa Lluy ante el Juez de lo Penal en fecha 29 de Septiembre de 1998, Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador, párr. 86 y siguientes).

Dentro de la presente acción penal se tomaron algunas declaraciones, tendientes a demostrar la realidad de los hechos denunciados en el caso analizado:

El 19 de octubre de 1998 declara el médico de la Cruz Roja “PMT” ante el Investigador de la Policía Nacional y posterior a ello el 30 de noviembre de 1998 nuevamente se ratifica en su declaración ante el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay, profesional que diagnosticó a Talía con purpura trombocitopénica y ordenó la transfusión de dos pintas de sangre y plaquetas, manifestando la causa para ordenar lo indicado de la siguiente forma:

“... presentaba un cuadro clínico caracterizado de hemorragias en diferentes sitios, tanto nasal como de piel y mucosas, al momento del examen como consecuencias de ello, presentaba una palidez extrema... con sus signos vitales al punto del colapso... el estado general de la niña, estaba sumamente comprometido y estuvo a

punto de fallecer” (Declaraciones dentro de la Acción Penal conocida por el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay y consideradas por la CIDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia párrafo 88).

Ese mismo día, es decir el 19 de Octubre del 1998 declara la bioquímica de la Cruz Roja “EOQ” quien realizó las pruebas de VIH a la sangre del donante “HSA”, dentro del proceso se habría informado que los exámenes realizados como urgencias, fueron hechos luego de las 18:00 –del día 23 de junio de 1998 fecha de contagio a la víctima con VIH-, la mismas que debía ser realizadas por el personal de turno y comprobadas al día siguiente. (Información que consta dentro de la Acción Penal conocida por el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay y consideradas por la CIDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia párrafo 88).

Al día siguiente declara el señor “HSA” sobre todo lo que sucedió el día de la donación y de la forma en la que fue comunicado de su enfermedad. Aseguro no saber que su sangre fue entregada a la familia de Talía, al menos esa no había sido la información que recibió de los representantes de la Cruz Roja del Azuay cuando le informaron sobre su enfermedad.

Aproximadamente un mes después, el 15 de noviembre de 1998, acude a rendir su declaración, la madre de la víctima Teresa Lluy, quien contó todo lo sucedido los días anteriores a la transfusión hasta el momento en el que se enteró que su hija tenía SIDA, quien supo manifestar lo siguiente:

“... los primeros días de Agosto, el Dr.... de la Clínica Humanitaria le dijo que fuera al Instituto Izquierda Pérez para que hablara con el Dr. V..., quien me preguntó si habían ido a los Estados Unidos los padres de la niña o los donantes,

indicándole que la sangre de la niña estaba fea y que regresara cuando se tuvieran los resultados, que habían mandado a Guayaquil. Que luego fue donde el Dr. PMT y ante sus preguntas... le contestó: ‘hágase a la idea de que la niña tiene SIDA por la transfusión de sangre, aclarando que nunca sale en los primeros días, sino en meses’... Que retornó donde el Dr. PMT y en la Cruz Roja este profesional viendo el examen dijo que sí estaba contagiada. Que posteriormente se enteró que HSA había tenido SIDA, por lo que regresó donde el Dr. PMT para preguntarle cuando se enteraron de esto y el doctor dijo que él personalmente le había hecho el examen al día siguiente que donó, o sea el 23 de junio y allí supo que el señor estaba con el SIDA. Que unos días después regresó por cuanto el Dr. PMT se había ofrecido seguirle atendiendo a la niña y le confesó que lo que ha pasado fue un error humano, fue sin querer, y que le iba a seguir atendiendo, dándole vacunas y los chequeos respectivos”. (Declaraciones rendidas por el profesional PMT dentro de la Acción Penal conocida por el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay y consideradas por la CIDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia párrafo 90).

En diciembre del mismo año se da la declaración de “MRR”, auxiliar de enfermería del Banco de Sangre de la Cruz Roja, siendo la persona que tomo las muestras de sangre del donante y entrego a la familia de la víctima.

Teresa Lluy presenta al Juzgado Cuarto, dentro de la etapa de investigación muestras de sangre suyas, de su padre y de su hermano Iván para descartar el contagio de la enfermedad por parte de familiares, así como también adjuntó un examen ginecológico de su hija el mismo que contenía información sobre el estado en el que se encontraban sus genitales y la

apreciación de la membrana himeneal, esto para descartar el contagio mediante transmisión sexual.

Siete meses después, en el mes de julio de 1999 se designaron dos peritos, los que tenían un plazo de diez días para presentar su informe; y en agosto del mismo año se presentó lo solicitado por el Juzgado, en su contenido se indicó la necesidad de realizar una prueba con el fin de:

“comparar el genotipo viral y análisis secuencial de nucleótidos en los siguientes términos: desde el punto de vista científico, la prueba podría ayudar a establecer o eliminar la posibilidad que la transfusión sanguínea sea causa de la presencia del anticuerpo del VIH en la niña (Talía), la identificación y comparación del genotipo viral y análisis secuencial de nucleótidos del VIH por técnicas de hibridación, en la sangre del señor HSA y la niña.” (Peritaje de los doctores JPR y NVI, 1999, citado en la sentencia caso TGGL vs Ecuador p. 28).

Esta técnica sofisticada solicitada por los doctores no estaba implementada en el país, pero de ser necesario podían enviarse las muestras sanguíneas a un laboratorio molecular en Alemania.

El 8 de septiembre de 1999 el Juez Cuarto de lo Penal declara concluido el sumario por falta de pruebas y siete días después Teresa Lluy solicita al juez la reapertura del mismo, indicando la falta de pruebas fundamentales como era el examen que se debía mandar al extranjero. Un mes después se da paso a la reapertura del sumario pero los peritos designados nuevamente se pronuncian ante el Juez alegando que las pruebas que tenían

hasta ese momento no permitían determinar de manera inequívoca la causa verdadera del contagio.

En esa misma etapa del sumario el 22 de diciembre de 1999, la madre de Talía presenta una acusación particular en contra del médico tratante, la bioquímica responsable del análisis de sangre del donante y la enfermera que tomo las muestras pero no se da paso a esta petición ya que el Juez aclara que la reapertura del sumario se dio para el análisis de pruebas que faltaban y que esta petición incluso era presentada inoportunamente.

Por segunda vez, el 22 de marzo del 2000 el Juez Cuarto declara concluido el sumario y casi dos meses después Teresa Lluy solicita nuevamente la reapertura del mismo dando finalmente como resultado que se enviaran las pruebas de sangre de Talía, su donante y dos personas voluntarias con VIH Positivo al hospital de la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica para que se realizara la prueba especializada.

El 31 de agosto del mismo, por tercera vez se declara cerrado el sumario ya que para ese momento no se había realizado la prueba especializada que habían sugerido los peritos; así que, la fiscalía emitió un dictamen en el cual se reconocía la infracción, la negligencia a las normas obligatorias, pero al no haberse determinado persona alguna, era imposible formular una acusación.

El 8 de enero del 2001 fue realizado el informe en un hospital extranjero en base a las muestras enviadas. Eran cuatro muestras de sangre, entre las cuales estaban las muestras sanguíneas de Talía, de su donante HSA, y las otras 2 muestras pertenecían a dos voluntarios VIH positivos, el mismo que dio como último veredicto que las muestras de

Talía y HSA (donante) eran idénticas mientras que las otras muestras eran genéticamente diferentes.

Se designaron peritos para la traducción del respectivo informe el 19 de febrero del 2001, del cual se concluyó que el virus solo pudo haber sido contagiado a la niña mediante dos opciones: transmisión sexual, que era medicamente una lógica improbable –conforme el examen ginecológico presentado en el proceso-, o mediante una transfusión de productos sanguíneos, siendo evidente la última opción la correcta.

El 26 de marzo del 2001 el Juez Cuarto cierra por cuarta vez el sumario – representando esta una decisión arbitraria de la mencionada autoridad jurisdiccional, pues dicha orden se daba a pesar de la falta de evacuación de una prueba fundamental para encontrar la verdad de los hechos- sin embargo quince días después a petición del Fiscal se reapertura el mismo, después de dos meses la señora Lluy presenta nuevamente acusación particular en contra de la enfermera, el médico, la bioquímica y en este caso agrega al Presidente del Comité Provincial del Azuay de la Cruz Roja.

En Agosto del 2001 el Fiscal Distrital del Azuay solicita el expediente para estudiarlo y solo unos días después emite el Dictamen Fiscal en el cual se analizó sigilosamente todas las pruebas presentadas, pruebas periciales, documentales, testimoniales y planteó acusación en contra de MRR que es la persona que tomo las muestras y entregó a la familia como autora del delito “propagación de enfermedad contagiosa” y de la misma manera, en contra del médico tratante y la bioquímica encargada por ser encubridores del delito; mientras que al Presidente del Comité de la Cruz Roja se lo absolvió de responsabilidad ya que no se encontraron datos del procesado relacionado con la participación criminal.

El artículo 436 del entonces vigente Código Penal, establecía lo siguiente:

“Los médicos, boticarios, o cualquier persona que, por falta de precaución o de cuidado, recetaren, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán reprimidos con prisión de seis meses a un año; si hubieren causado enfermedad que parezca o fuere incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido la muerte, la prisión será de tres a cinco años.” (Código Penal, Suplemento del Registro Oficial 641-S, 15-II-2012 vigente hasta el 9 de Agosto del 2014)

En las conclusiones del Fiscal, se señaló lo siguiente:

“Que de modo inconcuso está comprobado el contagio de la menor Talía, con la sangre del donante HSA a raíz de la entrega de dicha sangre, admitida por la acusada MRR. Que el donante HSA, al realizar la donación ignoraba tener el virus de VIH...

La Auxiliar de Enfermería, del Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, la encausada MRR, en su única versión procesal admitió su autoría en la entrega de sangre y el plasma el día 22 de junio del 1998. Sin embargo miente cuando señaló que realizó las pruebas serológicas. La rea, por descuido, negligencia, imprudencia e inobservancia de rutina elemental del Laboratorio, omitió las pruebas sobre el VIH antes de entregar la sangre y el plasma proveniente de un donante infectado de VIH –infección que se comprobara 24 horas después de la transfusión- y que fuera entregada para el uso de la menor Talía. Las modalidades culposas de

negligencia e imprudencia atribuibles en la encausada están previstas en la definición del último inciso del artículo 14 del Código Penal.

El comportamiento de los encausados PMT y EOQ les identifica en el contexto de la prueba sumarial, como encubridores del delito que está probado. Su presunta culpabilidad se halla evidenciada incuestionablemente por sus repetidas mentiras.

En contra de los otros acusados, no se encontró datos procesales relacionados con alguna acción u omisión para calificar sus conductas en algunos de los niveles de participación criminal” (Dictamen Fiscal del Distrito del Azuay, 2001, incorporado en la en la sentencia caso TGGL vs Ecuador p. 31).

Cuatro meses después el Segundo Tribunal Penal del Azuay resolvió: 1.- Se había probado en el proceso que existió la infracción al haberse contagiado con SIDA a Talía; 2.- Talía había recibido transfusión de plaquetas elaboradas con sangre fresca de donantes, entre los que estaba la sangre del señor HSA, que estuvo infectado con el VIH; 3.- Se comprobó la identidad genética entre el Virus VIH que estaba en la sangre de Talía y HSA; 4.- Se demostró la participación de MRR en la elaboración y suministros de plaquetas, demostrando negligencia, descuido, falta de preocupación, causando una enfermedad incurable a Talía. Sin embargo el Tribunal consideró que PMT y EOQ no realizaron acto alguno de encubrimiento, por lo que emitieron el sobreseimiento a favor de ambos ciudadanos.

Ante la segunda decisión del Tribunal Penal, se planteó el recurso de apelación, sin embargo la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia del Azuay, ratificó el sobreseimiento para PMT y EOQ.

El 13 de diciembre del 2001 se ordenó la captura de MRR, trascurriendo así más de 3 años sin que pueda ser capturada. En el año 2005 la Secretaria del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay certificó que ya había trascurrido el tiempo necesario para que operará la prescripción por falta de comparecencia de la encausada en la audiencia de juzgamiento y al no haber podido ser capturada, por lo que el 22 de abril del mismo año se dictaminó la prescripción de la acción.

2.2.1.2 LA ACCIÓN CIVIL.

Aparte de la acción penal que presentó la familia de Talía Gonzales, también se dio lugar a una acción civil, mediante la cual se pretendía obtener reparación por todos los daños y perjuicios que se dieron por la enfermedad de Talía a raíz de su contagio mediante una transfusión de sangre.

Antes de presentar los recursos de naturaleza civil, Teresa Lluy presento un amparo de pobreza⁴ el 26 de septiembre del 2001, el que consistía en que se le otorgue la omisión del pago de la tasa judicial –en aquel entonces un requisitos para acceder a la Función Judicial para presentar una reclamación de índole pecuniaria-, necesaria para la actuación judicial en la demanda por daños y perjuicios. Se demostró al Juez de lo Civil, mediante declaraciones de personas que conocía a la actora, el hecho de que para ella resultaba

⁴ El Amparo de Pobreza era una figura que estuvo regulada en el Código de Procedimiento Civil a partir del artículo 890 y siguientes, la persona que planteaba este tipo de acción debía hacerlo con una información de testigos que justifique no tener profesión, oficio o propiedad que le produzca cinco dólares de los Estados Unidos de América anuales o una finca de diez dólares de los Estados Unidos de América. La legislación vigente de aquella época, tenía el objetivo de evitar que las personas de escasos recursos –que hubieran probado las particularidades exigidas por la Ley- paguen las tasas judiciales que se hubieran generado al sustanciar un proceso judicial. A la época de la presentación por parte de la señora Teresa Lluy de la acción civil por daños y perjuicios, es importante aclarar que únicamente los procesos exentos del pago de las tasas judiciales eran aquellos que se desarrollaban en materia penal, laboral, menores y de alimentos, por lo tanto los procesos de tipo civil requerían previo a la calificación de los mismos el pago respectivo de las tasas judiciales.

económicamente imposible pagar dicha cantidad de dinero para acceder a la administración de justicia, pues su condición de vida económica era precaria.

El 5 de diciembre se le concede el amparo de pobreza y el 4 de marzo del 2002 Teresa Lluy presenta una demanda por daños y perjuicios en contra de la Cruz Roja Provincial del Azuay siendo los acusados el Director del Banco de Sangre y el Presidente de la entidad.

Dos meses después se abre el termino de prueba incorporando todo el procedimiento penal y las pruebas realizadas en el mismo, se reconoció el lugar de los hechos, así como también se incluyó un informe médico sobre el estado de salud de Talía, la traducción al informe médico científico del examen realizado a las muestras de sangre en la Universidad de Lovaina, Bélgica; así concluyó el termino de prueba. En fecha 19 de enero del 2005, Teresa Lluy presentó la solicitud al señor Juez para pedir autos para sentencia.

El 12 de julio del 2005 el Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca dicta sentencia y declara sin lugar la demanda ya que no existía determinación alguna de que las personas demandadas eran culpables del cometimiento de un delito, por lo tanto no era obligado a pagar daños y perjuicios. El fundamento para esta resolución judicial fue el artículo 2241 (actual 2214) del Código Civil que ordena:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” (Código Civil, Suplemento del Registro Oficial 983-S, 12-IV-2017)

Dos días después se presentó la apelación por parte de la señora Teresa Lluy en contra de la decisión del Juzgado Sexto de Civil, pero diez meses después se dictó la sentencia al recurso de apelación planteado, la cual se sustentaba y ratificaba en que no podía existir una indemnización civil proveniente de un delito penal si no existe una sentencia penal condenatoria. En contra de esta resolución jamás se emitió un recurso extraordinario de casación por parte de la familia de Talía.

2.2.2.- Reclamación Judicial Internacional

A pesar de lo amplio que parecería iniciar este recuento de los hechos –que es el objetivo de la investigación del presente capítulo-, se ha considerado pertinente hacer referencia a la normativa del procedimiento que se cumple ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- y el procedimiento llevado a cabo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte-.

2.2.2.1 Proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

El presente apartado tiene como fundamentación el análisis de la normativa que consta en el Reglamento de la CIDH, tomando en consideración que tanto las funciones de este órgano internacional, así como la forma de presentar las denuncias para su conocimiento ya fueron analizadas en el capítulo precedente. En este sentido haremos referencia únicamente a los artículos que constan a partir del título segundo del citado reglamento y que hacen referencia al procedimiento.

De manera general se debe indicar que los idiomas oficiales en los que la Comisión sustancia los procesos puestos a su conocimiento serán el español, el francés, inglés y

portugués; y en cuanto al idioma adoptado para el trabajo que realizarán los miembros de este órgano dependerá de lo que decidan conforme a su organización interna en el análisis de cada proceso. Las peticiones que se planteen ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -como ya fue indicado en el capítulo precedente de esta investigación- podrán ser presentadas por cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o varios de los Estados miembros de la OEA a nombre propio o en el de terceras personas, para denunciar casos referentes a presuntas violaciones de Derechos Humanos reconocidos⁵, además será la propia Comisión la que “motuproprio” (de forma voluntaria o por propia iniciativa) podrá iniciar la tramitación de una petición para conseguir la reparación de derechos vulnerados. (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, arts. 22-24)

Posterior a la presentación de la petición, será la Secretaria Ejecutiva de este organismo la responsable del estudio y tramitación de las peticiones presentadas ante la Comisión, las mismas que deberán cumplir los requisitos establecidos tanto en el Estatuto como en el Reglamento –dichos requisitos hacen referencia los que constan en el artículo 28 del Reglamento y que hacen referencia a los Requisitos para la consideración de peticiones y de forma general lo determinado en el artículo 24 del Estatuto de la comisión Interamericana de Derechos Humanos- , en esta fase de admisibilidad se le otorga a la secretaria la posibilidad de consultar a la Comisión en caso de duda sobre el

⁵ Conforme al Reglamento, al referirse a los Derechos Humanos “reconocidos” hace expresa alusión a aquellos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos del Humanos, el Protocolos adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de Personas y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento.

incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos. Es importante además indicar que las peticiones deberán versar sobre la presuntas violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los protocolos adicionales a la Convención, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y otros instrumentos aplicables relacionados a los Estados miembros de la OEA. (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, arts. 26-28).

