



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador | Sede
Ambato

OFICINA DE POSGRADOS

Tema:

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL
ECUATORIANO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 904-12-JP/19**

**Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Magíster en
Derecho con Mención en Argumentación Jurídica y Litigación Oral**

Línea de Investigación:

Derecho, participación, gobernanza, regímenes políticos e institucionalidad

Autora:

Sandra Lizbeth Aguilar Jaramillo

Director:

Ab. Ernesto Miguel Anzieta Reyes, Mg.

Ambato-Ecuador

Octubre 2022

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE AMBATO
HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL
ECUATORIANO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 904-12-JP/19

Línea de Investigación:

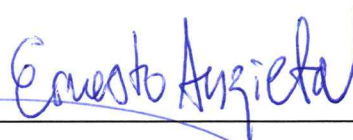
Derecho, participación, gobernanza, regímenes políticos e institucionalidad

Autora:

Sandra Lizbeth Aguilar Jaramillo

Ernesto Miguel Anzieta Reyes, Ab. Mg.

f.



CALIFICADOR

Andrea Marlene Altamirano Zavala, Ab. Mg.

f.



CALIFICADOR

María Fernanda San Lucas Solórzano, Ab. Mg.

f.



CALIFICADOR

Juan Carlos Acosta Teneda, P. Ph.D

f.



COORDINADOR DE LA OFICINA DE POSGRADOS

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.

f.



SECRETARIO GENERAL PUCESA



Ambato-Ecuador

Noviembre 2022



BIBLIOTECA

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo: **SANDRA LIZBETH AGUILAR JARAMILLO**, con C.C. 0704141571, autora del trabajo de graduación intitulado: “**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 904-12-JP/19**”, previa a la obtención del título profesional de **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LITIGACIÓN ORAL**, en la Oficina de **POSGRADOS**.

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Ambato, noviembre 2022



SANDRA LIZBETH AGUILAR JARAMILLO

CC. 0704141571

AGRADECIMIENTO

Primero, doy gracias a Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante este período de estudios.

Un agradecimiento especial al Dr. Ernesto Anzieta tutor de mi tesis, por haber sido un guía diligente y compartir sus conocimientos sin reserva; por encaminarme en este nuevo reto de mi vida, inyectando en mí un espíritu persistente; por animarme al esfuerzo con fe y disciplina; por ser maestro sabio y digno amigo.

A mi tía, la Dra Marilú Monge Genovese por estar siempre atenta a mis dudas, por su gran disposición, por sus conocimientos adquiridos por medio de esta carrera y a la que también admiro mucho. Espero contar siempre con su valioso e incondicional apoyo.

GRACIAS

DEDICATORIA

Dedico este éxito académico a mis hijitos amados Emma y José Ernesto, por ser mi fuente de motivación para poder superarme cada día, gracias por ser los motores de mi vida, quien seré ejemplo para mantener una visión de éxito en su vida mediante el estudio continuo y nunca hay que rendirse.

A mi esposo por todo su amor, comprensión y por estar siempre a mi lado.

A mis padres Alfonso Aguilar y Sandra Jaramillo pilares fundamentales en mi vida, con mucho amor y cariño les dedico todo mi esfuerzo, quienes siempre creyeron en mí y me dieron todo el apoyo que necesitaba, pero más que nada por su inmenso amor, dándome ejemplos dignos de superación y entrega, porque en gran parte, gracias a ustedes, hoy puedo ver alcanzada mi meta, y el orgullo que sienten por mí, fue lo que me hizo ir hasta el final. Va por ustedes, por lo que valen, porque admiro su fortaleza y por lo que han hecho de mí. Se merecen esto y mucho más.

A mis hermanos Steffany y Héctor que en el día a día con su presencia, respaldo y su motivación constante me impulsan seguir adelante, por ser los mejores y porque siempre están presentes en mis buenos y malos momentos.

Y mi pequeña sobrina Sarita, que este logro represente un incentivo para seguir adelante.

Con mucho amor y cariño

Liz.

RESUMEN

La forma de administrar justicia evoluciona desde el absolutismo, caracterizado por una carencia argumentativa; atraviesa por el estado de derecho y legislativo, en el que la ley y la institucionalidad estatal, se concebían como suficientes y únicas herramientas capaces de responder a las necesidades sociales y conflictos de los distintos sujetos de derecho, en cuyo concepto la argumentación jurídica mantenía un esquema formal, estricto y apegado a la ley; llega con posterioridad el estado constitucional, en el que no sólo se persigue la sujeción del poder a la Ley Máxima, sino que la garantía y protección de los derechos se convierte en la finalidad y misión del Estado. En este contexto la argumentación jurídica toma una trascendental importancia en virtud de que los operadores de justicia, se encuentran abocados a respetar y aplicar la Constitución y demás instrumentos internacionales de derechos humanos a fin de lograr la concreción del estado constitucional de derechos y justicia. El presente trabajo investigativo, cuyo nivel es descriptivo y analítico, analiza y estudia el desarrollo y la importancia que ha adquirido la argumentación jurídica en los paradigmas estatales antes mencionados, pero por sobre todo en el modelo de estado constitucional. Con el método deductivo, exegético y de análisis bibliográfico se estudia las teorías más representativas de la argumentación jurídica y su correlación con un modelo de estado determinado. El análisis casuístico de la sentencia constitucional No. 904-12-JP/19, establece la correlación y aplicación de la argumentación jurídica en el contexto del estado constitucional, como la misma es desarrollada, conceptualizada y aplicada en este proceso.

Palabras claves: violencia obstétrica, derechos de la mujer, atención prioritaria

ABSTRACT

The political and legal organization of society has gone through different historical stages, in which the state and the law, and obviously the way of administering justice, has evolved from absolutism, characterized by a lack of argument; passing through the rule of law and legislation, in which the law and state institutions were conceived as sufficient and unique tools capable of responding to the social needs and conflicts of the different subjects of law, in whose concept the legal argument was maintained formal scheme, strict and attached to the law; arriving later the constitutional state, in which not only the subjection of power to the Maximum Law is pursued, but the guarantee and protection of rights becomes the purpose and mission of the State. In this context, the legal argument would take on a transcendental importance by virtue of the fact that justice operators not only constitutional, but practically all can hear cases of this nature at all levels of the jurisdictional function. They are bound to respect and apply the constitution and other international human rights instruments in order to achieve the concretion of the constitutional state of rights and justice. In this sense, through the present investigative work, whose level is descriptive and analytical, it seeks to analyze and study the development and importance that legal argumentation has acquired in the aforementioned state paradigms, but above all in the constitutional state model. To this end, by applying the deductive, exegetical and bibliographical analysis method, we seek to study the most representative theories of legal argumentation and their correlation with a given state model. Likewise, through the casuistic analysis of the constitutional sentence No. 904-12-JP/19, it is precisely sought to establish the correlation and application of legal argumentation in the context of the constitutional state, as it is developed, conceptualized and applied in this process.

Key words: obstetric violence, legal argumentation, priority care for pregnant women.