La tramitación inicial tomara como referencia una serie de criterios, los mismos que están considerados en el artículo 29 del Reglamento y que para el efecto debido a que la víctima en el caso analizado está relacionada con un grupo de atención prioritaria me permito transcribir lo siguiente:

“Artículo 29. Tramitación inicial

1. La Comisión, actuando inicialmente por intermedio de su Secretaría Ejecutiva, recibirá y procesará en su tramitación inicial las peticiones que le sean presentadas. Cada petición se registrará, se hará constar en ella la fecha de recepción y se acusará recibo al peticionario.
2. La petición será estudiada en su orden de entrada; no obstante, la Comisión podrá adelantar la evaluación de una petición en supuestos como los siguientes:
 - a. cuando el transcurso del tiempo prive a la petición de su efecto útil, en particular:
 - i. **cuando la presunta víctima sea un adulto mayor, niño o niña;**

- ii. **cuando la presunta víctima padezca de una enfermedad terminal;**
 - iii. cuando se alegue que la presunta víctima puede ser objeto de aplicación de la pena de muerte; o
 - iv. cuando el objeto de la petición guarde conexidad con una medida cautelar o provisional vigente;
 - b. cuando las presuntas víctimas sean personas privadas de libertad;
 - c. cuando el Estado manifieste formalmente su intención de entrar en un proceso de solución amistosa del asunto; o
 - d. cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:
 - i. la decisión pueda tener el efecto de remediar situaciones estructurales graves que tengan un impacto en el goce de los derechos humanos; o
 - ii. la decisión pueda impulsar cambios legislativos o de práctica estatal y evitar la recepción de múltiples peticiones sobre el mismo asunto...
7. En casos de gravedad o urgencia, la Secretaría Ejecutiva notificará de inmediato a la Comisión”. (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, art. 29)

Después de esta tramitación inicial, se dará paso a un procedimiento de admisibilidad que está relacionado, en primer término y de manera principal al cumplimiento de requisitos de forma, así se correrá traslado con la petición al Estado en cuestión, existiendo la posibilidad de que exista de oficio una solicitud –por parte de la CIDH- de información sobre los hechos denunciados. El Estado de su parte podrá presentar una respuesta dentro del plazo de tres meses contados a partir de la notificación sin que exista la posibilidad de que se otorgue prorrogas superiores a los cuatro meses –prorroga que se otorgará siempre y cuando existan causas que la justifiquen-. Si la denuncia hace referencia a un caso de

gravedad, urgencia o cuando se tema por la vida de una persona o su integridad personal se encuentra en peligro, la Comisión podrá pedir al Estado una respuesta más ágil para lo cual podrá utilizar todos los medios que considere necesarios. Dentro de la admisibilidad de la petición se tendrá que valorar el agotamiento de los recursos internos, es decir, se verificara que se han intentado y agotado todos los recursos adecuados y eficaces para reparar la violación del derecho vulnerado, es decir que hayan sido ejercidos todos los recursos procesales que estaban disponibles de forma expedita dentro del ordenamiento jurídico nacional; en otras palabras, conforme lo dispone la Convención Americana sobre los Derechos Humanos⁶ para que pueda ser admisible una denuncia que sea presentada ante la Comisión, será necesario que se hayan intentado y agotado todos los recursos internos que estén vigentes en el ordenamiento jurídico nacional. El requisito del agotamiento previo se aplica siempre y cuando el sistema nacional cuente de forma efectiva y expedita de recursos adecuados, eficientes y eficaces para poder responder frente a la presunta violación de derechos de quien ha presentado la denuncia correspondiente. (Sánchez, N., s/a, p. 29).

Sin embargo este criterio o valoración, conforme lo determina el artículo 46.2 de la Convención en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31.2 del Reglamento a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no podrá ser aplicado cuando se presenten cualquiera de las siguientes circunstancias:

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 46.1: 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

1.- Cuando no exista normativa nacional que garantice el debido proceso para la protección del derecho o derechos que han sido supuestamente violados;

2.- Cuando dentro del sistema judicial interno no se le ha permitido a la presunta víctima ejercer su derecho a acceder a los recursos de la jurisdicción interna o simplemente se le haya impedido agotarlos; o

3.- De verificarse la existencia de un retardo injustificado en la decisión sobre los recursos que conforme a la legislación nacional fueron planteados. . (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, arts. 30-31)

En cuanto al plazo para la presentación de las peticiones a la Comisión, el Reglamento analizado determina que las mismas deberán ser planteadas dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en la que la presunta víctima fue notificada con la resolución que agota los recursos internos, sin embargo en los casos en los que se apliquen cualquiera de las tres excepciones indicadas en el párrafo anterior, la petición conforme al mismo Reglamento tiene que ser presentada dentro de un plazo razonable valorado a criterio de la Comisión, plazo que será contabilizado a partir de la verificación de la presunta violación de los derechos y tomando en cuenta las consideraciones de cada caso concreto.

Luego de analizadas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad de la petición puesta a su conocimiento, esta decisión será generada mediante *informes de admisibilidad o inadmisibilidad*, los que tendrán el carácter de público. Se debe indicar que será recién con la expedición del informe de admisibilidad que la petición planteada por una supuesta violación de derechos es registrada como un *caso* y únicamente en ese momento se podrá dar un procedimiento de conocimiento sobre el fondo de la

controversia, se debe insistir que este informe de admisibilidad no implica pronunciarse o valorar los asuntos de fondo. . (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, arts. 32 y 36)

Una vez expedida la decisión de admisibilidad se da paso al procedimiento sobre la discusión del fondo de la petición, otorgándole la Comisión en primer lugar un plazo de cuatro meses a o a los peticionarios para que presenten sus observaciones sobre el fondo de la controversia, luego de ello se notificarán estas observaciones o pronunciamientos al Estado en cuestión por un tiempo similar para que presente sus argumentos, en cuanto al plazo no existirá la posibilidad de prorrogar sino hasta por un máximo de seis meses cuando se presenten circunstancias de excepción como en casos de gravedad, urgencia o en los que exista el peligro real e inminente de la vida de una persona, circunstancias en las cuales la Comisión atendiendo a las características específicas que lleguen a presentarse tendrá competencia para solicitar estos pronunciamientos dentro de un plazo razonable. (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, art. 37).

Al respecto podemos mencionar lo siguiente:

“La etapa de Fondo es donde la CIDH decide si hubo o no hubo violaciones a los derechos humanos en el caso analizado. El procedimiento de la Etapa de Fondo está regulado en los artículos 48 y 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 37, 38, 39, 43 y 44 del Reglamento de la Comisión. La etapa de Fondo culmina con la aprobación de un “informe de fondo”” (CIDH, “Informes de Fondo”, recuperado <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>.)

Previo a emitir una decisión sobre el fondo, la Comisión puede ejercer facultades de investigación in loco, es decir, que este órgano –la CIDH- tiene la capacidad de realizar una investigación en el lugar en el cual supuestamente se generó la vulneración de derechos de los peticionarios, para lo cual podrá solicitar que se le brinden las facilidades necesarias por parte del Estado en cuestión, sin embargo esta facultad en los casos graves y urgentes podrá ser ejercida previo el consentimiento del Estado involucrado simplemente con la presentación de una petición o comunicación – en el caso concreto no existió la investigación in loco, conforme se desprende del Informe de Fondo emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en su apartado IV que hace referencia a las pruebas sobre las cuales se verificaron los hechos- y de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-. Por otro lado, la Comisión será plenamente competente para poder insistir a las partes a lograr una solución amistosa, para lo cual obligatoriamente se deberá contar con el consentimiento de todos los involucrados, pudiendo incluso la CIDH solicitar a alguno de sus miembros que ejerzan las funciones de negociación. (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, arts. 39-40)

Agotadas las fases mencionadas, se procederá con la deliberación de los miembros de la Comisión sobre el fondo del caso, para lo cual se preparará un informe en el que se examinará los alegatos, las pruebas suministradas, las informaciones obtenidas en las audiencias y en las observaciones in loco, todas estas deliberaciones se harán en privado y los aspectos del debate serán confidenciales. Posterior a ello se tomará el voto de los miembros de la Comisión en donde se podrá tener los siguientes resultados:

1.- De determinarse la inexistencia sobre la violación de derechos en el caso, se lo deberá expresar en el informe sobre el fondo, el que será entregado a las partes y publicado en el informe de cada año de la Comisión a la Asamblea General de la OEA.

2.- Si se ha considerado la existencia de una o más violaciones se procederá a un informe preliminar con las propuestas y recomendaciones que a su criterio sean necesarias, las mismas que serán transmitidas al Estado, se fijará además un plazo para que ese Estado informe sobre las medidas que han sido adoptadas para cumplir con las recomendaciones presentadas por la Comisión, es importante indicar que este informe no puede ser publicado hasta que exista la autorización para ese efecto.

3.- Con el informe se notificará al peticionario y se transmitirá al Estado. El efecto de la notificación al peticionario por parte de la Comisión, le otorgará la oportunidad para que en el plazo de un mes presente su posición respecto al sometimiento del caso a la Corte, siendo obligatorio mencionar lo siguiente:

- La posición en la que se presente, ya sea como víctima o familiar de la víctima, esto en el caso de que dichas personas sean diferentes al peticionario;
- Los fundamentos en base a los cuales se considera que el caso debe ser remitido a la Corte; y por último,
- Las pretensiones en relación a las reparaciones y costas. (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, arts. 43- 44)

Una vez agotado todo este procedimiento, conforme el artículo 45 del Reglamento, se otorga la posibilidad de someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, norma que por su importancia la transcribo a continuación:

“Artículo 45. Sometimiento del caso a la Corte

1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:

- a. la posición del peticionario;
- b. la naturaleza y gravedad de la violación;
- c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y
- d. El eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.” (Reglamento de la CIDH, reforma 2013, arts. 43- 44)

2.2.2.1.1 Procedimiento de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo pertinente que resulta este mecanismo procesal que puede ser adoptado por la Comisión, el Reglamento contempla la posibilidad de medidas cautelares, el cual, conforme lo determina el artículo 25 del Reglamento de la CIDH se va a presentar en casos de gravedad y de urgencia, con el objetivo de evitar daños irreparables en las personas. Esto implica que para poder adoptarlas es necesaria la existencia de un peligro real o de una amenaza inminente que podría afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos. La Comisión puede adoptar estas medidas incluso sin la necesidad de que exista una causa o un litigio que este pendiente a su conocimiento, indicando además que su adopción de

ninguna manera significa un prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión. (Sánchez, N., s/a, p. 28-29)

La Comisión para adoptar estas medidas ha establecido como requisitos: “*de gravedad, urgencia e irreparabilidad*”, para amenazas contra la vida y la integridad de las personas, amenazas contra el medio ambiente que puedan afectar los intereses generales, amenazas contra la salud o la ejecución de ciertos tipo de órdenes judiciales o administrativas dictadas en contra de normativa legal. Es así que el autor Nelson Camilo Sánchez amparado en el estudio del Reglamento manifiesta lo siguiente:

“...la decisión sobre la solicitud es adoptada a la luz de la gravedad de la situación individual o colectiva teniendo en cuenta: a) el tenor de las amenazas recibidas (mensajes orales, escritos, simbólicos, etc.) y su materialización contra uno o más miembros de un grupo de personas, b) los antecedentes de actos de agresión contra personas similarmente situadas, c) los actos de agresión directa que se hubieren perpetrado contra el posible beneficiario, d) el incremento en las amenazas que demuestra la necesidad de actuar en forma preventiva, y e) elementos como apología e incitación a la violencia contra una persona o grupo de personas. En segundo término debe considerarse la urgencia de la situación denunciada sobre la base de: a) la existencia de ciclos de amenazas y agresiones que demuestran la necesidad de actuar en forma inmediata; b) la continuidad y proximidad temporal de las amenazas; c) la existencia de un ultimátum creíble mediante el cual, por ejemplo se indique al posible beneficiario que debe abandonar la región en la que habita o será víctima de violaciones. Los derechos amenazados en esta categoría (vida e integridad personal) constituyen el extremo de irreparabilidad de las

consecuencias que el otorgamiento de medidas cautelares busca evitar”. (Sánchez, N., s/a, p. 29).

Si bien estas medidas cautelares, pueden ser emitidas por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el presente caso conforme consta del informe de Admisibilidad y de Fondo de la Comisión, estas no fueron adoptadas.

2.2.2.1.2 Los Hechos relevantes ocurridos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso analizado

El 26 de Junio del 2006 Iván Durazno Campoverde, abogado de ese entonces de la familia Gonzales Lluy, presenta la petición inicial del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando que el Estado ecuatoriano es responsable por la negligencia en el suministro de sangre a través del Banco de Sangre de la Cruz Roja de la provincia del Azuay y que por lo tanto es responsable también por la vulneración al derecho a la vida de la niña Talía Gonzales. Se da la admisibilidad del caso por violación de los derechos contemplados en la Convención América (art. 4.1, 5.1, 8.1, 19; 25 en relación al artículo 1.1), conforme a la explicación que al detalle se presenta a continuación.

Al respecto se ordena notificar a las partes, transfiriendo copias al Estado ecuatoriano con el objetivo de que presente observaciones en el plazo de 2 meses. Trascurrido este plazo el Estado alegó no haber recibido las copias de forma completa, realizando el envío de las mismas nuevamente por parte de la Comisión Interamericana.

Tres años después, en el mes de agosto del 2009 se aprueba el informe de admisibilidad, este únicamente es aprobado si la petición inicial presentada “satisface los requisitos de

admisibilidad establecidos en los artículos 46⁷ y 47⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esos casos en los que apruebe un Informe de Admisibilidad, la petición se convierte en un caso, conforme lo indicado en líneas anteriores, por lo tanto se le asigna un número, e ingresa a la etapa de Fondo” (CIDH “Informes de admisibilidad”, recuperado, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>)

En el presente caso la admisibilidad se produce conforme al informe No. 89/09 que hace referencia a la petición 663-06 de Admisibilidad dictadas en el caso TGGL vs. Ecuador, el 7 de Agosto del 2009 podemos extraer los asuntos más relevantes sobre los criterios de admisibilidad que fueron considerados dentro del presente caso. Para el efecto es importante referirnos principalmente a la posición del Estado al iniciar el caso de análisis

⁷ **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 46.-** 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. 2. Las disposiciones de los incisos 1 a) y 1 .b) del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

⁸ **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 47.-** La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46; b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención; c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

debido a que la posición de los peticionarios se fundamenta básicamente en los hechos narrados en los acápites anteriores de este capítulo.

En este sentido el Estado ecuatoriano alego que el reclamo presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no hacía referencia a violaciones de derechos que estaban garantizados en la Convención Americana, alega además que los supuestos actos u omisiones en los cuales según la petición se generó una afectación a los derechos reconocidos en la Convención no eran imputables a instituciones estatales, por lo tanto no podría atribuírsele responsabilidad al Estado por el contagio que en su momento habría sufrido Talía Gonzales. Por lo tanto manifiesta que lo determinante en el presente caso era llegar a establecer si es que la violación de derechos fundamentales tuvo cabida debido al apoyo o tolerancia de instituciones públicas o si es que esta afectación se dio debido a la falta de prevención dentro del Ecuador, por lo que concluyen que la humillación y discriminación social tampoco fueron de responsabilidad de un ente estatal. Además – quizás su fundamento más importante frente a la Comisión- el Ecuador presentó la alegación de que la denuncia planteada por la supuesta víctima no cumplía con el requisito del agotamiento previo de los recursos judiciales vigentes en el país lo que conllevaba a que la acción instaurada no cumpla con lo ordenado en la Convención Americana, específicamente en el artículo 46.1 literal a; este argumento los representantes del Estado lo sostienen al señalar que los peticionarios –representantes de Talía- habían dejado prescribir la acción penal, además no habían intentado la acción de recusación de los magistrados que demoraron la sustanciación del proceso; tampoco iniciaron la acción de daños y perjuicios en contra de los mismos magistrados; en la vía civil tampoco decidieron iniciar las acciones correspondientes por daño moral; y por último no plantearon el recurso de casación

conforme lo permitía el Código de Procedimiento Penal. Se aclaró además por parte del Estado que el archivo de la acusación particular –dentro de la acción penal- se debió al actuar negligente y desinteresado de los familiares de Talía Gonzáles. Es así como el Estado Ecuatoriano alegó que el pretender lograr una condena por parte de los presuntos autores en una instancia internacional, no era otra cosa más que utilizar a la Comisión como un organismo jurisdiccional de revisión en los asuntos de fondo que habían sido discutidos y resueltos dentro de los diferentes procesos judiciales llevados y concluidos legalmente en el Ecuador, por lo tanto se pretendía que la CIDH y en su momento la Corte sean una especie de cuarta instancia. Por lo que la petición concreta a la CIDH por parte del Ecuador es que se declare a la denuncia planteada como inadmisibile. (CIDH. Informe de Admisibilidad No. 89/09 caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Párr. 13-17)

En lo que respecta al análisis de admisibilidad realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte desde el análisis del agotamiento de los recursos internos, aclarando que una vez que el Estado alega esta excepción la carga de la prueba se invierte y por lo tanto en este caso concreto, le correspondía al Ecuador demostrar cuales fueron los recursos adecuados que no fueron agotados para poder reparar la violación de derechos alegada por los representantes de la víctima. Se puntualiza por parte de la Comisión -dentro de los aspectos más relevantes- que el Estado ecuatoriano jamás proporcione información sobre las acciones que realizaron las autoridades judiciales con el objetivo de localizar a la acusada principal dentro de la acción penal –MRR-. Se señala además, que dentro de la acción penal luego de transcurrido cinco años la Segunda Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Superior de Justicia del Azuay decretó la prescripción de la acción. Además se indica que el 5 de marzo del 2002 los familiares de Talía iniciaron una demanda

civil por daños y perjuicios en contra de la Cruz Roja de la provincia del Azuay representada por su Presidente y Director entidad, que en aquel entonces estaba encargada del Banco de Sangre, sin embargo el 18 de mayo del 2006 la sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia del Azuay declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, fundamentando esta decisión a su vez en la prescripción de la acción penal. (CIDH. Informe de Admisibilidad No. 89/09 caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Párr. 20-25)

Sobre todos estos aspectos la Comisión llega a las siguientes conclusiones para desestimar la falta de agotamiento de los recursos internos vigentes en el Ecuador; en lo que se hace referencia a la falta de presentación de los recursos de recusación⁹ y casación se consideró que por sus características estos no servirían para remediar la situación denunciada dentro del ámbito penal, es decir, la determinación de la responsabilidad penal por los hechos que se presentaron en el contagio de Talía, adicionalmente la Comisión manifiesta que tampoco servirán para compensar la reparación del daño o para garantizar a Talía un tratamiento médico adecuado, alegaciones que las hacen válidas también para fundamentar la no pertinencia de la acción de daños y perjuicios en contra de los jueces que estuvieron involucrados dentro del proceso penal en el cual se declaró la prescripción. En relación a la acción de daño moral se puntualiza que esta está dirigida para obtener una indemnización causada por una persona dentro del derecho privado, pero este tipo de acción no puede ser planteada en contra del Estado, se fundamenta además que este tipo de acción civil resultaría totalmente irreal o ficticia en el sentido de poderla presentar en contra de una entidad que brinda un servicio público como la Cruz Roja Ecuatoriana, situación

⁹ A la fecha de sustanciación del proceso ante la CIDH la recusación estaba prevista en el Código de procedimiento Penal ecuatoriano dentro del artículo 265 y consistía en que un Juez podría ser recusado por cualquiera de las partes y por lo tanto su obligación era separarse del conocimiento de la causa por motivos expresamente indicados en la legislación, entre los que se encontraba el no haber sustanciado el proceso por el triple de tiempo señalado.

similar en el caso de pretender una obtención de un resultado que sea capaz de reparar de una forma íntegra el daño causado por la infección de VIH positivo. (CIDH. Informe de Admisibilidad No. 89/09 caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, párr. 26- 27)

Por todas estas razones la Comisión concluye dentro de este punto lo siguiente:

“La Comisión observa que la conducta materia del reclamo se encuentra contemplada en el Código Penal vigente al momento de los hechos y constituye un delito de acción pública perseguible de oficio. Por lo tanto, el proceso penal constituyó la vía idónea para esclarecer los hechos y posibilitar la acción posterior por daños y perjuicios. Asimismo, la Comisión entiende que en el contexto de la legislación ecuatoriana la determinación judicial de la responsabilidad penal es presupuesto para la reparación civil por daños y perjuicios, como fue confirmado en la decisión proferida el 18 de mayo de 2006 por la Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca. En vista de lo anterior, la Comisión considera que el reclamo de los peticionarios satisface el requisito establecido en el artículo 46(1) (a) de la Convención Americana”. (CIDH. Informe de Admisibilidad No. 89/09 caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Párr. 28)

En cuanto al plazo para la presentación de la petición conforme hemos analizado en la normativa aplicable la denuncia ante la CIDH tiene que ser presentada dentro de un plazo máximo de seis meses a partir de la fecha en que ha sido notificada la presunta víctima, razón por la cual la Comisión en el presente caso manifiesta de que la petición planteada por los representantes de Talía Gonzales fue recibida el 26 de junio del 2006 y la última providencia adoptada dentro del sistema procesal ecuatoriano fue notificada con fecha 18 de mayo del 2006, es así que la CIDH concluye que el requisito de admisibilidad con

relación al plazo de presentación se encuentra cumplido (CIDH. Informe de Admisibilidad No. 89/09 caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador., párr. 29), con lo cual se evidencia que el caso analizado no se trató de uno calificado como de urgencia bajo los supuestos determinados en la normativa anteriormente analizada en el presente capítulo.