ÍNDICE

PRELIMINARES

| | |
|---|-----|
| DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN | iii |
| AGRADECIMIENTO | iv |
| DEDICATORIA | v |
| RESUMEN | vi |
| ABSTRACT | vii |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA..... | 5 |
| 1.1. Relación entre argumentación jurídica y modelo de Estado | 5 |
| 1.2. Argumentación Jurídica | 17 |
| 1.3. Argumentación jurídica y Estado Constitucional | 38 |
| CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO | 41 |
| 2.1. Métodos de análisis jurídico..... | 42 |
| 2.2. El análisis jurisprudencial como método investigativo | 44 |
| 2.3. Descripción de la Sentencia No. 904-12-JP/19..... | 48 |
| CAPITULO III. ANÁLISIS DE RESULTADOS | 51 |
| 3.1. Sentencia Constitucional No. 904—12-Jp/19 | 51 |
| 3.4. Mutación constitucional e interpretación constitucional | 64 |
| 3.5. Características de la argumentación jurídica en el caso constitucional | 73 |
| CONCLUSIONES..... | 78 |
| RECOMENDACIONES | 81 |
| BIBLIOGRAFÍA | 82 |
| ANEXOS | 87 |

INTRODUCCIÓN

El paradigma de Estado Constitucional de derechos y justicia, como lo prescribe la Ley Fundamental ecuatoriana en su artículo 1, ha representado una serie de innovaciones jurídicas, que más allá de las dificultades, tensiones y críticas, ha involucrado por sobre todo una nueva forma de entender el rol del Estado, encaminado principalmente hacia la garantía y protección de los derechos de las personas y demás sujetos de esta prerrogativa (Ávila Santamaría, 2011, pág. 121).

En efecto, y como sostiene Ávila (2013) en varias de sus investigaciones, este modelo de estado representa cambios paradigmáticos profundos en el modelo político y jurídico del Estado ecuatoriano, cambios que no sólo tienen que ver con la institucionalidad organizativa del mismo, sino que se deben conceptualizar, entender y aplicar estos avances principalmente en dos áreas; la teoría del derecho y el modelo político de estado. Lo que implica entender por qué y para qué se expiden las normas, para protección y garantía de derechos; y nos fundamenta, por otro lado, el porqué de la existencia del estado, consecución de la justicia en el caso ecuatoriano. (pág. 961).

En su investigación sobre el constitucionalismo ecuatoriano, Grijalva (2012) señala, que en el modelo de Estado Constitucional moderno, un aspecto fundamental se relaciona no solamente con el aspecto dogmático y orgánico que de manera clásica las constituciones han contenido como Ley Máxima de un estado, sino que bajo este nuevo paradigma se plantea la idea de la subordinación de toda autoridad a la Constitución, en el sentido en que todos los actos deben guardar garantía y respeto de los derechos constitucionales, lo que representa que la realización de estos es en sí mismo una finalidad del Estado (pág. 81).

Sin embargo, de lo mencionado, y de todo este avance jurídico y político que representaría esta idea del Estado Constitucional, autores como Gargarella (2018) asumen una posición crítica frente a la aplicabilidad y entendimiento del derecho, entre otros aspectos. En este sentido, por ejemplo, y en aplicación de la justicia constitucional, trae consigo el planteamiento de dificultades y tensiones respecto

de la dificultad contra mayoritaria que este tipo de cortes pueden llegar a tener dentro de un modelo de estado como el ya antes mencionado, tanto al establecer controles de constitucionalidad, cuanto en su desarrollo jurisprudencial (págs. 109 - 129). En otras palabras, como es que a través de jurisprudencias de cortes constitucionales se pueden extralimitar en sus atribuciones se llega incluso a mutar la normativa constitucional.

Pero, en definitiva, todo este desarrollo filosófico jurídico de la concepción del rol del estado en la sociedad, trae consigo una superación del estado de derecho, legicentrista, que históricamente ha sido el paradigma arraigado en occidente a partir del siglo XVIII – instauración del estado liberal legislativo, que si bien representó un avance en comparación del Estado absoluto, se caracterizó por una estructura institucional y jurídica estatal en el que la ley se consideraba como la única fuente capaz de responder a toda necesidad y requerimiento de la sociedad (Ávila Santamaría, 2011, pág. 181).

En efecto, la teoría del derecho de Kelsen (2005, págs. 21,22), ha sostenido que el estado y la sociedad sólo pueden funcionar con un sistema y orden jurídico establecidos, y que sin un sistema de esta naturaleza no se puede hablar de un estado civilizado de derecho.

En este contexto, estas formas de entender el derecho y el Estado se encuentran relacionadas, entre otras cosas, con la argumentación jurídica en la forma como los administradores de justicia realizan sus análisis y razonamientos para la solución de problemas jurídicos sometidos a su conocimiento y resolución.

En efecto, bajo el paradigma del estado legalista, la argumentación jurídica basada en el silogismo, reducida a la adecuación de la norma a los hechos, se presentó como la forma única de proceder en la solución de los problemas jurídicos, pues la conclusión inequívoca de la confrontación de las premisas así lo determinaba (Atienza, 2015, págs. 14,15), situación que no en todos los casos lograba el ideal de justicia.

Justamente el Estado Constitucional, busca superar estas dificultades, de ahí que, y como lo sostiene Atienza (2015), la argumentación jurídica no pueda limitarse solamente al silogismo argumentativo, sino que los operadores de justicia deban entender y conocer el sistema de Derecho y constitucional del estado a fin de que sus resoluciones, no sólo busquen una concreción del sistema jurídico, sino una aplicación y videncia práctica de la justicia y sobre todo la protección y garantía de los derechos constitucionales (pág. 203).

En este contexto, es necesario determinar entonces si la argumentación jurídica en el caso de la justicia constitucional se encuentra orientada solamente a la aplicación de la ley positiva, o por otro lado, es un ejercicio de razonamiento y análisis que permiten la concreción del rol del Estado Constitucional de derechos y justicia, lo que lleva a plantear la interrogante que orienta la presente investigación: ¿La argumentación jurídica en el marco constitucional ecuatoriano, como en el caso de la sentencia No 904-12-JP/19 garantiza y efectiviza los derechos constitucionales? Así explicado el trabajo investigación presente se fundamenta, por un lado, en un objetivo general orientado - Analizar el ejercicio y desarrollo de la argumentación jurídica en la sentencia No 904-12-JP/19, para garantizar y efectivizar los derechos constitucionales.

Por otro lado, también se desprenden objetivos específicos:

1. Fundamentar jurídica y doctrinariamente la argumentación jurídica y su aplicación correlacionada con el modelo jurídico de Estado.
2. Determinar si la argumentación jurídica en el marco constitucional ecuatoriano en el caso de la sentencia No 904-12-JP/19 garantiza y efectiviza los derechos constitucionales.
3. Establecer los elementos para la elaboración del documento de análisis crítico y práctico sobre el ejercicio y desarrollo de la argumentación jurídica en el marco constitucional ecuatoriano a través de la sentencia No 904-12-JP/19, que garantice y efectivice los derechos constitucionales.

Para los finales presentados el presente trabajo investigativo cuyo nivel es descriptivo y analítico, se aplicará el método deductivo, exegético y de análisis bibliográfico a fin de estudiar las teorías más representativas de la argumentación jurídica y su correlación con un modelo de estado determinado.

Así mismo, a través del análisis casuístico de la sentencia constitucional No. 904-12-JP/19, se busca establecer la relación y aplicación de la argumentación jurídica en el contexto del Estado Constitucional, como la misma es desarrollada, conceptualizada y aplicada en el caso concreto.

Es necesario puntualizar finalmente que el advenimiento de procesos constituyentes como en el caso de Latinoamérica a partir de los años 90 el siglo XX, ha planteado innovaciones conceptuales políticas y jurídicas, que se han plasmado en constituciones, en las que no sólo se han afianzado y reforzado el reconocimiento de derechos e instaurado nuevas categorías institucionalidad estatal, sino que estos procesos han implicado en sí mismo una nueva forma de los objetivos y misión del estado y del ejercicio de las distintas funciones del mismo (Benavides, 2016, págs. 173-188).

Una de las características del Estado Constitucional, y como lo mencionan Atienza, Grijalva y Lozada entre otros autores, es que este paradigma garantista busca la protección y garantía de los derechos constitucionales, por lo tanto, los administradores de justicia, no sólo que deben conocer y adecuar sus decisiones al marco constitucional, sino que sus decisiones deben estar fuertemente argumentadas, puesto que la naturaleza de este tipo de casos implica el ejercicio de derechos (Lozada, 2015, págs. 31-35).

En este sentido es importante entonces, conocer en qué consiste la argumentación jurídica en el contexto de un modelo estatal, el constitucional, y el porqué de su importancia en los procesos de administración de justicia, a fin de determinar cómo el juez concibe y desarrolla el ejercicio de derechos constitucionales, y si ello responde a un proceso argumentativo relacionado con la forma de entender y concebir el derecho en el marco del Estado Constitucional ecuatoriano.

CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA

1.1. Relación entre argumentación jurídica y modelo de Estado

Modelos de estado y argumentación jurídica

El Estado de manera habitual se lo conceptúa de manera breve y concreta como la sociedad política y jurídicamente organizada, que a través de sus instituciones ejerce de manera monopólica la aplicación de la fuerza justamente con la finalidad de mantener un orden y armonía social.

Sin embargo, el desarrollo de esta institución jurídica política ha atravesado distintas etapas que han permitido superar tensiones y dificultades presentadas históricamente en cada periodo de esta organización social.

De ahí que en el desarrollo teórico y sistemático del estudio de esta organización, como señala Lozada (2015), han existido estados pre jurídicos, en los que si bien han concurrido dimensiones políticas institucionales que de una manera incipiente han organizado la vida de la sociedad, el ejercicio de la fuerza a través de estas organizaciones no se encontraba sujeta ni enmarcada en un contexto jurídico alguno (pág. 31).

De ahí que la administración de justicia en este paradigma, por ejemplo, no se encontraba limitada por un marco normativo que establezca las reglas que se deben observar dentro de un proceso judicial, dar lugar a que se cometan arbitrariedades basadas en subjetivismos de los operadores de justicia. Es decir, las decisiones que buscaban terminar con un problema jurídico corrían el riesgo de no tener procesos argumentativos que justifiquen estas decisiones.

Lo denominan a este modelo de estado como absoluto Autores como Ávila (2011), en virtud de que las normas y la estructura del poder, se fundamentan y se ejercen a través de una autoridad única, como el monarca, el rey, el emperador, por ejemplo. La sociedad en este contexto se encuentra claramente estratificada, y el

poder si bien lo ejerce una sola autoridad como las mencionadas, existe una clase política de élite que tiene injerencia en las decisiones de administración del estado y entre ellas la de justicia (pág. 107).

Dentro de este paradigma político y jurídico de la concepción y estructura del estado, se puede advertir que el ejercicio del poder no tiene límites, y por lo tanto, los derechos de los individuos son prácticamente inexistentes, a lo mucho, lo que se puede entrever que existieron son privilegios de personas que pertenecían a grupos dominantes quienes podrían alavés ejercer el poder del autoridad tanto como para evadir a la misma, ello en conjunto es una de las expresiones de la discrecionalidad y la arbitrariedad en todos los ámbitos del desarrollo social, como la administración de justicia.

Justamente como una respuesta a estas dificultades del Estado Absolutista nace el Estado de Derecho, o legal denominado por otros autores, en el que justamente el aparecimiento de una estructura normativa determina los límites del poder, la forma en que éste puede ser ejercido, así como los mecanismos e instituciones que lo componen (Lozada, 2015, pág. 33).

Uno de los teóricos más representativos del Derecho, Kelsen (2005), concibe al estado como un ordenamiento jurídico vigente y valido dentro de un territorio determinado, que compone un sistema de supuestos de conducta humana normados que conforman el contenido del ordenamiento normativo (pág. 260).

Bajo este paradigma el ejercicio del poder del estado encuentra ya un límite señalado por el conjunto de normas que componen la estructura jurídica del estado. Normas que no sólo sistematizan el funcionamiento de esta organización jurídica, sino que establecen mecanismos jurisdiccionales de sujeción a la ley, y permiten además el aparecimiento de un catálogo de derechos fundamentales de las personas (Lozada, 2015, pág. 32).

En este contexto, en el caso de la administración de justicia, los jueces no sólo que deben adecuar sus actuaciones a lo que establece la ley, sino que en sus

decisiones se debe evidenciar una aplicación y ejercicio de la misma. En otras palabras, el proceso argumentativo de las decisiones judiciales escapa de la arbitrariedad y subjetivismo del operador de justicia, para encontrar su asidero en lo que establece la ley.

En este momento histórico de la humanidad, Atienza (2016), manifiesta, que aparecen los estados de derecho y, por lo tanto, constituciones que demarcan el quehacer de la institucionalidad estatal, como el caso de la administración de justicia. Se establece una relación entre métodos argumentativo y formas de entender el derecho, como, por ejemplo, el positivismo jurídico, entre cuyas ideas se busca adecuar las conductas humanas de los procesos judiciales a los que establece la ley, lo que no puede en todos los casos responder a la necesidad práctica de los distintos sujetos de derecho que pueden componer un Estado (pág. 201).

Así explicado, el principal proceso y método argumentativo que caracteriza a este modelo de estado se relaciona con el silogismo jurídico, que busca desde su concepción responder a través de la ley toda necesidad y dificultades que plantea la convivencia de los individuos en sociedad, sin embargo, esta forma de concebir, entender y aplicar del derecho presentaría la dificultad e interrogante sobre si en todos estos casos la justicia equivale a legalidad y la ley alcanza a responder y solucionar todas los problemas de la vida práctica de los individuos y sujetos jurídicos, se observa, se respeta y sobre todo se garantiza sus derechos.

Efectivamente, sostiene que el sentido práctico de la Constitución, de la estructura jurídica y, por lo tanto, del estado en sí mismo, Atienza (2016) explica que no sólo deben responder y justificar sus actuaciones en torno a las normas que componen este tejido estatal, sino que fundamentado en las ideas nuevas del desarrollo jurídico y constitucional, los operadores de justicia no sólo tienen que limitarse a la aplicación de la ley sino al entendimiento, interpretación y desarrollo del contenido constitucional, que es principalmente la protección y garantía de los derechos (pág. 198).

Precisamente, estas dificultades y tensiones que se han señalado en torno al absolutismo, a la arbitrariedad, y a un apego irrestricto de la ley que se ha evidenciado en modelos de estado como los explicados, es que el proceso histórico de evolución, de desarrollo de la sociedad y del derecho a través de las ideas y pensamientos de algunos autores han visto en la emergencia del modelo de Estado Constitucional, un camino que viabilice una aplicación del derecho, de la administración de justicia, en definitiva, del quehacer del estado, en una orientación que responda a la vivencia práctica de los distintos sujetos jurídicos, pero por sobre todo en la protección y garantía de los derechos de los mismos frente al poder del estado.

En este modelo de estado, no sólo se busca una limitación al poder que esta institución política y jurídica ejerce sobre sus ciudadanos, y/o administrados, sino que otro de sus aspectos característicos, aparte de que se ha mencionado, se relaciona con la subordinación formal y procedimental de todos los actos y normas de la administración pública en sus diferentes niveles, a la Constitución, en la que además de encontrarse aspectos dogmáticos y orgánicos del estado, por sobre todo se reconocen derechos, que deben ser observados y garantizados justamente por esta estructura normativa e institucional (págs. 79,80).