En relación a los hechos alegados, la Comisión considera que al haberse verificado la existencia de competencias delegadas y directas de las instituciones del estado sobre supervisión y fiscalización de un servicio como el Banco de Sangre prestado por parte de la Cruz Roja Ecuatoriana y su relación con el caso concreto, considera que es competente para pronunciarse sobre una posible responsabilidad del Estado dentro del análisis de fondo, por lo que alegando el principio *iura novit curia* y por las denuncias planteadas por los representantes de las víctimas, considera que podrían existir posibles violaciones al derecho a la vida conforme al artículo 4.1 de la Convención Americana; así como también el incumplimiento de la protección a la integridad personal en aplicación al artículo 5.1; 8.1 y 25.1 de la misma Convención Americana; también considera que puede existir una presunta violación del deber de prevención a la vulneración de los derechos de la niña TGGL conforme lo ordena el artículo 19 de la Convención Americana. Toda la normativa citada se la relaciona con el artículo 1.1 del pacto de San José. (CIDH. Informe de Admisibilidad No. 89/09 caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, párr. 31-35)

Dentro de este informe de admisibilidad se concluye lo siguiente:

“La Comisión concluye que es competente para examinar los reclamos presentados por el peticionario sobre la presunta violación de los artículos 4(1), 5(1), 8(1), 19 y 25(1) en concordancia con el artículo 1(1) de la Convención Americana y que éstos son admisibles, conforme a los requisitos establecidos en

los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho antes expuestos y sin que ello signifique prejuzgar sobre el fondo del asunto”. (CIDH. Informe de Admisibilidad No. 89/09 caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, párr. 36).

Por lo tanto, de la transcripción realizada por la Comisión se declaró competente para el análisis y seguimiento del caso TGGL vs. Ecuador, con fundamento en la violación de los artículos 4.1¹⁰, 5.1¹¹, 8.1¹², 19¹³ y 25.1¹⁴ en estrecha vinculación con el artículo 1.1.¹⁵ de la Convención Americana, cumpliendo con los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la misma Convención; por lo que se decide notificar al Estado Ecuatoriano y a los

¹⁰ **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 4.1.-** Derecho a la vida.- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

¹¹ **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 5.1.-** Derecho a la integridad personal.-
1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

¹² **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 8.1.-** Garantías judiciales.-
1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹³ **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 19.-** Derechos del niño.- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

¹⁴ **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 25.1.-** Protección judicial.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

¹⁵ **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 1.1.-** Obligación de Respetar los Derechos.
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

actores, para continuar con la etapa de fondo del mismo caso, etapa procesal que si bien fue analizada en el párrafo precedente, para consolidar conceptos me permito citar lo siguiente:

El 5 de Noviembre del 2013 la Comisión emite un informe de fondo, que fue notificado al Estado mediante comunicación con un plazo de dos meses para emitir un informe del cumplimiento de las recomendaciones dadas por la Comisión. El 18 de Marzo del 2014 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte el caso “Talía Gonzales Lluy y familia en contra del Estado ecuatoriano”.

En relación al análisis en derecho que realiza la Comisión Interamericana este se lo hace en función de tres supuestas vulneraciones a los derechos de Talía Gonzales:

- a) El derecho a la integridad personal de la niña TGGL con relación al derecho a la salud;
- b) El derecho a la integridad personal y a la vida digna de la niña TGGL con posterioridad al contagio
- c) El derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de la niña TGGL y su madre.

En razón de que el objetivo de esta investigación hace referencia a la vulneración al derecho a la salud en el caso Gonzales Lluy vs. Ecuador, el análisis a la fundamentación de derecho únicamente se la realizara entorno al literal a).

De acuerdo a la Comisión, el derecho a la integridad personal de la niña TGGL en relación al derecho a la salud se encuentra fundamentado en los artículo 5, 19 y 1.1 de la Comisión Americana, por lo que el análisis realizado en el Informe de Fondo se lo hace en virtud de dos apartados:

1.- Las consideraciones generales sobre el deber de garantía del derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud; y

2.- Las obligaciones especiales para el cumplimiento del deber de garantía del derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud en el caso de los niños y niñas,

3.- Finalizando con el análisis concreto del caso.

En relación a las consideraciones generales del derecho a la integridad personal con relación al derecho a la salud, la Comisión considera que el artículo 5.1 de la Convención Americana está relacionado de forma directa con la salud humana, y por lo tanto la falta de atención médica conllevaría a la vulneración de este derecho, por lo que considera que se demuestra una interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, aclarando que no existe una jerarquía entre sí y que los mismos pueden ser exigibles ante las diferentes autoridades competentes. La Comisión además considera que conforme al criterio de la Corte existen tres obligaciones principales derivadas del deber de garantía del derecho a la integridad personal en relación al derecho a la salud, las cuales consisten en las **obligaciones de regulación, supervisión y fiscalización**.

De tal forma que se ha considerado que la primera obligación **–regulación–** hace referencia a que el Estado tiene que ser responsable de forma permanente al regular la prestación de servicios y ejecutar programas nacionales que estén relacionados al logro de permitir que los ciudadanos tengan un adecuado servicio de salud público, lo que incluye que el mismo tenga estándares de calidad. En lo que respecta a las obligaciones de **supervisión y fiscalización** la Corte Interamericana –la misma que es citada por la

Comisión- ha indicado que la fiscalización le corresponde tanto a servicios prestados por el Estado de manera directa o indirecta, así como también a aquellos servicios que son ofrecidos por los particulares; y en lo referente al alcance de **la responsabilidad** estatal ha manifestado que el Estado puede ser considerado como responsable en aquellos casos en los cuales - dicha responsabilidad- resulte de la omisión del deber de cumplir con la supervisión de la prestación del servicio que está destinado a la protección de un bien respectivo; por lo que en palabras de la Corte se ha indicado que “una eventual atención medica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades podrían conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o integridad del paciente” (CIDH. Informe de Fondo No. 102/13, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador., párr. 38-48)

En lo referente a las obligaciones especiales para el cumplimiento del deber de garantía del derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud de los niños, se ha indicado que dentro del sistema Interamericano las obligaciones del Estado frente al Derecho de la niñez tiene como principios centrales el deber especial de protección y el principio del interés superior del niño, es por esto que tanto los niños y niñas son considerados como titulares de los derechos consagrados en la Convención Americana, cuerpo normativo que para este efecto cuenta con el artículo 19 como norma especial y cuyo alcance tiene que definirse en cada caso en concreto.

En cuanto al principio del interés superior del niño, la Corte Interamericana –citada por la comisión en el Informe de Fondo- ha considerado “que es el principio regulador de la normativa de los derechos de la niñez, que se funda en la dignidad misma del ser humano;

en las características propias de las niñas y niños; y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...” (CIDH. Informe de Fondo No. 102/13, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Párr. 149-157). La Comisión concluye que en materia de salud existe el fundamento legal recogido en el artículo 24 sobre la Convención de los Derechos del Niño, que viene a ser una norma relevante para el análisis del caso.

Para finalizar en este análisis en derecho, la Comisión analiza si el Estado ecuatoriano fue responsable por los diferentes hechos analizados.

En este sentido se indica, como es lógico que el contagio de VIH es una afectación en la salud que impacta de forma directa con la integridad personal y acarrea un riesgo inminente a la vida, pero esta afectación reviste de especial intensidad y gravedad cuando se trata de un niño o de una niña. Se indica además que si bien se ha probado que la Cruz Roja del Azuay así como la Clínica Humanitaria Pablo Jaramillo son entidades privadas el derecho a la integridad personal dentro de lo que respecta el derecho a la salud, el Estado asume el deber de regular supervisar y fiscalizar a cualquier institución que preste esta clase de servicio independientemente de que la misma sea pública o privada concluyendo que:

- “...si una entidad privada opera sin un marco de regulación apropiado y si una supervisión y fiscalización adecuada y oportuna, el Estado sería el responsable por el incumplimiento del deber de garantía de tales derechos. Así mismo, existen ciertas actividades en el mismo ámbito de la salud que por el propio riesgo que entrañan para la vida e integridad personal, imponen en los estados un deber más reforzados de regular, supervisar y fiscalizar la actividad. La Comisión considera

que los Bancos de Sangre por su propia naturaleza y funciones se encuentran dentro de esta categoría” (CIDH. Informe de Fondo No. 102/13, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Parr.170)

Además dentro del informe de fondo se indica lo siguiente:

En el presente caso, la Comisión observa que más allá de la regulación general sobre las “prestaciones médicas” por parte de establecimientos públicos y privados, no ha sido aportado al expediente información que indique que al momento de los hechos los Bancos de Sangre se encontraban regulados de manera que, por la especificidad de sus funciones y los evidentes riesgos que pueden derivarse de ellas, se establecidas estándares y obligaciones mínimas susceptibles de supervisión y fiscalización por la autoridad estatal competente, a fin de proteger a la población frente a un funcionamiento inadecuado de dichas instituciones. Tampoco existe información que indique que existía un marco regulatorio que estableciera mecanismos de seguridad trasfuncional a la entidad de salud receptora de productos sanguíneos antes de proceder a una transfusión... de esta manera la Comisión considera que el Estado no demostró el cumplimiento de su obligación de regular el funcionamiento de los Bancos de Sangre. (CIDH. Informe de Fondo No. 102/13, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Párr. 174)

Para finalizar, por todos los elementos valorados la Comisión considera que existieron varias omisiones estatales que generaron una situación de riesgo para la obtención y transfusión de sangre, las que terminaron materializándose en el contagio de Talía y por lo tanto en su afectación a la integridad personal y a su salud, es así que concluye: “ que el

Estado de Ecuador es responsable por el incumplimiento del deber de garantía del derecho establecido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento.

El informe mencionado concluye lo siguiente:

“... Que en base a las consideraciones de hecho y de derecho expuestas a lo largo del presente informe, la Comisión Interamericana concluye que el Estado del Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la vida digna, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de TGGL. Transversalmente, la Comisión concluyó que el Estado ecuatoriano incumplió sus obligaciones de especial protección de TGGL en su condición de niña, en violación al artículo 19 de la Convención Americana. Asimismo, la Comisión concluyó que el Estado ecuatoriano es responsable por la violación de los derechos a la integridad psíquica y moral, a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 5, 8, y 25 de la Convención Americana en relación a las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la madre y el hermano de TGGL”. (CIDH. Informe de Fondo No. 102/13 Caso González Lluy y otros vs Ecuador, párrafos 221).

En base a las conclusiones indicadas, la CIDH emite las siguientes recomendaciones al Estado Ecuatoriano:

1.- Realizar una reparación integral a Talía González y a su madre por las violaciones de derechos humanos que son declaradas en el informe de fondo por parte de la Comisión.

2.- Otorgar de forma inmediata y permanente un tratamiento médico especializado que se requiere a favor de Talía por su condición de salud. 3.- Proveer a favor de la víctima educación primaria, superior y universitaria de manera gratuita. 4.- Realizar una investigación total y completa sobre la violación de derechos humanos sufridos en el presente caso, conforme al informe emitido. 5.- Implementar mecanismos de no repetición que incluye, la implementación de mecanismos serios y efectivos de supervisión y fiscalización periódica del funcionamiento y sistemas de registro de los Bancos de Sangre que operan en el Ecuador, incluyendo entidades públicas y privadas; la implementación de mecanismos serios y efectivos de supervisión y fiscalización de hospitales públicos y privados, con la finalidad de que su funcionamiento cuente con las garantías necesarias para verificar la seguridad de los productos sanguíneos que se utilizan para actividades de transfusión; implementación de programas de capacitación al personal de los Bancos de Sangre que operan en el Ecuador, a fin de asegurar que ejerzan sus labores de manera compatible con estándares técnicos reconocidos a nivel internacional; y la provisión de tratamiento y atención en salud gratuita a los niños y niñas con VIH que no cuenten con recursos para ello. (CIDH. Informe de Fondo No. 102/13 Caso González Lluy y otros vs Ecuador, párrafos 222).

2.2.2.2.- Proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En el presente apartado se procederá a realizar un análisis del procedimiento a llevarse a cabo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el mismo que será realizado bajo lo determinado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH-, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Reglamento de la misma, además se tomara como referencia el análisis realizado por Nelson Camilo Sánchez en su obra

Introducción al sistema interamericana de protección de los Derechos Humanos (páginas de la 32 a la 39).

La CADH establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte- va a tener dos funciones, una consultiva conforme lo determina el artículo 64¹⁶ y otra contenciosa según lo determina el artículo 62, este órgano jurisdiccional además tiene la facultad de otorgar las llamadas medidas provisionales que sirven para generar un mecanismo especial de protección. Debido al objetivo del presente análisis haremos referencia únicamente a la competencia contenciosa de este órgano jurisdiccional internacional, para lo cual es necesario citar el mencionado artículo 62 de la Convención:

“Art. 62.- 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la

¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 64.- 1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 62).

En este sentido, todo Estado que forme parte de la Convención Americana o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- puede presentar para conocimiento de la Corte casos contenciosos, en este punto es importante recalcar que a diferencia de lo que determina el artículo 44¹⁷ de la Convención referente a la competencia obligatoria de la CIDH, la competencia que ejercerá la Corte en casos individuales o interestatales es optativa, es por esto que el Estado interesado para que un caso sea sustanciado ante el organismo mencionado, necesita de una declaración formal de reconocimiento de la competencia de la Corte, esta declaración conforme lo ordena el artículo 62.2 de la Convención puede ser incondicional, condicionada a un requisito de reciprocidad, por un determinado período o únicamente en casos específicos¹⁸.

¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 44.- “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.”

¹⁸ A manera informativa debemos indicar que hasta el año 2009 solamente 21 Estados partes habían aceptado la competencia contenciosa de la Corte, estos en su mayoría eran países latinoamericanos y los países del Caribe, Canadá y Estados Unidos han presentado una voluntad contraria para pertenecer al sistema dispuesto por la Convención y por lo tanto han se han resistido a aceptar la competencia de la Corte (Sánchez, N., s/a, p. 35)

Conforme el citado artículo 62 de la Convención, la Corte únicamente deberá interpretar y aplicar la Convención y no cualquier tratado de Derechos Humanos, sin embargo se debe indicar que el criterio de este órgano se ha ampliado para la adopción de protocolos y tratados interamericanos que le facultan a la Corte a ejercer precisamente esta facultad contenciosa respecto de las presuntas violaciones de los derechos contenidos en estos cuerpos normativos internacionales. Es importante además señalar que las denuncias individuales realizadas por supuestas vulneraciones a los Derechos Humanos, únicamente pueden llegar a la Corte si es que previamente han sido tramitados por la CIDH, es precisamente ahí la importancia de este segundo órgano en cuanto a la administración de casos y de materias que llegan a la Corte. Es así que, sí la Comisión establece que el Estado en cuestión ha vulnerado derechos reconocidos en la Convención y no ha implementado las recomendaciones que le han sido presentadas dentro de los tres meses posteriores a su comunicación –informe de fondo- , la CIDH tiene plena facultad para someter ese caso a conocimiento de la Corte conforme lo permite el artículo 51¹⁹ de la Convención. (Ibídem)

Si bien las víctimas no tienen la oportunidad de acudir de forma directa a la Corte, es el Reglamento de la misma el que ha permitido un protagonismo más alto entre las presuntas víctimas y el Estado que ha sido demandado, para muestra lo dispuesto en el artículo 25 del citado Reglamento que determina:

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 51.- 1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

“Artículo 25. Participación de las presuntas víctimas o sus representantes: 1.

Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes, deberán designar un interviniente común, quien será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. De no haber acuerdo en la designación de un interviniente común en un caso, la Corte o su Presidencia podrá, de considerarlo pertinente, otorgar plazo a las partes para la designación de un máximo de tres representantes que actúen como intervinientes comunes. En esta última circunstancia, los plazos para la contestación del Estado demandado, así como los plazos de participación del Estado demandado, de las presuntas víctimas o sus representantes y, en su caso, del Estado demandante en las audiencias públicas, serán determinados por la Presidencia. 3. En caso de eventual desacuerdo entre las presuntas víctimas en lo que atañe a lo señalado en el numeral anterior, la Corte resolverá lo conducente.”

(Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, artículo 25)

Es así que el procedimiento va a iniciar con el envío del Informe de Fondo conforme lo determina el artículo 50²⁰ de la Convención y que vendría a ser una especie de instrumento

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 50.- 1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán

que ocuparía el lugar de un acto de proposición en materia procesal, -es decir de la demanda-; enviado ese informe la Comisión debe fundamentar las razones por las cuales decidió someter ese caso a la Corte, teniendo la facultad de presentar peritos.

El reglamento de la Corte además presenta la oportunidad procesal para que puedan intervenir las víctimas y sus representantes existiendo incluso la posibilidad de apartarse de los argumentos jurídicos que sustentaron el caso presentado por la CIDH, eso sí, estarán obligados a sujetarse a los argumentos fácticos²¹ que en su momento presentó la Comisión, a criterio del autor citado, esta regla tiene el fundamento del respeto al derecho de la defensa de los Estados involucrados (Sánchez, N., s/a, p. 36). Lo que está prohibido para los individuos es litigar sobre asuntos que han sido declarados como inadmisibles por parte de la Comisión, en conclusión, para poder litigar en la Corte Interamericana se requiere que la Comisión al menos declare una vulneración o afectación a los derechos consagrados en la Convención.

al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1. e) del artículo 48. 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

²¹ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 40. Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas 1. Notificada la presentación del caso a la presunta víctima o sus representantes, éstos dispondrán de un plazo improrrogable de dos meses, contado a partir de la recepción de este escrito y sus anexos, para presentar autónomamente a la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. 2. El escrito de solicitudes, argumentos y pruebas deberá contener: a. descripción de los hechos dentro del marco fáctico fijado en la presentación del caso por la Comisión; b. la pruebas ofrecidas debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan; c. la individualización de declarantes y el objeto de su declaración. En el caso de los peritos, deberán además remitir su hoja de vida y sus datos de contacto; d. las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas.