Siendo así, bajo este modelo de estado, las leyes ya no son solamente preceptos normativos que buscan el modificar o regular la conducta de los individuos o solucionar los problemas jurídicos que nacen irremediamente de la interrelación de los distintos sujetos jurídicos, sino que el sistema normativo se encamina a la concreción, regulación y ejercicio de los derechos que se reconocen en la Constitución. En otras palabras, las leyes tienen una orientación desarrolladora de los derechos, y éstos a su vez se convierten en límites de la ley. Esta correspondencia entre ley, Constitución y derechos se produce debido a la fuerza normativa que adquiere la Constitución que es justamente una de las características del Estado Constitucional.

Sin embargo, esta fuerza normativa se encuentra sujeta a un control por parte de la Corte Constitucional (Grijalva, pág. 226). De ahí justamente una de las tensiones

que se presentado en los críticos de este modelo de estado al señalar y evidenciar el poder de esta Corte y como acciones de la misma a través de sentencias pueden evidenciar tensiones como el problema contra mayoritario que se explicará posteriormente.

Este modelo de estado, y de la forma de entender y aplicar el derecho en este contexto, implica desde luego que en los procesos de administración de justicia, incluida la constitucional, el despliegue argumentativo ya no sólo que debe apegarse a la estructura y contenido de las normas, sino que los fallos, las sentencias, en definitiva, cualquier resolución de una autoridad del estado debe encontrarse debidamente justificada y, por lo tanto, presentar un desarrollo argumentativo, en el que no sólo que se motive la decisión, sino que se presenten razones, que considerándola integralidad constitucional, basen los procesos y las decisiones en el respeto y garantía de los derechos constitucionales (Atienza, 2016, págs. 353-355).

Desde el paradigma del Estado Constitucional entonces, se puede decir que se busca superar no sólo el absolutismo, la arbitrariedad y el subjetivismo en los procesos y decisiones judiciales, sino también que se busca entender al derecho y a la administración de justicia en una dimensión más amplia que el simple apego irrestricto a la ley que señala el positivismo clásico kelseniano.

Ello en el sentido en que las decisiones de los jueces, tienen que considerar una valoración integral de todo el sistema jurídico del estado, pero por sobre todo de la Constitución en la que se reconocen y garantiza el ejercicio de los derechos de los sujetos de las mismas.

Justamente, y como lo ha realizado la Corte Constitucional del Ecuador, especialmente en sus últimas sentencias como la No. 1158-17-EP/21 (sobre la garantía de la motivación), en donde se señala que la argumentación jurídica, si bien debe buscar y desarrollar la mejor argumentación posible tanto fáctica como normativa para apoyar sus decisiones, es lógico que debe existir una relación entre estos dos elementos, lo cual, es imperativo de entender y aplicar por parte del

operador de justicia. Ello implica además que su labor estaría transversalizaba por el entendimiento de contexto del Estado Constitucional, cuyo propósito es perseguir la consecución de la justicia a través del Derecho.

Es decir, la motivación que explica el proceso de la toma la de las decisiones por parte de las autoridades del estado, no sólo que debe ser correcta en el sentido de apego a lo que establece la ley, sino por sobre todo a lograr el objetivo del Estado Constitucional que es la justicia y la garantía del ejercicio de derechos (Sentencia No. 1158-17-EP Caso Garantía de la motivación, 2021, págs. 6,7).

En este sentido la argumentación jurídica en el Estado Constitucional toma una relevancia trascendental pues la solución de los problemas jurídicos debe observar el goce de derechos constitucionales, lógicamente apegado a la ley (Fundamentación normativa), además si ello representa una dificultad, la hermenéutica y la argumentación jurídica son mecanismos que permitirían viabilizar el ejercicio de derechos constitucionales (Fundamentación fáctica).

De ahí que la argumentación jurídica, especialmente en el caso de la justicia constitucional, despliega o debe desarrollar en sus sentencias, ejercicios lógicos y racionales de correlacionamiento de la ley y la Constitución, lo que incluso puede conllevar a desarrollar derechos como se busca estudiar y analizar efectivamente a través del presente trabajo.

El modelo de Estado Constitucional en el caso ecuatoriano, ventajas y tensiones a partir de la Constitución de 2008

Como se ha señalado, el Estado Constitucional es el resultado de un acumulado histórico que, desde la perspectiva política y jurídica, ha buscado avanzar en la forma de normar y organizar la sociedad humana. Desde luego que esta construcción no ha sido uniforme y única en los diferentes estados y sociedades del planeta, de ahí que han existido matices tanto conceptuales como cronológicos en cuanto al desarrollo teórico y aplicación práctica del Estado Constitucional.

Se realiza una precisión teórica en establecer que el Estado Constitucional es una denominación acuñada principalmente a partir de los años setenta del Siglo XX, en efecto, Benavides (2016), para establecer diferencias respecto de los procesos constituyentes posteriores a la Segunda Guerra Mundial, así como al mismo tipo de acontecimientos emergentes en aplicación de las políticas neoliberales principalmente en Latinoamérica, procesos además que se han denominado desde la teoría académica como nuevo constitucionalismo latinoamericano (págs. 175,176).

Estos procesos jurídico políticos de la región dieron lugar a la promulgación de un conjunto de constituciones como la de Colombia en 1991, la de Venezuela en 1999, de Ecuador en el 2008, y Bolivia en el 2009 (Benavides, 2016, pág. 174), en las que si bien se encuentran aspectos jurídicos como los que se han descrito anteriormente, y que de hecho caracterizan al modelo de Estado Constitucional, también se han introducido elementos propios, nacidos de la necesidad y demandas reivindicatorias de grupos humanos históricamente excluidos y discriminados de la participación en la vida social y estatal, tal es el caso, por ejemplo, de los pueblos ancestrales, las personas con diversidad funcional – personas con discapacidad- , los adultos mayores, las personas en situación de movilidad, mujeres, entre otros.

Sin embargo, y se ha de insistir una vez más, la característica principal del modelo Estado Constitucional se funda principalmente, y como se puede advertir en los textos constitucionales de los estados que se han señalado (Constitución colombiana arts.1 y 4; Constitución venezolana art. 2 y 3; Constitución boliviana art. 1, por ejemplo), en la conceptualización tan importante que se les otorga y reconoce a los derechos de las personas –incluso no humanas, como el caso de los derechos de la naturaleza Constitución del Ecuador art.7- se establece que el fin y fundamento del estado y, por lo tanto, de toda su estructura jurídica se basa en garantizar el pleno ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (Cárdenas, 2017, pág. 105). Una visión del Derecho que gira alrededor de garantías y efectivo ejercicio de derechos, más que en formalismos o centralidad en la normativa.

En el caso del proceso constituyente ecuatoriano de 2008, desde el punto de vista de autores como Grijalva (2012, págs. 23-34) y Ávila (2013, págs. 22-27), se señala que las innovaciones en si no son muchas, sino que más bien se puede evidenciar en la nueva constitución, un desarrollo y ampliación de derechos que se habían establecido ya en la Constitución precedente de 1998.

Entre otros, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos ancestrales, principalmente al reconocer al Estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural, los derechos de la naturaleza, los derechos de participación de las personas; el establecimiento de una nueva función del Estado como lo es la de Transparencia y Control Social; el desarrollo de los derechos y garantías de las personas, especialmente aquellos relacionados con los derechos económicos y sociales y culturales (DESC).