Conforme el Reglamento de la Corte, el procedimiento a llevarse a cabo contiene tanto una fase escrita como de audiencias públicas²² que tiene un esquema de un sistema procesal oral acusatorio, en la fase de pruebas la Corte podrá aceptar testimonios directos, declaraciones juramentadas de las víctimas o de las personas involucradas en la violación de derechos, pruebas documentales y testimonios de expertos, en las audiencias públicas también se podrá contar con las intervenciones de los miembros o representantes de la CIDH.

En el proceso la Corte podrá evaluar los criterios de admisibilidad deducidos por la Comisión en lo referente a la forma y, en cuanto al fondo podrá también decidir sobre la existencia de violaciones a derechos fundamentales, teniendo incluso la posibilidad de determinar afectaciones diferentes a derechos de la Convención identificados por la Comisión, podrá también establecer violaciones a derechos fundamentales no alegadas por la CIDH.

La Corte conforme lo ordena el artículo 63²³ tiene competencia para establecer las reparaciones frente a aquellos casos en donde haya determinado la vulneración de derechos siendo este un mecanismo para impulsar la realización de justicia en los casos individuales

²² Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conforme el citado cuerpo normativo el Procedimiento Oral esta regulado a partir del artículo 45 y siguientes, mientras que el Procedimiento Escrito lo esta a partir del artículo 34.

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 63.- 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

y que lo que intentará es que la actual situación de la víctima sea reestablecida al estado anterior a la violación, siempre y cuando eso sea posible.

Cuando esta restitución no pueda darse las reparaciones podrán estar dirigidas al pago de una indemnización como compensaciones por los daños ocasionados en el caso concreto, debiendo el Estado infractor adoptar medidas de restitución, indemnizatorias, rehabilitación, satisfacción y medidas de repetición, esta reparación tiene que velar tanto por la afectación material como moral y el cálculo de los perjuicios ocasionados deberán ser concordantes con la gravedad de la violación y el daño en el que se incurrió. En este sentido la Corte ha ordenado reparaciones por los daños ocasionados no únicamente a las víctimas sino también a sus familiares cercanos, además del pago de costas y honorarios judiciales. Para finalizar y conforme a lo indicado en el capítulo primero nuevamente menciono que las decisiones de la Corte son definitivas y obligatorias y el Reglamento únicamente dará la posibilidad para que las sentencias o resoluciones rectifiquen errores de edición o de cálculo²⁴.

2.2.2.2.1 Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana sobre

Derechos Humanos

Se trata de mecanismos regulados en el artículo 63.2²⁵ de la Convención Americana y que están destinados a prevenir daños irreparables en casos de extrema gravedad o de urgencia.

²⁴ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Artículo 76. Rectificación de errores en sentencias y otras decisiones La Corte podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, presentada dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia o resolución de que se trate, rectificar errores notorios, de edición o de cálculo. De efectuarse alguna rectificación la Corte la notificará a la Comisión, a las víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante.

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 63.- 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una

En este sentido la Corte ha otorgado medidas provisionales para proteger a los participantes dentro de los procesos por vulneración a sus derechos fundamentales, así como también han sido aplicadas a favor de sus familiares, testigos e incluso a sus defensores que en razón de su participación profesional han recibido por su participación en la Corte, también ha generado una actividad importante de seguimiento para garantizar la protección de la integralidad de las personas. (Sánchez, N., s/a, p. 36).

2.2.2.2.2 Los Hechos relevantes ocurridos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso analizado:

En el año 2014 a los dieciocho días del mes de marzo, el caso TGLL y otros vs. Ecuador ingresa a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la búsqueda de justicia y la declaración de responsabilidad a la vulneración de derechos; durante el mes de abril y mayo se dan las notificaciones a las partes y el 10 de junio el Dr. Ramiro Ávila Santamaría y GQM, representantes de las víctimas a lo largo de todo el procedimiento ante la Corte.

En relación a la valoración de la prueba la Corte manifiesta que va a examinar y a valorar los diferentes elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión, las declaraciones, testimonios y dictámenes periciales, las mismas que fueron solicitadas e incorporadas por la Corte para identificar los hechos del caso y pronunciarse sobre el fondo del asunto, en este caso concreto las pruebas relevantes para establecer la

justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

vulneración o no del derecho a la salud y a la integridad personal han sido incorporadas dentro de la narración de los hechos, parte inicial del presente capítulo. La Corte manifiesta que la valoración de toda la prueba tiene que ser realizada bajo los principios de la sana crítica, conforme a lo que determina el Reglamento y tomando en consideración lo que se alega en la causa, se previene además que las declaraciones rendidas por las presuntas víctimas no pueden ser valoradas de forma aislada sino en conjunto tomando en cuenta cual es el mejor mecanismo para que se otorgue una mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias. La Corte indica que a más de la prueba documental presentada tanto por la Comisión, como incorporada por la Corte a través de las peticiones de las partes procesales se han recibido las declaraciones juramentadas rendidas ante notario público por parte de las víctimas Teresa e Iván Lluy, de parte de los representantes de la víctima se solicitó la presencia de peritos entre los que resaltan los nombres de: Farith Simon, Daniela Salazar, Claudia Storini y, por parte del Estado se han presentado entre otros Diana Molina, Carmen Carrasco, Pablo Alarcón Peña y Pamela Aguirre, de su parte en la audiencia pública se receptaron las declaraciones de: Talía Gonzales Lluy y los peritos Christian Courtis, Julio Cesar Trujillo y Diego Salamea. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 51-63).

Cabe recalcar que la familia de la víctima solicitó mediante comunicación escrita enviada durante el trámite del caso, acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana²⁶ -En el mes de octubre se declara procedente la solicitud y se aprueba la ayuda económica necesaria-.

²⁶ El Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un recurso destinado a la recolección y remisión de documentos probatorios, así como los gastos relacionados con la comparecencias de la presunta víctima, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión, y otros gastos que la Comisión estime pertinentes para el procesamiento de una petición o de un caso. (Reglamento de la

El 2 de septiembre del mismo año, el Estado ecuatoriano presenta el escrito de contestación, con observaciones, excepciones preliminares y se opuso totalmente a ser responsable de la vulneración de derechos alegados. El Ecuador presentó dos argumentos que denominó como excepciones preliminares, en base a: a) La alegada incompetencia parcial del Tribunal para tratar hechos ajenos al marco fáctico y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes.- el Estado ecuatoriano pide a la Corte remitirse únicamente a lo dicho en los informes dictados por la Comisión, dentro de los cuales nada se dice sobre la violación de los artículos 2, 24 y 26, por lo que están fuera del marco fáctico del origen del caso, señalando la imposibilidad de cambiar hechos que fueron conocidos por CIDH. La Corte considera que estos derechos se encuentran ligados a los hechos mismos del proceso y no se alejan del marco fáctico, por lo que el Tribunal tiene plena competencia para el juzgamiento de los mismos; y b) La alegada falta de agotamiento de recursos internos. - El Estado alegó que la peticionaria no agotó todas las instancias internas ya que no presentó el recurso de apelación a la acción de amparo constitucional y además no ejerció el derecho de presentarse como acusadora particular. La Corte en relación a estos alegatos considero que no basta con que el Estado enumere cuales son los recursos internos que no se han agotado, sino es imprescindible que demuestre que estos recursos eran adecuados, idóneos y efectivos, y que en caso de que se hubieran dado estos recursos, se hubiera condenado al responsables, o se hubiera indemnizado de cierta forma a Talía Gonzales Lluy. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador, 2015.; párr. 17-27)

CIDH sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2011, obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/fondo.asp>)

Con la finalidad de recibir alegatos, declaraciones, y observaciones finales, el 12 de Enero de 2015 se convocó a las partes a una audiencia pública, esta tenía como objetivo:

“... recibir la declaración de una presunta víctima propuesta por sus representantes y tres peritos propuestos por la Comisión, los representantes y el Estado, respectivamente. Asimismo, mediante dicha Resolución se ordenó recibir las declaraciones rendidas ante fedatario público de dos presuntas víctimas propuestas por los representantes, dos testigos propuestos por los representantes, dos peritos propuestos por la Comisión, ocho peritos propuestos por los representantes y dieciséis peritos propuestos por el Estado. La audiencia pública se celebró los días 20 y 21 de abril de 2015 en la ciudad de Cartagena, Colombia. En el curso de dicha audiencia los Jueces de la Corte solicitaron determinada información y documentación adicional a las partes, para que fueran remitidas junto con sus alegatos y observaciones finales escritas, respectivamente.”(CIDH, Caso TGGL, p. 6)

El 16 de julio del 2015 la salud de Talía Gonzales se había quebrantado, por lo que los representantes de las víctimas solicitaron que el Estado adopte medidas provisionales para garantizar la atención médica así como también la entrega inmediata de medicamentos según su necesidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos inicia la deliberación del caso el 26 de agosto del 2015, dictando sentencia en San José, Costa Rica el 1 de septiembre del mismo año en la que se determinó: la responsabilidad del Estado ecuatoriano por violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud en perjuicio

de Talía Gonzales Lluy de acuerdo con el artículo 4 y 5 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención, cuyos aspectos relevantes de esta sentencia serán analizados en el capítulo tercero.

En relación a la reparación integral ordenada en la Sentencia, frente a la declaratoria de responsabilidad estatal será desarrollada en el capítulo tercero.

El Derecho a la Salud como derecho vulnerado en el presente caso:

2.3.- Normativa internacional referida al derecho de salud:

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados acerca de los instrumentos internacionales, considera sinónimos a los tratados, convenios, acuerdos, pactos, etc., por lo que en el artículo 2, numeral 1, literal a: “se entiende por instrumento internacional, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (Convención de Viena, 1980)

Los tratados, convenios y otros instrumentos internacionales; son acuerdos celebrados entre Estados, en el caso del Ecuador para su vigencia se requiere que estén debidamente ratificados conforme lo ordena la Constitución de la República del Ecuador a partir del artículo 417 y siguiente; a manera de ejemplo podemos citar a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Política de VIH, la Declaración de Derechos Humanos, la Declaración de lucha contra el VIH/SIDA de las Naciones Unidas, entre otros, como convenios ratificados y vigentes para el Estado ecuatoriano.

Creo conveniente tratar varios instrumentos internacionales que tienen como objetivo la defensa de los derechos de las personas que viven con VIH, entre los más importantes se encuentra: la Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/ SIDA (2001), que tiene como objetivo principal poner fin a la transmisión del VIH, proporcionar tratamiento a todos los infectados, realizar campañas para la información de la propagación del virus, apoyo psicológico a los infectados, así como también informar sobre los medios de propagación del virus; además obliga a los Estado parte al compromiso de erradicar todas las formas de discriminación y el fácil acceso al servicio de salud. (Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/ SIDA, 2001)

La Declaración Política sobre el VIH/SIDA (2011), es un instrumento que engloba el compromiso de los Estados para mediante políticas garantizar los derechos de las personas que viven con VIH/SIDA.

De igual manera, las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA (2006) y los derechos humanos son; “el resultado de diversas peticiones en vista de la necesidad de que los gobiernos y otros dispusieran de orientación sobre la mejor forma de promover, proteger y respetar los derechos humanos en el contexto de la epidemia de VIH” (Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los DDHH, introducción, 2006, p. 9)

TERCERA DIRECTRIZ: Los Estados deberían analizar y reformar la legislación sanitaria para que se preste suficiente atención a las cuestiones de salud pública planteadas por el VIH, a fin de que las disposiciones sobre las enfermedades de transmisión casual no se apliquen indebidamente al VIH y que dichas

disposiciones concuerden con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Referente a esta directriz, se establece que la legislación sanitaria cuente con financiación para así poder contar con servicios de prevención y tratamiento para personas que viven con VIH/SIDA, así como también adoptar precauciones para el control de este virus en centros sanitarios y permitir que el personal de dichos centros estén capacitados de una forma adecuada para tomar estas precauciones así como también estén capacitados para el trato con personas que padezcan esta enfermedad.

Estas directrices están enfocadas a sugerir a los Estados medidas específicas con el fin de proteger los derechos humanos para las personas con el virus del VIH, así como también están destinadas a proteger a este grupo de personas en estado de vulnerabilidad frente a casos de discriminación.

Existen normas internacionales referentes al derecho a la salud, las mismas que han sido tomadas en consideración al momento de dictar la sentencia del caso “Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador”.

2.3.1.- Declaración Universal de Derechos Humanos:

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es un instrumento de obligatoria aplicación, cuando se trata de la búsqueda de justicia sobre los derechos del hombre.

El artículo 25 de esta declaración manifiesta:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. (DDH, 1948, art. 25)

2.3.2.- Convención Americana sobre Derechos Humanos

Esta Convención fue suscrita en 1969, el 22 de noviembre en Costa Rica, San José en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; el Ecuador ratificó esta Convención el 8 de diciembre de 1977. (CADH, 1969, preámbulo) Por lo tanto nuestro país es un estado parte, por lo que está obligado a acatar las normas establecidas en esta Convención.

“Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (Convención Americana, 1969, Art.1)

Como he redactado en líneas anteriores, el derecho a la salud se encuentra en una relación estrecha con el derecho a la vida y a la integridad personal, esta Convención establece:

Artículo 4.- Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida... (Convención Americana, 1969, Art.4)

Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral... (Convención Americana, 1969, Art.5)

Es importante recalcar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que en caso de vulneración de un derecho fundamental se tomaran las medidas necesarias, que es lo que sucedió en este caso específicamente:

Artículo 63.- 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Convención Americana, 1969, Art.63)

2.3.3.- Convención sobre los Derechos del Niño

Esta Convención fue aprobada como un Tratado Internacional vinculado al respeto de los derechos humanos el 20 de noviembre de 1989.

El artículo 24 de esta Convención establece:

“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:

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 24)

Este artículo fue tomado en cuenta en el procedimiento del caso, ya que Talía Gonzales era una niña al momento en el que fue contagiada del virus de VIH, además como niña en estado de vulnerabilidad por su enfermedad.

Otro de los derechos más importantes establecidos en la Convención sobre derechos del Niño, es la no discriminación por razones de condición del niño, sean estas por discapacidad, por pertenecer a grupos minoritarios o indígenas, refugiados, así como por estar en estados de vulnerabilidad como en el caso de padecer VIH/SIDA. Lo que pretende generar el citado cuerpo normativo es que sea cual sea la condición del niño, a él y a su familia se le debe garantizar el goce de sus derechos fundamentales establecidos en la Convención, estos derechos son entre otros: el derecho a un nombre, a la nacionalidad, a la identidad, a la salud, a la no explotación, la protección contra el trabajo de menores, entre otros.

2.3.4.- Declaración de la ONU/ONUSIDA

El 8 de junio del 2011 se dicta la declaración política sobre el VIH/ SIDA como un programa de las Naciones Unidas con el objetivo de acelerar la lucha contra el VIH a nivel mundial y poner fin a la enfermedad del SIDA para el año 2030. Cinco años después, el 8 de julio del 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba y se compromete nuevamente con la declaración política sobre el VIH y el SIDA. (Asamblea General, 2011, obtenido de http://www.unaids.org/sites/default/files/sub_landing/files/20110610_UN_A-RES-65-277_es.pdf)

El objetivo principal de esta organización es “ofrecer programas de prevención, tratamiento, atención y apoyo que ayudarán a reducir considerablemente las nuevas infecciones, aumentar la esperanza de vida y la calidad de la misma, así como promover, proteger y realizar todos los derechos humanos y la dignidad de todas las personas que viven con el VIH y SIDA, de aquellos que tienen riesgo de contraerlos o la posibilidad de que sus familias también puedan ser afectados” (http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2016-political-declaration-HIV-AIDS_es.pdf, “declaración política sobre VIH/SIDA”)

Esta iniciativa planteada por las Naciones Unidas tiene como proyecto reducir las nuevas infecciones de VIH/SIDA, así como también las muertes a causa de esta enfermedad, con el único fin de que en el año 2030 se erradique totalmente este padecimiento; para lo cual principalmente se necesita de financiamiento por parte de los Estados.

Esta declaración política sobre VIH/SIDA relaciona de forma directa la pobreza y la mala salud, ya que esta situación no permite el acceso a los servicios relacionados con el tratamiento integral como son medicamentos, tratamiento tanto físico como psicológico; y a servicios de nutrición y atención adecuados. Esto quiere decir que la persona que vive en la pobreza, se encuentre en un estado de vulnerabilidad, la misma que aumenta cuando es una persona con el virus del SIDA; es por esto que se reconoce la necesidad de generar mejoras en la calidad de vida de las persona con esta enfermedad, para lo cual es necesario la colaboración de los Estados y así poder implementar políticas que eliminen los rangos de pobreza, que permitan el acceso a la educación gratuita no discriminatoria, a la información sexual, y que se promueva una vida sana y un bienestar total.

Cabe recalcar que si bien han aumentado las políticas para evitar la propagación del virus, han aumentado también los casos de discriminación especialmente para la parte más vulnerable que son las niñas y las mujeres debido a la explotación y la violencia sexual que se da por la desigualdad de género.

El 8 de junio de 2016, el Ecuador asistió a la reunión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el objetivo de sumarse a la Declaración Política sobre VIH/SIDA, razón por la cual nuestro Estado se ha comprometido a implementar una serie de políticas públicas con la intención de reducir al máximo el riesgo de la población del contagio de esta enfermedad, con el mismo compromiso de erradicar el SIDA en nuestro país para el año 2030, mediante políticas que permitan un servicio de atención medica eficaz, el suministro de medicinas, la no discriminación y todo el plan que contiene el acuerdo al buen vivir, en cumplimiento con las disposiciones constitucionales.

Es pertinente aplicar esta declaración en el caso analizado, ya que al ser una declaración cuyo objetivo es erradicar el virus del VIH, tiene gran importancia, ya que mediante políticas y medidas que toman los Estados frente a esta situación, benefician a las personas que dentro de su ordenamiento jurídico viven con este virus, por lo que esto les facilitara sus medicinas y tratamiento para así poder brindarles una calidad de vida en desarrollo, así como también una vida más tranquila, sin discriminación, tratados con igualdad.

De igual manera, no es solo beneficio para las personas ya contagiadas, sino para todos los que habitan dentro del ordenamiento de dicho estado, ya que estas medidas buscan reducir el contagio de este virus.

2.4.- Derecho a la salud contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente, establece como deber primordial garantizar el goce pleno de los derechos establecidos en la misma y en tratados internacionales, entre ellos los derechos de salud, educación, alimentación, entre otros. Estos derechos se garantizaran sin discriminación por razones de condición social, económica, estado de salud, o en el caso puntual el ser portador de VIH/SIDA mediante políticas publicas sociales, económicas.