Estos últimos, enlazados con un precepto de la cosmovisión andina denominado *Sumak Kawsay* o “buen vivir” (Capítulo II de la Constitución, Derechos del Buen Vivir), que además se relaciona con un nuevo modelo de desarrollo económico del estado ecuatoriano orientándolo a tomar distancia del extractivismo como matriz productiva y fuente de financiamiento estatal.

Todas estas innovaciones que se han señalado, a decir de autores como Gargarella (2018), se pueden entender cómo una visibilización y emergencia de sectores de la población que han sido históricamente excluidos y, por lo tanto, han sufrido afectaciones en el ejercicio de sus derechos como consecuencia de aplicación de políticas sociales y económicas que no han mirado sus necesidades y demandas (págs. 123-127).

El mismo autor señala además que, si bien el constitucionalismo, y especialmente el latinoamericano de finales del Siglo XX hasta la actualidad, ha ido introduciendo reformas e incluso reconoce nuevas categorías jurídicas no sólo relativas a los derechos si no al ejercicio de los mismos, estas nuevas propuestas y categorías jurídicas se topan con las viejas estructuras que permanecen en la construcción y

división institucional del estado concebido en el constitucionalismo de la región (Gargarella, págs. 123-127).

Justamente esta contraposición o mejor dicho la permanencia y vigencia de las viejas estructuras junto a las nuevas propuestas plantean el reto de cómo viabilizar, aplicar y ejercer derechos de las personas y colectividades en la participación de la vida del estado sin que sean mermados u obstaculizados y que de hecho puedan materializarse en el ejercicio de sus derechos.

De ahí que, por ejemplo, surja el debate de cómo el reconocimiento de los derechos de la naturaleza pueda efectivizarse de una manera distinta a la visión ecologista en la conceptualización de este derecho como un despliegue o ampliación de los del ser humano.

Otra inquietud surge también a partir del reconocimiento del estado como plurinacional, que, si bien puede ser un desarrollo de los derechos de los pueblos ancestrales, plantea el reto de la participación efectiva y fehaciente de los mismos en las decisiones del estado.

El cambio de la matriz productiva, plantea también otro desafío importante. Si bien pretende desarrollar y ejercer derechos de las personas especialmente los relativos a los económicos, sociales y culturales, se busca mantener un medio ambiente sano que permita una vida digna, se topa con la problemática de que en el caso ecuatoriano, la extracción petrolera y minera, con las consecuencias que ello representa, son la principal fuente de financiamiento del estado, actividad que desde luego colisiona con varios de los derechos que se han mencionado y sobre todo lo de la naturaleza.

Justamente estas tensiones que evidencia la postura crítica de Gargarella, representan un desafío para el estado y la sociedad en la construcción y materialización del constitucionalismo actual.

Ahora bien, en uno de los aspectos específicos que atañe al presente trabajo, la Constitución de 2008 dentro del desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, destaca el reconocimiento de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, que se encuentran establecidos en el artículo 35, como lo son; los adultos mayores, las personas en situación de movilidad, las niñas, niños y adolescentes (menores de 18 años), las personas con discapacidad, los individuos con enfermedades catastróficas, las personas privadas de la libertad, las usuarias y consumidoras; y las mujeres embarazadas.

En otras palabras, especialmente en lo relativo a este último grupo etario, el reconocimiento y desarrollo de sus derechos se relaciona además con una búsqueda de la igualdad de género, así como prevenir y erradicar toda forma de violencia en contra de la mujer, una de ellas relacionada con la atención obstétrica como en efecto la sentencia No. 904-12-JP/19 desarrolla en su contenido argumentativo que se verá posteriormente.

Otro ámbito también relacionado con el tema de interés del presente estudio, es que la administración de justicia en el contexto del Estado ecuatoriano también se encuentra abocada no solo a la aplicación de las normas específicas de las materias sobre, las cuales, resuelven problemas jurídicos, sino que además en la sustanciación de los procesos así como en la emisión de sus fallos deben observar el goce de los derechos constitucionales de los sujetos procesales, como en efecto lo señala el artículo 172 de la Constitución.

Es importante señalar también que en el contenido de la Constitución de 2008 se desarrollan y amplían las garantías constitucionales como mecanismos de los que disponen las personas para hacer efectivos sus derechos hasta que se encuentran en riesgo de vulneración o cuándo han sido violentados. Si bien estas garantías jurisdiccionales se encontraban ya reconocidas en la Constitución de 1998, la actual incorpora otras como el acceso a información pública y la acción de incumplimiento (Grijalva, 2012, pág. 27).

Una de las formas en que más se puede evidenciar la orientación que debe tener el estado ecuatoriano en cuanto a la protección de los derechos de las personas es a través de la garantía jurisdiccional de la acción de protección, en la que, como lo establece el artículo 88 de la Constitución, incluso se la puede interponer en contra de políticas públicas que vulneren los derechos de las personas y demás sujetos de estas prerrogativas.

Justamente, esta garantía jurisdiccional es la que en el caso de la sentencia 904-12-JP, es la que se interpone por parte de la accionante en las primeras instancias aduce la vulneración de sus derechos, especialmente aquel relacionado con atención prioritaria, el derecho a la salud, y el derecho a la seguridad social, que si bien se encuentran establecidos los mismos en la constitución, también tienen relación con las políticas públicas que el gobierno aplica o debe aplicar en la atención hospitalaria.

Adicionalmente a lo señalado, y justamente durante la sustanciación y proceso argumentativo que realiza la Corte Constitucional en torno a este caso, se desarrollan conceptos en los que se explica cómo derechos como los que se han mencionado deben efectivizarse y materializarse como obligación del estado (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 9), lo que corrobora esta orientación conceptual que desde la teoría jurídica ha entendido y explicado el fundamento del Estado Constitucional.

Finalmente, es necesario también señalar que, los procesos de administración de justicia tanto ordinaria como constitucional, de manera general son conocidos sustanciados y resueltos por juzgados de primera instancia, lo que equivale a decirse que la Constitución de 2008 ha conferido en la Función Judicial el tutelaje, la garantía y la defensa de los derechos constitucionales.

Esta innovación, no sólo que debe entenderse simplemente desde este concepto señalado, sino que implica una idea y propósito importante que atañe con la búsqueda de la materialización del Estado Constitucional facilitar y pone al alcance de todas las personas la capacidad de poder demandar la tutela de sus derechos,

especialmente a través de la acción de protección y la acción extraordinaria de protección, que de manera general están orientadas a ese objetivo, pese a que existen garantías jurisdiccionales específicas que buscan también esta misma finalidad ante otras particularidades (Storini & Guerra, 2018, págs. 105,106).

Esta concepción de la manera de poder reclamar y demandar la vigencia de los derechos, si bien por un lado resulta entendible en correspondencia con la concepción del Estado Constitucional, por otro lado, demanda el conocimiento de esta materia por parte de todos los jueces y juezas de todos los niveles, pues se ven abocados a tener que conocer y resolver casos de justicia constitucional, como en efecto sucedió en el caso de la Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS.

Es este otro de los aspectos que representa un reto en el caso del Estado Constitucional y específicamente en la administración de justicia, pues al poder las personas presentar una garantía jurisdiccional ante prácticamente cualquier juez, y dado que la función judicial, entre una de sus características se fundamenta en la especialidad de las materias, se encuentran los operadores de justicia en capacidad de sustanciar y sentenciar casos de justicia constitucional.

De hecho en el caso de la sentencia No. 904-12-JP, la sustanciación del proceso de acción de protección interpuesto por la accionante, recayó en primera instancia en el juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia la provincia de El Oro; y en la segunda instancia en la Corte Provincial. Sin entrar en el análisis de la sentencia que de hecho se realizará posteriormente, el punto de interés en este caso se relaciona con evidenciar cómo los operadores de justicia de todo nivel deben conocer el contexto jurídico que implica el Estado Constitucional, justamente por las razones prácticas en las que se pueden ver abocados en el tutelaje de derechos constitucionales, que desde luego demanda procesos argumentativos de calidad y entendimiento que justifiquen y motiven el porqué de su decisión.

El modelo de Estado Constitucional representa un avance y desarrollo del Derecho anteriormente concebido. Sin embargo, demanda o por lo menos hace necesario,

que en el caso de la administración de justicia ordinaria y más aún la constitucional, los operadores de justicia deberían entender el concepto de violencia obstétrica. Debido a que este forma parte de una garantía y protección de los derechos de las personas como fundamento mismo del Estado.

Pues más allá de la aplicación específica de una ley o reglamento, se debe considerar la integralidad y compatibilidad de la estructura normativa del Estado encaminada fundamentalmente a garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales, como de hecho se analizará en lo posterior en el caso específico de la sentencia No. 904-12-JP sobre negativa de atención en embarazo y violencia obstétrica.

1.2. Argumentación Jurídica

Concepto e importancia de la argumentación jurídica

Que un acercamiento previo que se debe realizar para entender el concepto de argumentación jurídica Puy Muñoz (2004) sostiene que viene en, primer lugar, por entender y definir qué es argumento. En este contexto, y en un sentido literal del vocablo, se lo entiende como el ejercicio intelectual de razonar y exponer una ponencia con la finalidad de demostrar, probar o refutar la misma. De esta manera, se puede colegir que la argumentación puede ser entendida como un proceso subsecuente de presentación de argumentos, de razones, que buscan persuadir sobre la veracidad y/o falsedad de una aserción o pretensión (págs. 18,19).

Lozada (2015) por su parte, al abordar la conceptualización de la argumentación jurídica también realiza un ejercicio preliminar y determina que se debe entender por argumentar. El autor señala que ello es una expresión del lenguaje -discurso, a través del cual se sostienen proposiciones o tesis se enuncia razones para aquello. De esta manera, la argumentación posee una característica que la distingue de otras formas de comunicación de ideas, como es la descripción, la narrativa, o la información entre otras, así ella se relaciona fundamentalmente,

como puede advertirse, con persuadir y fundamentar una razón a través del argumento para que sea considerada válida y veraz (pág. 40).

A partir de estos conceptos que presentan los autores citados respecto de que el uso de los argumentos como elementos constitutivos de un discurso que busca convencer sobre la racionalidad de sostener una ponencia, Perelman (1958) sostiene que, en efecto, la presentación de argumentos en un contexto discursivo, busca la atención y adhesión del auditorio a la presentación de una tesis. Siendo así los argumentos son una cadena de procesos deductivos que construyen una estructura axiomática que permite demostrar o refutar de manera racional las tesis que se puedan plantear sobre un problema o fenómeno.

En conjunto de lo mencionado, la argumentación, en el sentido que se ha conceptualizado y explicado para Perelman, buscaría ir más allá de la lógica formalista en la que la consecución de una tesis deviene de la fría y poco reflexiva deducción de la contraposición de premisas (págs. 47,48). Esta forma de entender la argumentación y su aplicación en la esfera jurídica dio lugar a la teoría de la argumentación jurídica a través de la nueva retórica, como se expondrá más adelante.

Por su parte, los argumentos son, en definitiva, razones en favor o en contra de una decisión, para Atienza (2013), se entiende a esta última como el resultado de fenómenos sociales, especialmente jurídicos en el concepto del autor, que se acontecen dentro de la sociedad, pues entiende que la institucionalidad del estado; ejecutiva, legislativa y judicial, en un sentido práctico se encuentra transversalizada por el Derecho, y éste es el conjunto y resultado de decisiones de ese tejido y estructura política-jurídica (pág. 20).

De esta manera a través de los conceptos que se ha señalado respecto de lo que se debe entender por argumentos, estos poseen características que los diferencian de otras formas de comunicación, como en efecto se ha evidenciado. Siendo así, el argumento no sólo que es una exposición de un pensamiento o de una idea de

un individuo, sino que alude a un proceso racional que busca sostener de manera lógica, coherente, sensata y comprensible el sostenimiento de una tesis.

Dicho de otras palabras, el proceso intelectual de razonar se convertiría en uno de los ejes principales que debe transversalizar la argumentación, pues de esta manera se buscaría disuadir o eliminar vicios como el subjetivismo y la arbitrariedad en la adopción de una posición frente a una tesis.

Por otro lado, es importante también entender que todo este proceso razonado de exposición de ideas para sostener una proposición, se encuentran contextualizados en una manera de comunicarlos, el discurso, que además no solamente se limita a un espectro informativo y expositivo, sino que busca que el auditorio, y en el caso de la argumentación jurídica los operadores de justicia, se adhieran de manera total o parcial a la proposición o demanda de una de las partes.

Justamente son estas características que hacen de la argumentación y más aún en el campo jurídico, un elemento fundamental en el que se cimienta tanto el proceso de administración de justicia, pero por sobre todo la toma de una decisión que solucione un problema jurídico a través de las sentencias. Desde una perspectiva social, la argumentación jurídica también se vuelve fundamental, dado que aborda situaciones que son de interés público e inciden en los derechos de las personas.

Dicho esto, la argumentación jurídica se la puede definir entonces, más allá de las distintas formas de entender y aplicar el Derecho, como un proceso de la racionalidad humana a través del cual se busca soluciones de problemas jurídicos; que la argumentación no sólo se limita a la exposición de razones que justifiquen y motiven una sentencia, sino un proceso en sí mismo que llevan a cabo los operadores de justicia que en consideración de argumentos fácticos y jurídicos que en el contexto integral de una estructura jurídica de un estado, dirimen casos jurídicamente relevantes que surgen de la convivencia de los distintos sujetos de derecho dentro de un Estado (Atienza, 2013, págs. 20,21).

Desde la visión de los autores Lozada y Ricaurte (2015) por su parte, señalan que definir a la argumentación jurídica, que si bien es cierto ello se encuentra ligado a las formas de concebirse el Derecho, existen elementos comunes que en todas de las teorías se evidencia, por lo tanto, más allá de definir que es la argumentación jurídica presentan estas ideas convergentes que la caracteriza, y que son las que siguen;

En, primer lugar, la argumentación jurídica busca a través de un lenguaje específico sostener y convencer por medio de la exposición de reflexiones sobre la razón que asiste al expositor para lograr su pretensión. En el campo del Derecho, este proceso no sólo que se limita a la exposición de razones fácticas y jurídicas, sino que se debe establecer una relación lógica, coherente y razonada entre estos elementos, no sólo como descriptivos de un problema jurídico, sino como caminos que puedan viabilizar la resolución de un problema (pág. 40).

Justamente esta dimensionalidad que mencionan los autores respecto de la argumentación jurídica se evidenció en la sentencia No. 1158-17-EP/21 casos sobre la garantía de la motivación, en la que se explica cómo esta actividad, debe contener “elementos argumentativos mínimos” que conforme a lo establecido en la Constitución en el artículo 76, garanticen una correspondencia decisional entre los hechos objeto del caso con lo establecido en la estructura jurídica del Estado. Se añade que todo este proceso y conjunto de elementos que se han mencionado deben guardar además una correspondencia con el respeto al ejercicio de los derechos de las partes procesales como son el debido proceso y a la defensa. (Sentencia No. 1158-17-EP Caso Garantía de la motivación, 2021, pág. 8).