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado

garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (Constitución, 2008, art. 32)

En materia de derechos humanos nuestra Constitución en varios artículos resalta la obligación del Estado frente a esta temática, así:

Art. 3 No. 2: “Son deberes primordiales del Estado: 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres y la seguridad social” (Const., 2008, art. 3.2)

“Art. 16: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución” (Const., 2008, art 16)

“Art. 17: El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.” (Const., 2008, art 17)

La Constitución del Ecuador, 2008, da una consideración especial a los niños, niñas y adolescentes, quienes por su situación se encuentra en un estado de vulnerabilidad, en este

sentido la Convención sobre los derechos del Niño manifiesta que este estado de vulnerabilidad se da por la indefensión misma que presentan los menores de edad, mucho más cuando este sufre una enfermedad catastrófica como es el virus del VIH, ya que se encuentra en una situación permanente de riesgo y tienen una exposición directa a la discriminación. Al respecto nuestra Constitución establece:

“Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán **atención prioritaria y especializada**²⁷ en los ámbitos público y privado...” (Const., 2008, art. 35)

“Art. 50.- El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.” (Const., 2008, art. 50)

En lo que hace referencia a normativa secundaria, las normas citadas tendrán concordancia con el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Salud, el mismo que señala:

“El Estado reconoce al contagio y la transmisión del VIH-SIDA, como problema de salud pública. La autoridad sanitaria nacional garantizará en sus servicios de salud a las personas viviendo con VIH-SIDA atención especializada, acceso y disponibilidad de medicamentos antiretrovirales y para enfermedades oportunistas con énfasis en medicamentos genéricos, así como los reactivos para exámenes de detección y seguimiento. Las responsabilidades señaladas en este artículo

²⁷ La negrita me pertenece.

corresponden también al sistema nacional de seguridad social.” (Ley Orgánica, 2006, art. 67)

La vulneración más clara cuando se trata del derecho a la salud a las personas portadoras del virus del VIH, es la discriminación y el maltrato, discriminación que se ve reflejada en la mala o negligente atención médica, la falta de suministración de medicamentos que son los antirretrovirales y exámenes de seguimiento para ver el conteo de células CD4 y carga viral, entre otras. (Manual de DDHH y VIH en Ecuador, 2015, p. 113)

La Ley Orgánica de la Salud, es una ley que va de acuerdo con lo que proclama nuestra Constitución, así mismo concuerda con varios de los tratados y convenios internacionales de los cuales nuestro país es miembro. Este cuerpo normativo tiene como principal objetivo “regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la Republica y la ley. Se rige por los principio de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficacia... (Ley Orgánica, 2006, art. 1)

Cuando de salud hablamos, no solo se hace referencia a un estado de enfermedad, sino que se refiere al completo y adecuado estado físico, mental y social. “Es un derecho humano inalienable, indivisibles, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde el Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables” (Ley Orgánica, 2006, art. 3)

Es importante tener en cuenta que sobre este caso, es decir sobre las personas con el virus del VIH/SIDA, esta ley manifiesta:

“Art. 9.- Corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de las personas, para lo cual tiene, entre otras, las siguientes responsabilidades:

(...) f) Garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad a bajo costo, con énfasis en medicamentos genéricos en las presentaciones adecuadas, según la edad y la dotación oportuna, sin costo para el tratamiento del VIH-SIDA y enfermedades como hepatitis, dengue, tuberculosis, malaria y otras transmisibles que pongan en riesgo la salud colectiva...” (Ley Orgánica, 2006, art. 9)

Es importante, por último hacer referencia a la legislación ecuatoriana que estuvo vigente en la época en la que se dio el contagio de VIH/SIDA a una niña de tan solo tres años de edad, Talía Gonzales.

La Ley de Aprovisionamiento de Sangre y sus derivados, era una ley con el objetivo de asegurar y supervisar el funcionamiento de los bancos de sangre del país. El artículo 1 de esta ley ordena:

“El aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados en el Ecuador, será responsabilidad exclusiva de la Cruz Roja ecuatoriana, institución que organizará para este efecto un sistema de bancos y depósitos de sangre, en las ciudades y servicios médicos que los requieran”. (Ley de Aprovisionamiento de sangre y sus derivados, 1986, art. 1)

Hoy en día, este tema se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Salud (2006) en su artículo 6 manifiesta:

“Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública:

8. Regular, controlar y vigilar la donación, obtención, procesamiento, almacenamiento, distribución, transfusión, uso y calidad de la sangre humana, sus componentes y derivados, en instituciones y organismos públicos y privados, con y sin fines de lucro, autorizados para ello;

9. Regular y controlar el funcionamiento de bancos de células, tejidos y sangre; plantas industriales de hemoderivados y establecimientos de aféresis, públicos y privados; y, promover la creación de éstos en sus servicios de salud” (Ley Orgánica, 2006, art. 6)

En 1987 estuvo vigente el Acuerdo de obligatoriedad de realización de pruebas de VIH en todas las unidades de sangre y derivados, el mismo que manifiesta:

“Artículo 1.- Todos los bancos de sangre del país, efectuaran pruebas de anticuerpo VIH obligatoriamente en todas las unidades de sangre y sus derivados”.

(Acuerdo de obligatoriedad de realización de pruebas de VIH en todas las unidades de sangre y derivados, 1987, art. 1)

“Artículo 3.- las instituciones o personas que no acataren lo dispuesto en el artículo 1 de este Acuerdo, serán sancionadas por las autoridades de salud...”

(Acuerdo de obligatoriedad de realización de pruebas de VIH en todas las unidades de sangre y derivados, 1987, art. 3)

La Ley Orgánica de Salud, que es la que está vigente, sobre este tema, establece:

“Art. 75.- Los establecimientos autorizados para coleccionar unidades de sangre, previamente a su utilización en transfusiones, están obligados a realizar las

pruebas para determinar el grupo y factor sanguíneo y la presencia de anticuerpos irregulares, así como las serológicas para los marcadores de infección, determinados en la reglamentación correspondiente de acuerdo con el perfil epidemiológico local, regional y nacional y los avances tecnológicos.” (Ley Orgánica, 2006, art. 75)

En el 2012, se implantó una política pública de protección social para los niños que viven con VIH, la cual trata sobre el financiamiento por parte del Estado a todas las personas que se encuentren en responsabilidad de un menor de 14 años con VIH/SIDA, con el fin de utilizar estos medios en tratamientos médicos, educación, alimentación y así mejorar su salud y su calidad de vida. Este financiamiento se encuentra condicionado a la asistencia escolar, medica, controlando la asistencia escolar como la asistencia a ciertos establecimientos médicos.

Por último, nuestro país demuestra un verdadero progreso cuando se trata del suministro de antirretrovirales para las personas contagiadas con VIH/SIDA, así como también ha progresado en el servicio para detener nuevas infecciones; de esto nos podemos dar cuenta ya que, en el 2009 solamente un 39% de personas contagiadas tenían acceso al tratamiento de su enfermedad, mientras que en el 2011 aumento al 67%.

<http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2012/october/20121003aecuador>, políticas públicas en el Ecuador), de tal forma que se afirma que:

“En 2001, se introdujo una política de servicio sanitario para asegurar que las mujeres embarazadas que vivían con el VIH tuvieran acceso a los controles previos y posteriores al nacimiento y que pudieran dar a luz en un centro sanitario.

Las campañas para alentar a las embarazadas a hacerse la prueba del VIH se realizan regularmente y han resultado exitosas en los últimos años. En 2011, 279 064 embarazadas (el 78% de todas las embarazadas) se hicieron la prueba. 684 de ellas recibieron el diagnóstico seropositivo. De ese grupo, el 95% de las mujeres embarazadas que vivían con el VIH recibieron tratamiento para el VIH con el fin de prevenir la infección por el VIH a sus hijos. En 2011, se registraron 30 niños nacidos con el VIH en Ecuador.

(<http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2012/october/20121003aecuador>).

Conclusión:

El objetivo central de este capítulo es la referencia a los hechos que motivaron el reclamo por parte de la familia de Teresa González Lluy ante los organismos que representan la administración de justicia a nivel internacional, para lo cual hemos analizado los asuntos que resultan relevantes no únicamente para entender la situación jurídica del caso en concreto, sino además la situación humana que vivió una niña, su madre y su hermano, constatando el impacto que esto tuvo en su proyecto de vida.

Es así que a lo largo de esta parte de la investigación, se constató como Talía González con apenas 3 años de edad y producto de una actuación negligente por parte de la Cruz Roja Ecuatoriana, de sus funcionarios y del médico tratante de la víctima realizaron una transfusión de sangre, con la donación de una persona infectada con VIH/SIDA lo que ocasionó evidentemente el contagio de la menor, que ante esta situación en los hechos fácticos se desprende la presión personal que intentó generar el doctor PMT –en aquel

entonces médico de la Clínica Humanitaria Pablo Jaramillo y Director de la Cruz Roja del Azuay-, así como también es evidente la responsabilidad del Estado al haber confiado en entidades privadas para que brinden servicios de salud tan importantes como el manejo de los Bancos de Sangre a nivel nacional, sin una normativa clara, así como sin el control estatal necesario para la verificación de calidad de esta prestación de este servicio.

En los hechos generales desarrollados, se pudo conocer la persecución que existió en contra de Talía, quien con tan solo 5 años de edad fue perseguida por el Estado para poder estudiar en centros educativos de nivel inicial, actuación estatal ejercida por parte del Ministerio de Educación y que tuvo como motivación una Acción de Amparo Constitucional presentada por la Sra. Teresa Lluy, garantía jurisdiccional que tuvo como objetivo que se le permita a su hija asistir a centros de educativos públicos, ante lo cual la Función Judicial, por intermedio del Tribunal de Contencioso Administrativo del Azuay considero que el derecho a la educación de su hija estaba garantizado, al permitirle en su calidad de contagiada de VIH estudiar en metodologías a distancia, sin contacto con niños de su edad, es decir completamente relegada, discriminada por parte del propio Estado, esta decisión se la tomó en una aparente ponderación de derechos entre el interés general de los demás estudiantes y los intereses de Talía.

Los lamentables acontecimientos continúan con la presentación de una Acción Penal, instaurada en septiembre de 1998, en donde resalta la intención del Juez Cuarto de lo Penal de Cuenca de cerrar por varias veces el sumario dentro del proceso alegando la falta de las pruebas del caso, cuando ya habían sido incorporados los análisis de sangre del padre, madre y hermano de Talía, así como de la persona que había realizado la Donación, fueron presentados también los informes periciales pertinentes, merece una atención especial la

prueba en la cual se verifica la revictimización de la víctima en este proceso, cuando una niña de tan corta edad tuvo que realizarse una prueba ginecológica para descartarse una posible violación –hecho del cual Talía declaró ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ser una de las experiencias que más le ha marcado en su vida-. Este caso, tuvo que esperar la realización de la prueba en Bélgica para que se pueda dictar una sentencia en contra de MRR persona que receiptó la donación de sangre, pero se dictó el sobreseimiento en contra del resto de funcionarios de la Cruz Roja Ecuatoriana en calidad de encubridores. Este proceso recién tuvo un resultado real el 13 de Diciembre del 2001, con la emisión de una boleta de captura contra la autora que ya había desaparecido de la ciudad para posteriormente en el 2005 declararse la prescripción de la acción, es decir en estricto sentido nadie cumplió una pena por este delito, lo que constató que el Estado tampoco realizó ningún esfuerzo por ubicar a la persona que produjo este irremediable daño en contra de Talía.

La tenacidad de la Sra. Teresa es evidente, así como la actuación de la Función Judicial del Ecuador pues fue interpuesta una Acción Civil en contra de la Cruz Roja Ecuatoriana por daños y perjuicios el 26 de septiembre del 2001, la cual fue declarada sin lugar 6 años después por la Corte Superior del Azuay –luego de un recurso de apelación que ratificó la sentencia de primera instancia-, bajo esta circunstancia Talía consideró con sus abogados que había agotado todas las instancias a nivel nacional.

En una explicación sobre la reclamación internacional, hemos extraído lo más relevante en cuanto al desarrollo de las reclamaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH-, con lo cual se puede tener una mejor comprensión de los hechos, los cuales al centrarnos en el caso concreto inició en el 2006 con un informe favorable de

admisibilidad en Agosto del 2005 y un informe de fondo en donde se declara la responsabilidad del Estado Ecuatoriano el 5 de Noviembre del 2013, es decir 8 años después de haber iniciado, se declara el accionar negligente de Ecuador y Talía tiene por primera vez una respuesta favorable a su petición de que se haga justicia.

Por último, se hizo un estudio del proceso desarrollado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos –que inició el 18 de marzo del 2014- siguiendo la misma metodología, es decir comprendiendo los aspectos normativos que guían el accionar de este órgano jurisdiccional internacional, para concentrarnos en los aspectos centrales que en esta instancia se desarrolló en el caso investigado, resulta importante la propuesta de reparación integral que presenta el Estado ecuatoriano en la Audiencia Pública ante los miembros de la Corte, propuesta que en palabras de los representantes sería cumplida sin consideración de la sentencia que se dictare. En este proceso, se emite la sentencia definitiva el 1 de septiembre del 2015, es decir después de 17 años Talía, su madre Teresa e Iván su hermano tuvieron una respuesta a su petición de justicia, cuyo resultado es la declaratoria de la responsabilidad por parte del Estado ecuatoriano.

Finalmente, se realizó un análisis de la normativa referente a la vulneración del Derecho a la Salud en lo que se puede extraer la normativa vinculante a nivel internacional y a nivel nacional aquella normativa que estuvo vigente cuando los hechos se presentaron, así como aquella que ha sido modificada por la nueva normativa.

CAPITULO III

El presente capítulo realiza un análisis crítico referente a la vulneración al derecho a la salud el cual será realizado a luz de la sentencia emitida dentro del caso analizado, es importante decir que la valoración del mencionado derecho se lo analizará en base a los requisitos emitidos por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y como cada uno de estos parámetros fueron observados o inobservados en el caso de Talía Lluy.

Posterior a ello realizaremos un análisis doctrinario de los hechos relevantes del caso y de la resolución adoptada dentro del presente proceso para determinar la responsabilidad del Estado Ecuatoriano, precisando los diferentes elementos relevantes de análisis para comprender y justificar de mejor manera la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se desprenderá de la investigación realizada que el derecho a la salud es un servicio que podrá ser prestado por establecimientos tanto públicos como privados, los mismos que deben cumplir con ciertos requisitos para que este derecho se pueda ejercer a plenitud por parte de los ciudadanos, aclarando que el hecho de que este servicio esté en manos de establecimientos privados, no implicará en lo absoluto que el Estado deja de ser el garante final de este derecho; es por ello que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se centra en la inobservancia de las obligaciones en lo referente a la vigilancia a establecimientos que prestan esta clase de servicios.

Por último analizaremos la calidad de sentencia vinculante y obligatoria para el Estado Ecuatoriano, para cumplir este objetivo será necesario hacer referencia a cierta jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que conlleva además a la necesidad de pronunciarnos sobre el mecanismos de reparación elegido por

este organismo internacional para de forma integral intentar reparar el daño que se generó a Talía desde sus tres años de edad, así como la afectación al proyecto de vida de sus familiares más cercanos Teresa Lluy –madre- e Iván Lluy –su hermano-.

3.1.- Vulneración del derecho a la salud en el presente caso.

En relación a lo desarrollado en el capítulo primero de este trabajo, la Constitución de la República de nuestro país, es una norma permisiva e inclusiva cuando de derechos humanos se trata, dando un trato preferencial a todos los tratados internacionales con normas que contengan derechos más favorables –en materia de derechos humanos exclusivamente- que aquellos que se encuentran establecidos en la propia Constitución , y es precisamente en nuestra Carta Magna en la cual se establece que la salud²⁸ es un derecho fundamental, vinculado directamente con la realización de otros derechos de la misma calidad; siendo por ello un deber del Estado el garantizarlo.

De su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la Observación General número 14 expedida el 12 de mayo del año 2000, establece que el derecho a la salud comprende: un sistema de salud que brinde iguales oportunidades para poder gozar así del más alto nivel de salud, el derecho a la prevención y tratamiento de enfermedades y la lucha contra ellas, el acceso a medicamentos necesarios; el acceso igual

²⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (Const., Ecuador, 2008, art 32)

y oportuno a los servicios de salud básicos. (Pacto Internacional de DESC, 2000, art. 12, obtenido de

http://confdtsl.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14)

El derecho a la salud en el presente caso es analizado mediante un estrecho lazo con la vida digna y la integridad personal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, en relación al artículo 1.1 de la Convención; así como también tienen la obligación de imponer medidas para el respeto de estos derechos, así como prever las garantías necesarias, “no basta que los Estados se abstengan de violar derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares y necesidades de protección del sujeto de derecho...” (CIDH, sentencia “Talía Gonzales Lluy”, párr. 168)

De su parte el derecho a la integridad personal consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.1) está estrechamente vinculado con la atención a la salud humana, por lo que este derecho se vería vulnerado si existiese falta o inadecuada atención médica. La garantía del mismo, se vería reflejado mediante la implementación de mecanismos que vigilen el servicio efectivo de salud, es por esto que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.” (Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, 1948, art. 11). Esta es la razón por la cual, todo Estado

que pretenda garantizar el derecho a la salud, debe preocuparse porque los servicios e instalaciones dedicadas para la prestación de este derecho cumplan con ciertos requisitos esenciales, tales como lo indica el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

- a) “Disponibilidad.- Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud. Estos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado, así como los medicamentos esenciales...” (UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 12)

En el caso concreto, conforme a los hechos que son descritos en la sentencia, resulta imprescindible referirnos a la Disponibilidad de los servicios de salud con los cuales contaba el Estado Ecuatoriano para brindar los servicios de salud a la niña Talía Gonzales, al respecto debo realizar un análisis detallado de este requisito, frente a lo acontecido en el presente caso.

En lo que respecta al contagio que sufrió Talía en el Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, evidenció la carencia principalmente de un personal médico profesional debidamente capacitado, pues el contagio que se produce de VIH, parte del actuar negligente del personal de la citada entidad privada que no realizó conforme los protocolos correspondientes, el análisis respectivo de las pintas de sangre que habían sido donadas, inclusive de los hechos se desprendió que el procedimiento se dio recién al siguiente día de

haberse dado dicha donación, pero tan precaria resultó ser la formación profesional del personal bajo cuya responsabilidad se encontraba la sangre donada, que inclusive el Registro de Transfusiones del Banco de Sangre de la Cruz Roja y, los formularios de los donantes, presentaron borrones e incoherencias en cuanto a su registro.

A más de lo indicado, la Corte puntualiza que posterior al contagio de VIH, el Estado Ecuatoriano, conforme a su alegación probó la disponibilidad del servicios de salud requerido para atender a Talía durante su enfermedad, lo cual lo demostró con diferentes peritajes a lo largo del proceso –entre los más relevantes los informes presentados por: Diana Molina y Carmen del Rocío Carrasco-, en base a los cuales se pudo constatar que la atención a la víctima fue brindada permanentemente por más de una década, desde luego con las limitaciones propias del sistema sanitario ecuatoriano, pero sin que esto sea un argumento para declarar una responsabilidad internacional del Ecuador por la vulneración de derechos ante la ausencia de disponibilidad del servicio de salud brindado, argumento que se recalcó al momento de la alegación referente a la prestación del servicio de salud posterior al contagio. (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembres del 2015.; párr. 205)

b) “Accesibilidad.- Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- No discriminación.- los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles de hecho y de derechos, a los sectores más vulnerables y marginados de la población...

- Accesibilidad física.- los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población en especial los grupos vulnerables o marginados, como mujeres, niños, adolescentes, personas con VIH/SIDA...
- Accesibilidad económica.-...los pagos por servicios de atención de salud y servicios relacionados con la salud, deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que estos servicios sean públicos o privados, estén al alcance de todos...
- Acceso a la información.- comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud..." (UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 12).