Un segundo aspecto que caracteriza a la argumentación desde la perspectiva jurídica, se relaciona con que para que se realice este ejercicio es evidente que debe preexistir uno o varios problemas jurídicos que se encuentran sometidos a debate o litigio. Siendo así, es lógico suponer que cada una de las partes intervinientes en este problema expondrá argumentos para sostener sus tesis que

viabilicen el otorgamiento de la razón a sus pretensiones (Lozada & Ricaurte, pág. 40).

Es este aspecto uno de los fundamentales de la argumentación jurídica, que además se encuentra conectado con la característica antes mencionada, pues es necesario esa lógica relación entre hechos y derecho.

Pero todo este proceso de confrontación de tesis y de exposición de argumentos en favor de una u otra ponencia, se enmarca dentro de una institucionalidad estatal, como lo es por esencia la Función Judicial y Corte Constitucional, destinadas para ese efecto, pero por sobre todo en la dimensión jurídica que las normas han establecido como reglas para que se efectúen estos debates y contraposición de ideas. En la misma línea, desde un punto de vista constitucional, una adecuada argumentación jurídica -fundamentación y motivación- constituye parte integral de lo que se considera el derecho al debido proceso.

Un tercer aspecto se relaciona en que la argumentación jurídica puede ser entendida como un método de sustanciación de procesos o en sí mismo como un resultado o producto. Dicho en otras palabras, desde la primera dimensión -como resultado-, se la entendería como un conjunto de acciones que aportan las partes procesales, a través de, las cuales, el operador de justicia busca resolver un problema sometido a su conocimiento. En tanto que, desde la segunda perspectiva, como producto, sería el resultado del proceso argumentativo que han presentado las partes dentro de un proceso judicial. Es decir, la sentencia se constituiría en el proceso argumentativo final que contrasta los argumentos presentados por las partes con la finalidad de establecer la veracidad y la razón tanto jurídica como fáctica de un problema jurídico (Atienza, 2013, págs. 396 -398).

Esta característica de la argumentación jurídica, podría no sólo concebirse de la manera señalada, sino que, en contextos como el Estado Constitucional, se la podría entender como una mixtura de las dimensiones prácticas y formales que revisten a la argumentación en el campo del derecho. Es decir, desde una mirada pragmática la argumentación jurídica se la entendería como un proceso, en virtud

de que durante la sustanciación del mismo se exponen argumentos razonados que buscan sostener la pretensión de cada parte. En tanto que, desde la dimensión formal, todo este proceso da como producto final el arribo a una decisión a través de una sentencia que dirime el litigio.

Esta particularidad es principalmente visible en el contexto del Estado Constitucional, pues en los otros modelos de estado como el legislativo, la argumentación jurídica se circunscribe únicamente al razonamiento silogístico de la adecuación de lo fáctico a la ley. En tanto que en el Estado Constitucional todos los operadores de justicia; jueces, fiscales, profesionales del derecho, no sólo que deben presentar razones circunscritas a la normativa del estado, si no que su argumentación debe considerar una integralidad con estructura normativa y la Constitución y ello en conexión con los hechos y las pretensiones (Lozada & Ricaurte, pág. 40,41).

Y, finalmente, un cuarto aspecto que se relaciona con la exigibilidad de racionalidad que demanda la argumentación jurídica, de ahí que Toulmin lo calificara como una “empresa racional”, no sólo porque es un proceso estructurado y formal que se encamina a resolver un caso determinado, sino que los argumentos que se esgrimen para esa finalidad deben contener una solidez, validez, veracidad y racionalidad conducente que permitan el convencimiento y persuasión de la pretensión (Toulmin, 2019, pág. 34).

En definitiva, se puede arribar a concluir que la argumentación jurídica es un proceso y producto en el caso del Estado Constitucional, en el que las razones no pueden limitarse a la exposición pura y llana de las normas jurídicas, sino que es imperativo un desarrollo de razonamiento que vincule los distintos aspectos y dimensiones de un proceso judicial, como lo son el campo jurídico y fáctico.

En este contexto la argumentación jurídica es uno de los elementos que permite una aplicación del derecho en una dimensión en la que justamente permitió su emergencia, que no se relaciona únicamente con la organización de la vida en sociedad y la resolución de los problemas que de ello devienen, sino con la

consecución de la justicia en el marco del respeto de los derechos de los distintos sujetos jurídicos, como en efecto lo sostiene el concepto de Estado Constitucional.

Teorías más representativas de la argumentación jurídica

Antecedentes

La construcción formal de una teórica de la argumentación jurídica es considerada desde la segunda mitad del Siglo XX, concretamente en la década de los cincuenta, a partir de la presentación de los trabajos de Chaín Perelman y L. Olbrechts-Tyteca y su obra "Tratado de la Argumentación" (1948 -1958); y de Stephen Toulmin "Los usos de la argumentación" (1958), en las que la argumentación jurídica es entendida y concebida a través del positivismo lógico. Ambas posiciones, afirman que su fundamentación parte de la razón, pues es a través de esta que se logra verificar o determinar la falsedad de una proposición por medio del análisis de las tesis que se sostienen dentro de un proceso jurídico (García Amado, 1986).

A partir de estas teorías y conceptos de entender y explicar el Derecho es que en lo sucesivo se acopió varias posiciones presentándose las tensiones, dificultades y avances que, por otro lado, permitieron la construcción doctrinaria de la argumentación jurídica. Y es que, en efecto, las teorías subsecuentes se orientaron a esa finalidad o a completar las posibles omisiones que se habían evidenciado por parte de otros autores. La teoría de la argumentación jurídica deja de ser concebida solo como el 'análisis jurídico' y se convierte en un objeto de estudio independiente dentro de la ciencia del Derecho.

Esto no quiere decir que no existan antecedentes históricos en el desarrollo de la argumentación, y de ella en el campo jurídico como un elemento discursivo dentro de un debate orientado a la fundamentación de tesis, así como a la refutación de las proposiciones contrarias en el campo normativo.

En este sentido durante el periodo clásico de Grecia y Roma, existieron ya algunas ideas semejantes a lo que hoy se entiende como teoría de la argumentación

jurídica, pero más vinculadas a aspectos de oratoria y retórica que a la práctica jurídica contemporánea.

Justamente, en la Grecia antigua son Platón y Aristóteles los considerados como unos de los precursores de la argumentación, pero lógicamente a través de la construcción de sus sistemas filosóficos fundamentados en la lógica, más que con un centro exclusivo hacia el tratamiento del Derecho.

Para Platón, la lógica se constituye en una construcción sistemática del pensamiento, traslada de la consideración y valoración meramente empírica a un conocimiento científico, que se caracteriza por la razón lógica de sus valoraciones y consideraciones. Sin embargo, todo este sistema debe construirse y comunicarse a través de un discurso en el que la retórica, entendido como arte discursivo de convencer, junto a elementos como los antes mencionados, buscan persuadir y erigir la veracidad de una tesis (Suárez & Conde, 2019, pág. 39).

Aristóteles por su parte, es considerado el precursor de la retórica formal y sistematizada, pues dentro de su sistema filosófico estableció ideas que aún hasta hoy se las considera válidas y aplicables en este campo. Para este filósofo griego la argumentación se encuentra ligada a la retórica, por el hecho que se constituye en el medio a través del cual se puede comunicar las ideas, pero llevándolas a un nivel superior de exposición.