En cuanto a la accesibilidad de manera general y en relación al caso en concreto debemos analizarla en primer lugar en referencia al acceso a los medicamentos que tuvo Talía para enfrentar su enfermedad, acceso del cual depende el goce del derecho a la salud de una forma adecuada. Esta obligación que debe brindar el Estado, en cuanto al criterio de accesibilidad que está siendo analizado, tiene un desarrollo más completo en lo determinado en las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos del año 2006, específicamente podemos citar la Directriz Sexta –revisada está en el año 2002-, que en la parte pertinente indica:

“Los Estados deberían adoptar medidas de políticas que regulen los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que existan suficientes medidas y servicios de prevención, adecuada información para

la prevención y atención de los casos de VIH y medicación inocua y eficaz a precios asequibles.

Los Estados también deberían tomar las medidas necesarias para asegurar a todas las personas, sobre una base sostenida e igualitaria, **la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH/SIDA, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas.**

Los Estados deberían tomar estas medidas tanto en los niveles nacionales como internacionales, prestando especial atención a las personas y poblaciones vulnerables”.²⁹(Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos, 2006, Directriz Sexta obtenida de http://data.unaids.org/pub/report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf)

En relación concretamente a los hechos, se evidencia que las personas con VIH requieren necesariamente de una prestación del servicio a la salud completamente integral, garantizando su acceso a bienes de calidad, servicios de prevención, tratamiento, atención, apoyo, suministro de tratamiento antirretrovirales, etc., que según Talía no le fueron brindados por parte del Estado Ecuatoriano – lo cual no quedo más que en una simple

²⁹ (Lo resaltado me pertenece)

alegación que no pudo ser probada o verificada por parte de los miembros de la Corte-, al punto que en sus declaraciones se reitera que el estado sí contaba con los medicamentos necesarios para que le sean suministrados, pero los mismos no le eran entregados en la forma y en el tiempo requeridos, además se alegó por parte de la víctima, que jamás se le otorgo la información necesaria para comprender y afrontar el contagio de VIH, por ende no se contribuyó para mejorar su situación de vida, sin embargo a criterio de la Corte -al cual me adhiero frente al análisis realizado- conforme a las pruebas aportadas durante este proceso, resolvió en el sentido de que si bien por parte de los Abogados de Talía se había sostenido que la familia de la víctima había tenido que asumir todos los tratamientos de su enfermedad en clínicas privadas, esto jamás fue probado, al punto que no existieron comprobantes válidos de los supuestos gastos en los que se había incurrido, por el contrario se demostró con la prueba aportada por parte del Estado Ecuatoriano, que Talía había recibido una atención integral en el Hospital Militar que pertenecía al ISSFA –al cual había tenido acceso debido a que su padre pertenecía al Ejército-, entidad pública en la que constaban sus historias clínicas y en la que inclusive se demostró que desde el año 2004 hasta el 2012 se le había suministrado el tratamiento con antirretrovirales.

En este sentido la sentencia concluye indicando que la Corte no cuenta con los elementos necesarios para no aceptar los hechos alegados y presentados por el Estado a través de la distinta información de los peritos designados, con lo que se excluye de responsabilidad del Ecuador en relación a la accesibilidad en el derecho a la salud (Corte IDH. Caso Gonzáles Lluy y otros vs Ecuador. Sentencia 1 de septiembre del 2015.; párr. 202)

A pesar de ello, en este punto difiero con lo indicado por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, pues el análisis de la Accesibilidad Física, no es debidamente realizado por parte del organismo internacional, ya que de los hechos narrados se desprende que Talía y su madre Teresa, se vieron obligadas a trasladarse desde Cuenca a la ciudad de Quito para su tratamiento, a esto debe sumarse el constante acoso al que fueron víctimas todos los miembros de la familia, su situación se agrava aún más cuando Iván debe quedarse en esta ciudad realizando trabajos a su corta edad, por la precaria situación económica de su madre. Con lo indicado, se verifica que el grado de vulnerabilidad que tuvo Talía, quién pertenecía a una familia de escasos recursos económicos, se verifica en el momento en que por su situación de salud se vio obligada a domiciliarse en otra ciudad – específicamente Quito- debido a la falta de acceso a un servicio de calidad y calidez en la ciudad de Cuenca, por lo que a criterio de la autora en este punto se evidencia la vulneración del derecho a la salud y por ende la responsabilidad estatal correspondiente.

- c) “Aceptabilidad.- todos los establecimientos, servicios y bienes de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, los pueblos y las comunidades...deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”. (UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 12).

En cuanto al requisito de aceptabilidad, resulta necesario pronunciarnos sobre la ética profesional que presentan los profesionales de la medicina en este caso, siendo a criterio personal relevante la actuación del médico PMT quien en un principio fue quien atendió a Talía en su calidad de médico tratante en la Clínica Humanitaria Pablo Jaramillo y que al enterarse del contagio de la víctima presionó a la madre para que no denuncie el hecho a

cambio de tratamiento y atención médica gratuita, a esto debe sumarse el trato discriminatorio del que fue víctima Talía por los médicos de los Hospitales Públicos en los que fue tratada por su enfermedad, circunstancia que acredita la falta de normativa de aquella época para sancionar esta clase de actuaciones a los profesionales de la salud por parte del Estado Ecuatoriano, lo que le convertiría en responsable frente a esta clase de hechos.

- d) “Calidad.- todos los establecimientos, servicios y bienes de salud deberán ser aceptables y apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad, ellos requiere personal capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”. (UN, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 12)

Es quizá este el elemento en el que con mayor evidencia se demuestra la forma negligente en la que actuó el Estado ecuatoriano. El requisito de calidad en cuanto al derecho a la salud hace referencia a los diferentes estándares técnicos y de capacitación del personal que en aquel entonces brindaba servicios en el ámbito de las donaciones y transfusiones de sangre.

El criterio de la Corte es completamente adecuado, pues al hablar de la calidad hace referencia a la existencia de servicios como los bancos de sangre, que están relacionados de forma directa con el derecho a la salud de las personas, con lo cual el Estado debía regularlos de forma tal que pueda garantizar la supervisión y focalización correspondiente

-más aun cuando es delegado a entidades privadas-, considerando además la necesidad extrema de cuidado que se presenta, al realizar o ejercer este tipo de actividades.

Lógicas además resultan, las consideraciones realizadas por la Corte Interamericana en cuanto a la valoración de la ausencia de una regulación adecuada principalmente frente a la aplicación de sanciones ante los distintos incumplimientos en los que de forma evidente incurrieron los diferentes profesionales de la salud, quienes dicho sea de paso, jamás cumplieron con una condena frente a lo que ocasionaron en contra de Talía.

Esta decisión del Estado Ecuatoriano, de consagrar la posibilidad de otorgar vía delegación a favor de la Cruz Roja el manejo de los bancos de sangre – a esa fecha-, fue legalmente posible hasta que se publicó el Código Orgánico de la Salud³⁰ en el año 2006, a raíz de lo que el Estado nuevamente asume esta competencia, por lo que el análisis concluye que a pesar de las deficiencias normativas de la regulación, esta no fue de forma directa el inconveniente para declarar una responsabilidad estatal, pues esta actividad contaba – aunque de forma deficiente- con sus diferentes normativas, de tal manera que la afectación directa a la calidad del derecho a la salud se genera por la falta de supervisión y fiscalización – criterio cuya influencia en cuanto a la responsabilidad del Estado va a ser analizada en el siguiente acápite- a los bancos de sangre en la época en la que Talía de forma lamentable fue contagiada.

³⁰ Código Orgánico de la Salud.- Art. 72.- La autoridad sanitaria nacional licenciará, a través de la instancia competente, a los servicios de sangre (hemocentros, bancos, depósitos y servicios de transfusión) y a las plantas industriales de fraccionamiento de plasma, públicos y privados, de acuerdo a la normativa vigente. Art. 73.- Los hemocentros, bancos, depósitos y servicios de transfusión de sangre humana, deben mantener programas de gestión y control de calidad interna y externa, así como cumplir con las demás normas y disposiciones que para el efecto dicte la autoridad sanitaria nacional.

De otra parte, frente a los hechos concretos, las pruebas que le sirvieron a la Corte para llegar a estas conclusiones, entre otras fueron; que los Bancos de Sangre de la Cruz Roja ecuatoriana operaban con muy bajos recursos; no existía y peor aún se mantenían registros con información detallada e íntegra de los donantes que se acercaban a la Cruz Roja; y, para finalizar, el accionar negligente del personal médico de la institución quedó plenamente evidenciado cuando con una actitud irresponsable, no registraron las donaciones de sangre que eran realizadas luego de las 6 de la tarde.

En base a ello, la Responsabilidad Estatal como **resolución**, tiene una congruencia lógica-fáctica que considera la precariedad y las condiciones irregulares en las que operaban los diferentes Bancos de Sangre del Ecuador, entre los que estuvo la Cruz Roja del Azuay de dónde provino la sangre que contagió a Talía. Se puede evidenciar además lo que puede suceder ante la peligrosa falta de supervisar y fiscalizar este tipo de actividades, siendo además un potencial riesgo para la vida, integridad física y derecho a la salud de la comunidad en general, debido a los servicios que presta la entidad antes señalada.

Este daño a la salud, por declaración expresa de la Corte al momento de resolver, implica una afectación al derecho a la vida de Talía, por la gravedad de la enfermedad que contrajo y por los riesgos que pudo llegar a enfrentar -nótese de esta forma la dimensión que toma el del derecho a la salud en la presente sentencia al estar ligado de forma directa con el derecho a la vida-, responsabilidad que se produce ante la falta de cumplimiento de la obligación negativa del Estado Ecuatoriano de NO afectación a la vida, que se demuestra con el contagio de Talía, por lo expresado es evidente que exista una responsabilidad declarada en contra del Estado ecuatoriano.

Por lo tanto, en este caso puntual se evidencia la contribución que genera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la vulneración al derecho a la vida que no exige exclusivamente el fallecimiento de su titular para su tutela judicial, sino que bastarán secuelas y lesiones que se generan por circunstancias de las que son responsables los diferentes Estados signatarios.

Al respecto de lo indicado y a manera referencial como la forma en la que debe entenderse la vulneración al derecho a la vida está recogido en el “CASE OF OYAL v TUEKEY” sustanciado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –caso que sirvió como una referencia para los jueces en la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso analizado, resolución en la cual se indica en el párrafo 55 lo siguiente:

“Además, el Tribunal de Justicia ha examinado en varias de las denuncias formuladas en virtud del artículo 2 del Convenio, cuando las personas sufrieron heridas graves como resultado de actos ilegales perpetrados contra ellos y se ha aceptado que la disposición antes mencionada podría aplicarse en Circunstancias excepcionales incluso si las víctimas no hubieran muerto “
(Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Oyal vs Turquía, 2010 párr. 55 obtenido de <http://www.hivlaw.ch/weitere-rechtsfragen/CASE%20OF%20OYAL%20v.%20TURKEY.pdf>).

Si bien el análisis que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiere a la existencia de la vulneración al derecho a la vida y a la integridad personal en base a la normativa internacional previamente analizada, sería imposible dejar de observar que el vehículo adecuado para dicha afectación se refiere de manera directa a la violación del

derecho a la salud de Talía González Lluy, es decir que fue el derecho a la salud el que directamente se vulneró por parte del Estado Ecuatoriano, que conforme al caso en concreto se dio por la omisión de todos los procedimientos diligentes al momento de una transfusión de sangre que generó que una niña de tan solo tres años de edad quede sujeta a una nueva realidad física distinta a la normal frente a un contagio con VIH.

3.2.- Responsabilidad estatal frente a la trasgresión al derecho de salud.

3.2.1.- Elementos de responsabilidad estatal internacional abordados en el caso

El presente análisis doctrinaria va a girar inicialmente en torno a entender cuando un Estado puede ser considerado como responsable internacionalmente, para lo cual y de una forma totalmente general es conveniente, citar el concepto de responsabilidad que nos trae el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, el mismo que señala:

“**Responsabilidad.**- Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado... Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consiente y voluntario. El talión económico jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello. **DEL ESTADO.**- Como persona de Derecho Público, solo es posible hablar de responsabilidad civil; y ello corresponde a concepto relativamente moderno, ya que en tiempo antiguos el Estado, como soberano, o el soberano como Estado, eran irresponsables...(Cabanellas, 2003, p.352)

Sin embargo este criterio jurídico resulta ser mucho más amplio y complejo que lo expuesto en los párrafos anteriores, y es quizá a mi criterio imprescindible el entender cómo surge la necesidad de establecer la responsabilidad que puede tener principalmente un Estado, frente a las vulneraciones de derechos humanos.

La responsabilidad estatal ha ido evolucionando con el pasar del tiempo, se podría decir que en el pasado no existía responsabilidad del Estado ya que más que por leyes, las sociedades eran regidas por creencias religiosas las mismas que lograban convencer a los gobernados por un Rey, que las decisiones que él tomaba eran como un mandato enviado por Dios, es así que la población no tenía el derecho de realizar quejas, incluso no eran capaces de reclamar por los daños causados por las decisiones del Estado. Esta es una situación que se mantuvo hasta la Revolución Francesa en donde se empezaron a fundar ideas diferentes dándole el poder al pueblo para que los representantes políticos trabajen por y para ellos. Estos reclamos del pueblo se fueron haciendo más frecuentes dando lugar a la responsabilidad del Estado fundada principalmente en una responsabilidad que recaía sobre los funcionarios públicos, esto quiere decir que fue otro momento de la historia en donde todavía se consideraba un Estado irresponsable pero las teorías fueron evolucionando y dieron paso a la responsabilidad directa del Estado basando esta expresión en que los servicios prestados por funcionarios públicos son aquellos que emanan del Estado mismo. (Fabián Huepe Artigas, Op. Cit., p. 26, Fernando Durán Oyervide, *Ibíd.*, pp. 25-26, citados en la tesis de Santiago Castillo Iglesias, 2010 pp. 11-12)

Por lo que de forma concreta se debe partir el análisis con el nacimiento de lo que entendemos como Estado –desde una visión moderna- surge una nueva lógica de lo que debe ser considerado el ejercicio del poder público, conforme a lo indicado es con la

Revolución Francesa –1789-, bajo criterios de respeto a ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, se comprendió que las diferentes autoridades no podían ejercer su poder de una forma tal que afecte a aquellos que habían decidido renunciar a ciertas libertades para intentar alcanzar el bienestar común, en términos mucho más sencillos, lo que se pretendía era trazar los límites que no podían ser sobrepasados en base a actuaciones discrecionales o autoritarias de quien ejercía el poder en un momento determinado. Bajo estas consideraciones y con la promulgación de las diferentes ideas de libertad, se comienza a visualizar a un ser humano, a una persona como sujeto de derechos y de dignidad que merece y exige respeto, pero ya no únicamente de los individuos con quienes convive en sociedad, sino por quienes actúan por delegación del pueblo, es decir por aquellos a quienes se les ha entregado Autoridad dentro de la sociedad. (Álvarez Londoño., Luis, *Responsabilidad por las violaciones de derechos humanos en la Carta de Naciones Unidas*, s/a, p. 19).

Con el surgimiento de los Estados de derecho y con la democracia, aparecen también los Derechos Humanos, cuya existencia y respeto de la dignidad del hombre deben ser un compromiso a nivel internacional, así por ejemplo la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 1³¹ numeral tercero manifiesta la necesidad de la cooperación internacional y el estímulo que debe tener la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

³¹ Carta de las Naciones Unidas, artículo 1.3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;...

De esta manera, se afirma que las obligaciones principales de un Estado en lo que se refiere a derechos humanos parte del reconocimiento de dos criterios básicos como lo son: el respeto y la garantía del ejercicio de dichas prerrogativas, de tal forma que cuando un Estado es condenado o declarado responsable por la vulneración de derechos humanos implica que sus garantías han sido afectadas y que el límite impuesto al poder público no ha sido respetado, en detrimento con los atributos de toda persona humana. (Álvarez Londoño., Luis, *Responsabilidad por las violaciones de derechos humanos en la Carta de Naciones Unidas*, s/a, p. 21-23)

En lo que respecta a estas dos obligaciones, la Corte Interamericana ha realizado sus pronunciamientos en relación a la manera en cómo deben ser consideradas tanto la obligación de respeto y la de garantía –a las que nos referimos en líneas anteriores-, análisis que lo realizan bajo el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, criterios recogidos en la obra de Felipe Medina que manifiesta:

- a) La obligación de **respetar** los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, pues el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado, razón por la cual no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. En otras palabras, se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que solo puede penetrar limitadamente.
- b) La obligación de **garantizar** el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo cual implica el deber de

los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, previniendo, investigando y, sí es del caso, juzgando y sancionando toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como procurando el restablecimiento el derecho vulnerado (de ser posible) y reparando los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (Medina Ardila, F., s/a, p. 12-13).

Por lo tanto, la interrogante planteada sobre conocer cuando es el momento en que surge la responsabilidad internacional del Estado se da al incurrir en un hecho ilícito internacional, que se le pueda atribuir a un Estado ante la falta de cumplimiento de las obligaciones detalladas en líneas anteriores y relacionadas a la materia en Derechos Humanos – en el caso ecuatoriano hace referencia al aplicación del Bloque de Constitucionalidad desarrollado en el capítulo I-, por lo tanto al faltar a este deber se atenta de forma directa al principio del pacta sunt servanda –en relación a las obligaciones internacionales asumidas-. La responsabilidad estatal estará presente principalmente cuando se atente en contra de obligaciones erga-omnes, como lo establecido en la Convención Americana en los artículos 1.1 y 2. (Medina Ardila, Felipe, *La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares*, s/a, p. 10-13).

De su parte, Angel Oriol Casanovas, en su obra “Compendio de Derecho Internacional Público”, destaca dos elementos de la responsabilidad estatal, primero destaca el hecho de un comportamiento que se pueda atribuir a un Estado, ya sea por acción o por omisión y,

por otro lado, que esta acción u omisión conlleve a una violación de una obligación internacional:

- **La atribución al Estado de un comportamiento.**- por regla general, se puede atribuir un comportamiento a un Estado cuando dicha conducta provenga de uno de sus propios órganos, o cuando provenga de una persona o entidad que ha sido facultada por el Estado a ejercer atribuciones del poder público. (Oriol, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 2015, p. 311-312)
- **La violación de una obligación internacional.**- esta violación se da cuando el comportamiento del Estado es incompatible, contrario, inconforme con lo que se obliga al Estado, es decir, cuando la conducta del Estado no va de acuerdo con lo que exige el Derecho Internacional. (Oriol, A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 2015, p. 315-316).

Una vez que se ha comprendido lo que abarca la responsabilidad estatal en materia de Derechos Humanos resulta importante realizar este análisis doctrinario a la luz de los hechos del caso en concreto; y, desde luego emitir un pronunciamiento sobre la declaratoria de responsabilidad de la República del Ecuador, todo esto relacionado con el derecho a la salud.

Los hechos analizados por la Corte Interamericana parten del reconocimiento de las obligaciones indicadas en párrafos anteriores, y que hacen referencia al respeto y garantía que se merecen de los Estados, todos los ciudadanos, para que sean efectivos los derechos humanos, por lo que la Corte recalca, que no únicamente se hablará de responsabilidad estatal, cuando no se respeten derechos y libertades (obligación negativa), sino además

cuando no se adopten los mecanismos que sean necesarios para garantizar el derecho de los ciudadanos (obligación positiva).

Debe notarse que de forma clara y adecuada la Corte determina que la función de los Estados en materia de Derechos Humanos, no significa únicamente el abstenerse de vulnerar derechos reconocidos a favor de las personas, sino por el contrario, igual importancia tendrá la adopción de actos positivos para implementar un adecuado goce de derechos por parte del titular de los mismos –tomando en consideración su realidad personal o la situación particular en la que se encuentre, es decir si estamos frente a niños, personas contagiadas de VIH, grupos de escasos recursos económicos, etc.-

Bajo este panorama, la Corte insiste en que la obligación positiva de cualquier Estado será el de generar medidas que vayan creando un marco jurídico normativo y legal para evitar que se afecte cualquier derecho fundamental reconocido a favor de las personas, derechos en los que lógicamente se encuentra también el derecho a la vida.

Por otro lado la Corte hace mención a que un Estado no podrá asumir una responsabilidad ilimitada frente a actos o hechos de particulares que tengan consecuencias jurídicas, y que impliquen una violación de derechos humanos; y que más bien cuando se den estas situaciones es necesario hacer un análisis sobre las particularidades de cada caso en concreto y determinar sí es que se han cumplido las obligaciones de garantía a las cuales tiene que responder el Estado.

Es así que en este caso puntual la Corte indica que la supuesta afectación de garantías fundamentales se origina en la conducta de entidades privadas específicamente, el Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, por lo tanto de forma correcta considera que la

obligación del Estado era la regulación y supervisión de la prestación de este servicio que evidentemente estaba relacionado al derecho a la salud, siendo una obligación estatal el corroborar la existencia de una relación de aceptabilidad entre los diferentes establecimientos, los bienes y los servicios y además que exista calidad desde un punto de vista científico y médico.

Es por esta razón, que la Corte consideró que el funcionamiento específico de los Bancos de Sangre presentan riesgos significativos para la salud de las personas y por lo tanto, haciendo un análisis en este caso concreto determina que el Estado está obligado a generar una regulación específica, más aun cuando la Cruz Roja en el año 1998 en su calidad de entidad era la única que podía manejar los Bancos de Sangre, por lo que el Ecuador tenía el deber de supervisar y fiscalizar a esta institución para que de esta manera se genere un cuidado necesario para las transfusiones de sangre y los controles necesarios para evitar casos como los que sufrió Talía.

Para dilucidar la responsabilidad o no del Estado ecuatoriano en este caso específico es la propia Corte la que establece como un punto de análisis central el verificar el cumplimiento del deber de supervisión y fiscalización a pesar de que estamos frente a una entidad privada que prestaba un servicio de salud. Sobre este particular, es importante citar al caso *Ximenes López Vs. Brasil*³² y, el caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*³³, pronunciamientos en los cuales la Corte determinó de forma general que para el caso puntual de la salud, indistintamente de que las personas se encuentren en una institución

³² Caso *Ximenes López Vs. Brasil*. Sentencia del 4 de Julio de 2006. Serie C No. 149.

³³ Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Sentencia del 21 de Mayo de 2013. Serie C No. 261.

pública o privada, siempre van a estar bajo el cuidado del Estado, por la naturaleza del derecho a la salud

Se agrega además que en estos casos puntuales se debe ejercer supervisión y control sobre las instituciones privadas. De su parte la Corte en el caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador³⁴ y en el caso Suárez Peralta vs. Ecuador³⁵ ha determinado que:

“cuando se tratan de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado) la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo” (Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Sentencia del 22 de Noviembre de 2007 y Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Sentencia del 21 de Mayo de 2013)

La Corte además identificó que existió una delegación de funciones de monitoreo y supervisión que estuvieron a cargo de la propia Cruz Roja que a su vez también manejaba los Bancos de Sangre, lo que resultaba totalmente problemático respecto a la debida diligencia que tenía que ser efectuada por parte del Estado, lo que generó que el organismo internacional considere que fue la precariedad e irregularidades con las que funcionaba el Banco de Sangre, la que generó que Talía sea contagiada con VIH, existiendo un incumplimiento de la supervisión y fiscalización por parte del Estado; pero esta observación es incluso más amplia pues indica que al haber continuado en funcionamiento

³⁴ Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Sentencia del 22 de Noviembre de 2007. Serie C No. 171.

³⁵ Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Sentencia del 21 de Mayo de 2013. Serie C No. 261.

este Banco de Sangre, en condiciones irregulares pusieron en riesgo la vida, la salud y la integridad de toda la comunidad.

Con estas consideraciones la Corte señala que ha existido una violación a la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía Gonzales Lluy en una entidad privada, especificando que estas omisiones han sido imputables al Estado ecuatoriano y que por lo tanto es el responsable por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación del servicio de salud en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida en relación a los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y su artículo 1.1.

En base a los hechos y consideraciones presentados en la sentencia, considero importante el analizar dos aspectos relacionados con la investigación, el primero que hace referencia a las obligaciones positivas y negativas que tienen los Estados para el correcto ejercicio y protección de los Derechos Humanos; y en segundo lugar la posibilidad de la existencia de una vulneración de derechos y garantías fundamentales por actos realizados por particulares.

En relación al tipo de obligación que asumen los estados para la correcta tutela de los derechos fundamentales, es importante señalar que se trata de una obligación de carácter general la misma que se caracteriza por ser negativa, por lo tanto existe por parte del Estado el deber de abstenerse de interferir con el ejercicio de tales derechos, así a manera únicamente de **ejemplo** esta obligación se verificará con el compromiso de no censurar a la libertad de expresión o el no torturar respecto a la integridad personal. Por lo tanto, esta obligación se traduce en la prohibición de interferir por parte de los representantes del

Estado en el ejercicio de los derechos protegidos; este tipo de prohibición se presenta principalmente como libertades fundamentales que tienen los individuos frente al Estado. (Faúndez, H., 2004, p.77-79)

Sin embargo, el respeto a los derechos humanos no únicamente presenta la obligación indicada si no también surge una de carácter positivo que establece una relación con las garantías a los derechos humanos conjuntamente con la obligación de que se emitan medidas que sean necesarias para hacer efectivos derechos y libertades, para lo cual es necesario que el poder público esté debidamente organizado, debiendo el Estado adoptar todas las medidas que estén a su alcance y de acuerdo a sus circunstancias, que desde luego sean razonables para asegurar el derecho de sus ciudadanos. (Faúndez, H., 2004, p.77-79)

En este sentido también se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Velásquez Rodríguez Vs. Honduras³⁶ y en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador³⁷; de lo indicado se puede inferir que en el caso concreto de análisis y partiendo de

³⁶ 165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, ... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21). 166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". (Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párrs 165 y 166)

³⁷ 127. Al respecto, esta Corte ha sostenido que, en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación erga omnes de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos¹⁵⁸. Por consiguiente, los Estados se comprometen no solo a respetar

la declaratoria de responsabilidad por parte del estado en relación a la falta de vigilancia y control de los actos que se realizaban en los Bancos de Sangre, se puede concluir que al Ecuador se le exigió el cumplimiento de una obligación positiva pues era su deber el garantizar, vigilar, auditar y fiscalizar que las transfusiones de sangre se hagan dentro de los estándares de calidad y profesionalismo que exigían frente a la prestación de un servicio que resultaba ser completamente delicado por los riesgos que se asumían.

En relación con los actos de particulares que vulneran derechos y garantías fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia de este para prevenir que un acto de un particular viole derechos humanos recogidos en instrumentos internacionales, pues ha afirmado que un hecho ilícito que atenta contra los derechos humanos y que inicialmente no es imputable de forma directa al Estado, por ser ejecutado por un particular, puede ser imputable al Estado no por el hecho que se ha cometido, sino más bien por la ausencia de la debida diligencia para evitar la afectación de los derechos reconocidos en la Convención. Bajo este criterio existen dos eventos diferentes en los que puede presentarse esta clase de responsabilidad: 1.- Cuando la violación del derecho es cometido por un particular que no fue prevenida por el Estado a pesar de que se tenía el conocimiento previo de la existencia de un riesgo que sea cierto, inmediato y determinado, y; 2.- Cuando es producida por entidades privadas a las que el Estado ha delegado la prestación de los servicios públicos. (Medina, F., s/a, p. 23- 24)

los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)¹⁵⁹. En este sentido, la Corte ha establecido que “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Cfr. Caso Saurez Peralta Vs. Ecuador, parr. 127)

En relación a esto la Corte Interamericana de Derechos Humano se ha pronunciado en los caso Ximenes Lopes Vs. Brasil³⁸ y caso Suarez Peralta vs. Ecuador³⁹.

En lo que hace referencia a la resolución adoptada por la Corte, es completamente adecuada en cuanto a la sanción impuesta al Estado ecuatoriano, pues el caso analizado si bien quien lo cometió fue un órgano privado –Cruz Roja de la Provincia del Azuay-, es clara la resolución en indicar que esta sanción obedece a la ausencia de fiscalización y supervisión a un servicio de salud, criterio que además está amparado en pronunciamientos previos de la Corte.

La responsabilidad declarada en contra del Ecuador está en concordación con lo expuesto, en el Ecuador, la Constitución vigente señala:

“Art 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la

³⁸ Por todas las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, inter alia, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes. (Cfr. Caso Ximenes Lopes v. Brasil, parr. 99)

³⁹ Los Estados son responsables de regular [...] con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, inter alia, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, [...] presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes. (Cfr. Caso Suarez Peralta vs. Ecuador, parr 134)

falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.” (Const., 2008, art. 11).

Según la Constitución del 2008, el Ecuador es un Estado de Derecho en el cual tanto “gobernantes como gobernados se encuentran sometidos al ordenamiento jurídico, las potestades públicas son ejercidas por las instituciones (órgano estructural) a través de sus funcionarios (órgano funcional), encontrándose el Estado al servicio de las personas, razón por la cual es responsable de los perjuicios ocasionados a los particulares por el desarrollo de la actividad estatal o por las omisiones en las cuales ha incurrido. En este sentido, todo órgano de poder público es responsable ante la sociedad sin excepción alguna, tiene el deber *a priori* de adecuar su actuación al ordenamiento jurídico, y con la obligación *a posteriori* de afrontar los perjuicios ocasionados a los particulares.” (Revista de Derecho No.12. Quito 2009)

Dentro de nuestra Constitución no existen normas jurídicas específicas que determinen cuales son las condiciones legales para que se opere la responsabilidad estatal, pero Roberto Dromi en su libro Derecho Administrativo señala que existen ciertas condiciones para algunos casos dentro de las cuales dan lugar a cuatro tipos de responsabilidad:

Responsabilidad subjetiva, que es aquella que exige que la conducta dañosa sea culpable, responsabilidad objetiva, no existe la presencia del daño subjetivo, responsabilidad material, el daño puede ser físico y apreciable en dinero y la responsabilidad moral, existe daño moral, el cual es indemnizable. (Dromi,R., 2001, p.67)

Para finalizar, la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u

omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana. También puede provenir de actos realizados por particulares, como ocurre cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren los referidos bienes jurídicos. En este orden de consideraciones, cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo. (Cfr. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 119).

3.3.- Sentencia vinculante y obligatoria para el Estado ecuatoriano.

Existen dos obligaciones primordiales dentro de la Convención Americana para los Estados parte: la obligación de respeto a los derechos y libertades, y la obligación de garantía a estos mismos derechos y libertades de una forma libre y plena para todas las personas sin discriminación alguna que estén dentro de su jurisdicción.

La obligación de respetar involucra no cometer, no apoyar o tolerar todos los actos o hechos que violen o agredan los derechos contemplados en la Convención. “Esta obligación es un límite y una restricción al ejercicio de la función pública que deriva de los derechos humanos y libertades como atributos inherentes a la dignidad humana” (Sánchez, N., s/a, p. 39).

Por otra parte la obligación de garantizar, implica que los Estados “deben garantizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructura a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Sánchez, N., s/a, p. 39).

Esta obligación no se minimiza a la simple existencia de un ordenamiento dirigido al goce efectivo de los derechos, sino que va mucho más allá, la Corte Interamericana demanda de forma imperativa una gestión por parte del gobierno que garantice el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades y de esta manera no se den violaciones a los derechos humanos y, sí se ha dado lugar a estas violaciones, es obligación del Estado investigar los hechos, identificar a los responsables e imponerles una sanción y de esta manera asegurar a la víctima sus derechos y una reparación; de no darse esto por parte del Estado, es notorio que se está cometiendo una violación a sus obligaciones internacionales.

Cabe recalcar que esta obligación no se basa en los hechos que han violado los derechos, sino en la inobservancia tanto por acción u omisión para evitar el daño y hacer respetar normas de protección por parte del Estado.

La responsabilidad ya sea directa o indirecta se ve complementado con el principio de subsidiariedad y complementariedad, estos principios que definen al sistema internacional como complemento del sistema interno, y así se da un trabajo conjunto. Los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar los derechos reconocidos dentro de su jurisdicción y, cuando estos no han actuado con la tutela debida, el sistema internacional ejerce sus funciones, es decir, “el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades

nacionales” (Nelson Camilo Sánchez, Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. p.42).

La sentencia del caso “Talía Gonzales Lluy y otros vs Ecuador” fue dictada el 1 de septiembre de 2015 en San José, Costa Rica. En ella se declara responsable al Estado ecuatoriano por violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud en perjuicio de Talía Gonzales Lluy de acuerdo con el artículo 4 y 5 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención.

La declaración de responsabilidad a un Estado conlleva al nacimiento de dos obligaciones básicas que este Estado tendrá dentro de su ordenamiento jurídico, la primera responsabilidad es aquella de cesar el incumplimiento si el hecho ilícito continua; cuyo objetivo final es poner fin al comportamiento contrario, mediante una oferta de medidas preventivas y garantías de no repetición; la segunda obligación consiste en la reparación íntegra del perjuicio ocasionado ya sea daño moral o daño material, con la intención de restablecer la situación que no se hubiera dado si dicho acto causante de la responsabilidad estatal no se hubiera dado. Esta reparación íntegra puede darse mediante restitución, indemnización o satisfacción, (Oriol, A., 2015, p. 323-324) es decir, según la doctrina internacional manifiesta que en caso de existir responsabilidad estatal se da una reparación íntegra del perjuicio causado con el fin de eliminar las consecuencias por el acto por el cual se dio la responsabilidad, de mediante tres formas básicamente

- La restitución consiste principalmente, en regresar al estado anterior, estado que existía antes de la vulneración del derecho.

- La indemnización, consiste en el pago de una cantidad de dinero, esta es la modalidad más usada en el sistema internacional.
- La satisfacción que es utilizada cuando las otras dos modalidades no se han podido adoptar. Por lo general consiste en una modalidad de carácter moral o simbólica, como por ejemplo una disculpa formal. (Ibídem)

Dentro de la sentencia analizada la Corte manifiesta que no existe la posibilidad de regresar al estado anterior la situación en la que vivía Talía, es decir, antes de que sea contagiada con VIH, la Corte toma en consideración el Caso Cruz Sánchez y otros, vs. Perú⁴⁰; por lo que la reparación se dará mediante otras modalidades.

La indemnización es una modalidad que sí se dio en la sentencia dictada del caso analizado, la Corte tuvo dos consideraciones acerca de la indemnización, sobre daño material e indemnización sobre daño inmaterial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de su jurisprudencia presenta la definición de daño material, en la sentencia del caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala manifiesta: el daño material “supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso, para lo cual fijará un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones

⁴⁰ La Corte declara al Estado peruano responsable por violación al derecho a la vida, en el cual, al no ser posible aplicar la restitución establece: La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron 491. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

que han sido declaradas...” (Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43)

Por daño inmaterial en la jurisprudencia de la Corte, específicamente en el caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala se manifiesta:

“...aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño moral o inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria. Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación...” (Cfr. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84)

Como sabemos, la familia de Talía, sufrió las consecuencias del contagio de la niña, por lo que, para que ella pueda tener una calidad de vida aceptable, su madre se endeudó con bancos y con particulares con el fin de pagar consultas médicas, alimentación, entre otros gastos que surgieron de acuerdo a sus necesidades; es por esto que en el veredicto de la Corte se ordenó al Estado Ecuatoriano pagar tanto a Teresa como Iván Lluy la cantidad de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada uno, por concepto de daño material, ya que fueron ellos los que por velar el bienestar de Talía,

su madre se endeudo para poder acceder a los tratamientos; por otro lado su hermano Iván dejó sus estudios para poder trabajar y brindarle a su hermana una mejor calidad de vida.

Por concepto de daño inmaterial, la Corte tomo en cuenta todo lo ocurrido en el presente caso, tanto el sufrimiento para Talía y su familia como el drástico giro que dio a su vida, el contagio de VIH a Talía, es por eso que la Corte fijo una indemnización equivalente a US\$ 350.000,00 (trescientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Talía Gonzales Lluy; US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Teresa Lluy, y US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Iván Lluy.

La satisfacción es otro mecanismo de reparación, por lo que en esta sentencia se dispone que en concordancia con otros casos, como por ejemplo el Caso Cantoral Benavides Vs. Perú⁴¹, que el Estado publique, en un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, el resumen de la misma y la integridad de la sentencia por un periodo de un año. Dentro de la satisfacción, la Corte considera que el Estado ecuatoriano al igual que otros casos, como es el caso anteriormente señalado “Cantoral Benavides Vs. Perú”, realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional⁴²; en conformidad con la jurisprudencia antes señalada, la Corte considera que otorgar una beca de estudio, es una forma de entregar a Talía una mejor calidad de

⁴¹ Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia del 3 de Diciembre de 2001. Serie C No. 88.

⁴² Este acto se realizara “con el fin de reparar el daño ocasionado a las víctimas y de evitar que hechos como los de este caso se repitan, disponer que el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el Ecuador, en relación con los hechos de este caso. En dicho acto se deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. Asimismo, deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado, así como con la participación de las víctimas de este caso.” (Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, párr. 81)

vida, de igual manera la entrega de una vivienda con el fin de garantizar el derecho a la vida⁴³

La sentencia destaca también otra forma de reparación que son las garantías de no repetición en materia de salud mediante la cual obliga el Estado a que a través de programas, capacitar a los funcionarios públicos, sobre los derechos de las personas con VIH, la implementación de normas se tomarán en cuenta lo establecido en la sentencia del caso “Albán Cornejo vs. Ecuador”⁴⁴

Según lo estudiado, lo analizado, como aporte personal puedo establecer que las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen cosa juzgada, por lo que los Estados parte tienen la obligación de acatar y reconocer la totalidad de la sentencia, en caso de incumplimiento de las sentencia, en el marco teórico de este trabajo, en relación a las garantías de las cuales hablamos en el primer capítulo, podemos darnos cuenta, que Talía, que en este caso es la víctima, podría, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, plantear la acción jurisdiccional por incumplimiento, la misma que tiene como objetivo principal hacer cumplir las sentencias dictadas por organismos internacionales de derechos humanos. Esta acción por incumplimiento se encuentra

⁴³ La Corte destaca que el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 3, subrayó la necesidad de dar protección jurídica, económica y social a los niños afectados por el VIH/SIDA para que tengan acceso a la vivienda, entre otros servicios, a fin de reducir su vulnerabilidad. Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 3 El VIH/SIDA y los derechos del niño. CRC/GC/2003/3. Marzo de 2003, párr. 31.; citado en Sentencia “Gonzales Llu y otros vs. Ecuador”, p.105)

⁴⁴ El Estado deberá llevar a cabo, en un plazo razonable, una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y aplicando la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales. 163. Al respecto, deberá tomar en cuenta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente emitida el 3 de febrero de 1995: “la obligación de todos los servicios de salud [de] mantener a disposición de los usuarios ejemplares de esta ley y exhibir el texto de los derechos del paciente en lugares visibles para el público”. La Corte también considera necesario que el Estado realice, en un plazo razonable, un programa para la formación y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que el Ecuador ha implementado relativa a los derechos de los pacientes, y acerca de la sanción por su incumplimiento. (Cfr. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 162-164)

prevista en nuestra Constitución, artículo 93⁴⁵, y regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“Art. 52.- Objeto y ámbito.- La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.” (Ley Orgánica, 2015, art.52)

Por lo tanto Talía Gonzales en calidad de víctima pro violación de derechos humanos, de los cuales es responsable el Estado ecuatoriano, según la declaración de responsabilidad estatal en la sentencia del presente proceso, en caso de que el Ecuador incumpla con lo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene todo el derecho de plantear esta acción y, así nuevamente buscar hacer respetar sus derechos ya que si bien se quiere que se dé el cumplimiento total de la sentencia internacional, se tiene garantías internas para garantizar este cumplimiento.

Tomando en consideración las formas de reparación previstas para el caso de Talía Gonzales, considero que la vida de ella como niña en ese momento, y ahora como mujer, dio un giro a partir del contagio de VIH, sí bien mediante esta reparación se busca mejorar la calidad de vida que le queda, no hay valor que pueda compensar el daño causado y nada

⁴⁵ Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional. (Constitución de la República del Ecuador)

de lo que se haga va a poder devolverle su salud, pero lo que dicta la Corte en mi consideración está acorde a todos los sucesos que tanto Talía como su familia tuvieron que atravesar, considero que lo que la Corte con sus manifestaciones logra, es garantizar el derecho violado para que, por ejemplo cuando de su salud se trate, Talía no tenga que pasar por todo lo que en años anteriores atravesó, y así no se repita lo acontecido.

Considero que es importante resaltar que con las medidas satisfactorias, lo que hacen en el Estado, no es solo por el bienestar de Talía, sino de todas las personas que formamos parte del Estado ecuatoriano, así no solo se garantiza el derecho de Talía por ser una persona en estado de vulnerabilidad, si no de todas las personas que alguna vez podemos necesitar de servicios de salud, los mismos que deben ser regulados por el Estado ecuatoriano, ya que este caso lo que refleja es la precariedad con la que funcionaban los establecimientos de salud, siendo esto una amenaza para toda la sociedad azuaya, cabe destacar que al momento del análisis de los hechos por parte de la Comisión , el Ecuador contaba con un Código de la Salud (1971) en el cual se instituían normas y requisitos para los establecimientos que prestaban atención médica, pero nunca hubo una regulación que ordene nada acerca del suministro de sangre, y mucho menos sanciones.

En 1984 nacen leyes que regulaban a los bancos de sangre, y su funcionamiento como donaciones y utilización de sangre y sus derivados; recién en 1987 se regulariza las pruebas obligatorias de VIH a todas las muestras de sangre, además en este año se señalan a las autoridades encargadas de sancionar cuando exista el incumplimiento de estas normas en lo referente a la salud. En el transcurso de los años 1992 y 1998 a la Secretaria Nacional de Sangre se le dio las funciones de supervisión de reglamentos y manuales y el cumplimiento de los mismos, señalando sanciones en caso de incumplimiento.

En 1998 con el objetivo de evadir el contagio de enfermedades mediante transfusiones se crearon disposiciones que debían regir el funcionamiento de los bancos de sangre; la Constitución Política de ese mismo año contemplaba políticas de vigilancia a entidades privadas que prestaban servicios de salud, de igual manera mediante investigaciones salió a la luz la precariedad con la que trabajaba el Banco de Sangre, la Corte se pudo dar cuenta que era una entidad que funcionaba con muy pocos recursos, desorganizada ya que los registros que se debían llevar sobre donantes, entregas de sangre y pruebas realizadas no eran claros, y los que existían eran contradictorios y se encontraban alterados, tal es el caso del registro del día de la entrega de sangre a la familia de Talía, el cual se encontraba con borrones. Este es un claro ejemplo de como el incumplimiento de fiscalizar y supervisar por parte del Estado derivó en el contagio de VIH y permanente daño de salud y vida a Talía Gonzales Lloy. Aún sin ser suficiente esa situación, el Banco de Sangre siguió laborando de la misma manera, es por esto que toda medida de satisfacción que la Corte dicta para este caso, es beneficiaria para el funcionamiento del servicio de salud que es un derecho para todos, por lo tanto no solo Talía es beneficiaria, sino todos nosotros que conformamos la sociedad.

Han transcurrido casi dos años desde que se dictó sentencia para el caso de Talía Gonzales, han empezado los trámites de la entrega de vivienda para ella y su familia, el 22 de mayo del presente año en un acto público, en la Gobernación del Azua, y la Ministra de Justicia pidió disculpas a nombre del Estado a Talía Gonzales y su familia, así como también se reconoció públicamente la responsabilidad internacional por los acontecimientos. (Diario El Tiempo, 2017). Si bien este es un caso lamentable para Talía y su familia, es mejor que haya salido a la luz, porque así marca un precedente no solo

nacional sino internacional y así se garantizan los derechos. En lo referente a la satisfacción esto implica la exigencia de iniciar un proceso a los culpables, para lo que debemos anotar que quedaron muchos puntos inconclusos, como el hecho de los juicios que quedaron inconclusos, los jueces que dictaron las sentencias internas tanto en la acción penal, constitucional o civil nunca se les pidió información sobre su accionar, el Doctor que le atendió, encubrió y presionó jamás tuvo una sanción, la enfermera que realizó la transfusión huyó e hizo que la pena prescribiera, la persona que no analizó la sangre donada previo a la transfusión a la niña de 3 años quedaron en la impunidad. Creo que es importante citar un artículo de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Judicial, que establece:

“Artículo 67.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales. La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.” (Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Judicial, 2009, art. 67)

Por lo que el Estado tiene el derecho de ejercer el derecho de repetición en contra de las personas anteriormente enumeradas.

Además de la declaración de responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal de Talía Gonzales Lluy, la Corte considera que el Estado ecuatoriano también es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy, madre y hermano de la víctima; es por esto que al momento de establecer la indemnización, lo establece para ellos también.

CONCLUSION

Para concluir con este capítulo cabe recalcar que el objetivo principal es analizar la vulneración al derecho a una salud de calidad englobando la responsabilidad estatal sobre la misma.

Con la investigación y el estudio realizado a lo largo de este capítulo creo conveniente resaltar que la sentencia cumple con los parámetros internacionales tanto en normativa como en jurisprudencia internacional, ya que existe una estrecha vinculación de la Corte con sus anteriores fallos, y se apega a estos para dictar la presente sentencia, que si bien contiene los elementos esenciales de reparación que son la restitución, indemnización y satisfacción se olvida de elementos que creo importantes como por ejemplo la búsqueda de los verdaderos culpables y por ende la impunidad de estos.

CONCLUSIÓN

La declaración de la Constitución de la República al Ecuador lo caracteriza como un estado constitucional de derechos, abarca un nuevo prospecto en cuanto a la interpretación como la aplicación de normativa de nuestro ordenamiento jurídico en lo referente a derechos humanos y sus garantías. La norma suprema, se convierte en una norma permisiva en materia de derechos humanos, lo cual da lugar al llamado Bloque de Constitucionalidad, que conforme lo determina la Norma Suprema en su artículo 424 establece que “...los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público...” (Const., Ecuador, 2008, art. 424). En relación a lo cual, se desprende que el llamado Bloque de Constitucionalidad, en el caso ecuatoriano ubica a los derechos humanos como el eje central y la razón de ser del Estado, que someten incluso a la ley y al propio poder público, los mismos no únicamente deben ser reconocidos, sino además deberá garantizarse su ejercicio a favor de los ciudadanos, siendo el ordenamiento jurídico vigente mucho más permisivo para el reconocimiento de más y mejores derechos fundamentales.

Es así que de la investigación realizada, puedo presentar como resultado de la misma que del marco teórico que consta en el capítulo primero, se ha demostrado que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se dio no únicamente una reforma normativa, sino realmente un cambio de paradigma que parte de la propia caracterización del Estado, que tiene como piedra angular de su propia estructura a los Derechos Fundamentales convertidos en la base de las garantías que deben ser reconocidas a favor de las personas para su desarrollo integral, para el respeto a su derecho a la vida, en definitiva se demuestra

Derechos Fundamentales y la forma en como están regulados en nuestra Constitución, explicando que los mismo son la base para garantizar a favor de las personas su desarrollo integral y de ahí la necesidad de su protección.

Dentro del marco de esta protección, es importante resaltar la vinculación del Estado ecuatoriano al sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos, lo que conlleva a que sea relevante el conocer las características, competencia y procedimiento tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para la comprensión del caso concreto estudiado es importante para comprender la obligatoriedad que tiene el Ecuador de acatar las resoluciones expedidas desde estos organismos internacionales.

Posterior a estos objetivos de carácter general alcanzados en este trabajo, es imprescindible comprender cuales fueron los hechos que motivaron declarar una responsabilidad estatal en contra del Ecuador, es así que a pesar de que el capítulo segundo tiene como objetivo principal la narración de los hechos sucedidos en el caso concreto, sin embargo a partir de la descripción de la situación humana y jurídica de una niña, su madre y hermano vieron afectado de forma directa su proyecto de vida, lo que conlleva a la necesaria valoración realizada por la Corte, para declarar la responsabilidad del Estado en este caso.

La actuación de la Función Judicial ecuatoriana es deplorable frente a un caso tan sensible como el descrito en el Capítulo II, en el cual se puede extraer una acción penal planteada en el año 1998 y resuelta de forma definitiva en el año 2001, sin resultado alguno, con una sentencia que jamás fue cumplida, con encubridores que no fueron

sancionados y una declaratoria de prescripción en el 2005, que ratificó la impunidad generada en este caso. A más de este proceso es analizada la acción civil presentada por daños y perjuicios ocasionados en contra de Talía, la cual inicia en el año 2001 y concluye 6 años más tarde, acción planteada esta vez en contra de la Cruz Roja del Azuay, cuyo resultado fue similar a la acción penal, sin una responsabilidad civil y una sentencia de nulidad, ineficaz desde luego, para reparar el daño generado a la familia Lluy. Como si esto fuera poco, se accionó en vía constitucional la petición para la protección de un derecho fundamental, específicamente el de la educación, en el cual se tuvo una llamativa respuesta por parte de la Función Judicial, Talía no debía estudiar con niños de su edad por su condición de infectada con el virus del VIH y el Estado le garantizaba el derecho a una educación a distancia y en aislamiento de la sociedad

Luego de este difícil camino ante la justicia ordinaria del Ecuador, se investiga la forma en como un ciudadano puede acudir al sistema interamericano de derechos humanos para solicitar la tutela de sus derechos ante la Corte, en base a lo cual se puede indicar, en cuanto a los requisitos de forma, que de manera obligatoria debe cumplir con el paso previo de que su denuncia sea presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quienes en primer lugar harán un pronunciamiento sobre los requisitos formales de lo cual se obtendrá un informe de admisibilidad y posterior a ello, es este propio órgano el que se pronuncia sobre los asuntos de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales, emitiendo un informe de fondo, en el cual de considerarse que existe afectación a los derechos humanos, el interesado recién ahí podrá llevar su caso a conocimiento ante la Corte Interamericana.

En el caso analizado, estas instancias fueron superadas por Talía, el trámite ante la Comisión inició en el año 2006, el informe de fondo se expidió en Noviembre del 2013, el caso en la Corte inició en marzo del 2014 y la sentencia expedida en septiembre del 2015, es decir más 17 años en litigios judiciales fueron necesarios para obtener justicia a favor de Talía, su madre y su hermano. Con esta descripción cronológica –que como dije estará debidamente desarrollada en el Capítulo II-, se concluye que a pesar de haber obtenido una respuesta positiva luego de casi dos décadas de reclamar justicia, hasta qué punto está resulta ser íntegramente preparatoria a favor de la víctima, cuando su infancia y juventud se consumieron en tratos discriminatorios, un sistema procesal fallido y la constante negativa del Estado a reconocer sus más básicos derechos.

Además fue necesario contextualizar la problemática analizada en este trabajo, para lo cual se realizó un análisis de la normativa en materia de salud que estuvo vigente al momento del contagio de VIH de Talía en el año 1998, y posterior a ello la normativa que actualmente se encuentra vigente entre la que también se pudo visualizar el principal cambio en materia de regulación y control de los Bancos de Sangre, que comenzó a estar a cargo del sector público. De lo que se obtiene, que el Estado actuó de forma negligente al confiar en manos de privados servicios de salud de tan alta complejidad, a quienes no realizaba ningún tipo control sobre la calidad del servicio y de la preparación profesional de su personal.

Fue necesario a mi criterio, en el tercer capítulo realizar un análisis de la vulneración al derecho a una salud de calidad y la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de esta obligación, de lo cual es relevante indicar que de la jurisprudencia reiterativa y analizada expedida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la responsabilidad de

cualquier Estado no se agota únicamente con el deber de cuidado que se debe tener en las entidades que le pertenecen, sino además será responsable por aquellos servicios que se encuentran delegados a entidades privadas –como en el caso de la Cruz Roja Ecuatoriana-, servicios que implican una satisfacción de derechos y garantías fundamentales a favor de los ciudadanos.

Además fue importante identificar los elementos esenciales de reparación que son la restitución, indemnización y satisfacción de la víctima, aunque a manera de crítica al sistema interamericano se había mencionado que debió haber existido una sanción puntual por la ausencia de sanción para los verdaderos culpables y el estado de impunidad que se mantiene presente frente al daño ocasionado a Talía y a su Familia.

Por último, considero que la conclusión más importante desde el punto de vista personal es que el desconocimiento del presente caso puede generar indefensión entre los ciudadanos al desconocer nuestros más básicos derechos, la falta de discusión académica es evidente de un caso relevante que incluso se dio en nuestra ciudad, las negligencias de nuestros profesionales de la salud que ocasionaron que se transforme y modifique por completo el proyecto de vida de una familia, irresponsabilidad que quedó en la impunidad, las omisiones de la Función Judicial del Azuay que con sus actuaciones negaron justicia a una familia de escasos recursos económicos que veían en ellos la única posibilidad de reivindicar sus derechos y, por último mi creencia firme de que esta clase de casos deben ser discutidos desde la academia con la seriedad y compromiso social que ameritan.

Bibliografía

- ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, cuándo y por qué de la Corte Interamericana. 2013
- Aguiar, A. (s/a) La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos. Apreciaciones sobre el pacto de San José. S/E
- Álvarez Londoño, L. (2006) Responsabilidad por las violaciones de derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, vol. 1. Bogotá- Colombia
- Ávila Santamaría, R. (2012). Los Derechos y sus Garantías, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ávila Santamaría, R. (2011). El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución del 2008, Quito, Ediciones Abya-Yala
- Ávila Santamaría, R. (2008). Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Quito, primera edición.
- Ayala Mora, E. (2004) Ecuador patria de todos, Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional, Quito. Segunda edición.
- Bandeira Galindo, G. (s/a) El valor de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, traducido por Carlos Cernados Carrera. Brasil. Universidad de Brasilia.
- Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149
- Castro Riera, C. (2008) en Ávila Santamaría, R., Grijalva Jiménez A. y Martínez Dalmau, R. Editores, Desafíos Constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva. Quito.

- Cuestiones Constitucionales. El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016) México.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe NO. 102/13. Caso TGGL vs. Ecuador. Informe de Fondo, 2013
- Dromi, R. (2001) Derecho administrativo. Novena edición actualizada 2001
- Díez-Picazo, L. (2003) Sistema de Derechos Fundamentales. Madrid, Thomson Civitas
- El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). Cuestiones Constitucionales, núm. 35, 2016. México
- Estudios Constitucionales. Control de Constitucionalidad y control de Convencionalidad. Comparación, 2009. Chile
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1979) La Paz, Bolivia
- Faúndez Ledesma, H. (2004) El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales. San José- Costa Rica. Tercera edición. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fix Zamudio, H. (2002) Introducción al Derecho Procesal Constitucional, México, FUNDAP
- García Atehortúa A., Ramírez Laura, S. (2014) La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. Bogotá- Colombia.
- García de Enterría E. (2006) Curso de Derecho Administrativo I. Argentina.

- Guastini, R., citado por Silva, C.(2008) Neoconstitucionalismo y Sociedad. Edición de Ramiro Ávila Santamaría.
- Hitters, J. (2009) Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Santiago de Chile.
- Mogrovejo Jaramillo, D. (2009) Revista de Derecho. No. 12. Quito.
- Montaña Galarza, C. (2009) Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución Ecuatoriana de 2008. Loja
- Medina Ardila, F. (s/a) La responsabilidad del Estado por actos de particulares: Análisis jurisprudencial interamericano. Colombia
- Nash, C. (2012).Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno, Chile, S/E.
- No. 146-14-SEP-CC del caso No. 1773-11-EP de la Corte Constitucional del Ecuador en Quito, el 01 de Octubre del 2014
- Oyarte, R. (2016).El Debido Proceso, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones
- Ovalle Favela, J. (2012). La influencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los estados Latinoamericanos. México.
- Oriol Casanovas, A. (2015). Compendio de derecho internacional Publico. Madrid. Cuarta edición.

- Ovalle Favela, J. (s/a) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín. UNAM.
- Revista de Relaciones Internacionales. Estrategia y seguridad. (2006) Colombia.
- Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Comisión de Derecho Internacional. 2011. Ginebra
- Rojas Báez, J. (2008) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. S/E
- Ronconi, L. (2016) Mucho ruido y pocos... Análisis del caso Gonzales
- Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos No. 12 ISSN 0718-2279.
- Sánchez, N. (s/n) Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos. Santiago de Chile.
- Silva, C. (2008) Neoconstitucionalismo y Sociedad. Edición de Ramiro Ávila Santamaría.
- Sánchez, N. (s/a) Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Derechos Humanos y juicio justo.
- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso TGLL y otros vs. Ecuador
- Uprimny, R. (2006).Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y derecho penal, Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.
- Zagrebelsky, G. (1995).El Derecho Dúctil, Madrid, Editorial Trota.

- [Http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights.html.](http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights.html)
- [Http://www.oas.org/es/cidh/](http://www.oas.org/es/cidh/)
- [Http://www.corteidh.or.cr/](http://www.corteidh.or.cr/)
- [Http://www.ohchr.org/Documents/Publications/abcannexessp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/abcannexessp.pdf)
- [Http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2012/october/20121003aecuador](http://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2012/october/20121003aecuador)