De ahí que el principal aporte de este autor sea el de establecer reglas de la retórica y de la tópica, entendida ésta última como el conjunto de los argumentos de ideas con, los cuales, el orador sistematiza su pensamiento *-retorica stricto sensu-*, así como por otro lado se prepara a través de ello a persuadir a un auditorio *-dialéctica-* (Fernández Ruiz, 2018, pág. 81). Ambas funciones que se observan en la teoría de la argumentación jurídica contemporánea, razón y persuasión siguen siendo objetivos de este ejercicio.

También se le atribuye a Aristóteles establecer distintos tipos de retórica comunes como la deliberativa, la judicial y la demostrativa. Esta clasificación obedece tanto a la finalidad que busca el proceso argumentativo cuanto al rol que desempeña el

oyente en cada una de estas particularidades discursivas (Fernández Ruiz, 2018, págs. 81,82).

En este contexto es importante señalar que la retórica deliberativa aristotélica, se raciona con la toma de una posición respecto de cosas o acontecimientos futuros, es decir, que van a suceder y que justamente se busca establecer ese pronóstico a través de la presentación de argumentos.

En tanto que, por el contrario, la retórica judicial, tiene la particularidad de discutir sobre acontecimientos pasados, sobre, los cuales el oyente, de acuerdo a los argumentos presentados, debe tomar una posición. Y, finalmente, retórica demostrativa, en la que el auditorio no juega un papel de juzgador sino simplemente de espectador, por lo tanto, el orador el que tiene que comprobar de forma razonada, es decir, argumentada, sus tesis (Puy Muñoz & Portela, 2004, págs. 23-25).

Este conjunto de ideas que sistematiza la argumentación desde la óptica de Aristóteles representa un importante avance en cuanto se vislumbra ya como la argumentación es aplicada y entendida en el campo del derecho jurídico se correlaciona el aspecto teórico con el práctico de la misma, pues, en definitiva, la argumentación como proceso y resultado, visto en la clasificación aristotélica, buscan solucionar problemas jurídicos de las personas que se organizan y otorgan una facultad administrativa, de justicia en el caso, a un tercero; el estado a través de la función de sus juzgadores.

Por el lado de la civilización romana, Cicerón (106 a.C. – 43 a.C.) es uno de los pensadores más prominentes y destacados en varios ámbitos incluido el del proceso argumentativo. Se le atribuye a este pensador un desarrollo más amplio y práctico de las ideas platónicas y aristotélicas relativas a la sistematización de la oratoria, dotándole de una teoría que, en definitiva, confluye en el “orador ideal” como él lo denomina (Suárez & Conde, 2019, pág. 40).

En el concepto de Cicerón el orador a través de su exposición discursiva debe presentar razones, argumentos, que deben primeramente instruir al auditorio sobre el tema que se trata, para luego crear inquietudes que los conmueva, y desde luego que los haga pensar y recapacitar sobre la ponencia que se plantea, para, finalmente, arribar a convicciones que permitan tomar partido a los oyentes (Suárez & Conde, 2019, pág. 40).

Como se mencionó, se puede afirmar que la construcción de la argumentación jurídica como una teoría autónoma y válida, si bien es nueva, tiene antecedentes teóricos de larga data que han aportado importantes ideas y conceptos. En sí misma, se ha visto influenciada en el proceso histórico de desarrollo y evolución, con el añadido que en el campo jurídico relaciona la razón a las normas y estructura jurídica de una sociedad políticamente organizada.

Bajo ese contexto, el hecho de que para defender, demostrar o exponer distintas apreciaciones y/o ponencias sobre dificultades que se desarrollan dentro de una sociedad debido a la lógica interrelación de los distintos actores que en ella se desenvuelven, y que son los problemas jurídicos justamente, ha evidenciado no sólo que para esta finalidad se deban expresar argumentos racionales que sostengan determinadas posiciones, sino que esta construcción argumentativa ha sido sistematizada, entendida y explicada, desde tiempos de la antigüedad dotándole de una identidad académica propia.

Si bien se atribuye a Grecia y Roma, como los precursores de entender a la argumentación desde una perspectiva teórica, el hecho de que se la ligue a la racionalidad humana y a la demostración discursiva puede hacernos pensar que la argumentación ha sido un proceso de la humanidad desde el apareamiento de primeras organizaciones sociales, justamente como producto de esa necesidad y de las inevitables tensiones y dificultades que surgen entre los asociados a partir del surgimiento de estos fenómenos sociales y políticos, que en efecto buscaron solucionar sus inconvenientes a través de una alternativa opuesta a la imposición de la fuerza física, que es la razón de los argumentos y apego a las reglas y principios normativos de una sociedad humana.

La nueva retórica

El contexto histórico en que se desarrolla esta teoría es a partir de mediados del Siglo XX, con el surgimiento de nuevas orientaciones científicas, que en el campo del derecho se relacionan principalmente con el fuerte afloramiento de positivismo como reacción al idealismo de Hegel. Es a partir de esta emergencia de pensamiento que la lógica vuelve a tomar una importancia que no había sido planteada incluso ni por Aristóteles, la construcción de la lógica simbólica, aplicada principalmente en la matemática, fue uno de los aspectos más importantes que permitió el desarrollo de las ciencias (Puy Muñoz & Portela, 2004, pág. 84).

En lo relativo a la argumentación jurídica y bajo este contexto histórico que se ha señalado, la lógica aristotélica vuelve a tomar vigencia a través de la concepción de Perelman sin embargo presenta ideas innovadoras que desarrollaban la dialéctica de esa orientación.

Uno de los aspectos principales en esta línea de pensamiento, se relaciona con que Perelman, vuelve a poner de vigencia la lógica aristotélica tras el racionalismo cartesiano que concibe que solamente los fenómenos evidentes y capaces de probarse pueden constituir ciencia, frente a, lo cual, el autor revitaliza y da nuevos aportes que pusieron otra vez en vigencia pensamientos de las escuelas clásicas que para ese entonces habían estado cayéndose en el olvido (Puy Muñoz & Portela, 2004, pág. 86), como las que se han señalado en acápites anteriores.

Para este autor de origen polaco, la aplicación de la lógica en el campo jurídico no se la puede entender únicamente como parte de ella debido a que los procesos argumentativos en este ámbito no se reducen única y exclusivamente a la aplicación formal de esta disciplina filosófica; sino que la lógica se relaciona, o más bien dicho se encontraría supeditada a la retórica. Pues Perelman concibe que, a través de ésta y la sujeción a sus reglas discursivas, que como se mencionó buscan conmover y persuadir al auditorio, que los razonamientos expresados llegan a tener un poder argumentativo (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1958, págs. 71-73).

Dentro de la teoría de Perelman sobre la argumentación jurídica se pueden establecer dos aspectos fundamentales que considera el autor; la existencia de un auditorio universal, y de uno particular. En relación con el primero, éste se encontraría conformado por el conglomerado social en general – *in genere* como lo denomina- el rol del orador a través de la aplicación de la retórica, es justamente el de lograr la adhesión de este grupo a las tesis que sostiene el disertante. Por otra parte, el auditorio particular, se refiere a un grupo determinado, concreto, al cual el ponente también tiene el objetivo de lograr su adhesión a través del discurso persuasivo (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1958, pág. 75) .

Desde la perspectiva de los críticos y estudiosos de la teoría de la argumentación, estiman que Perelman aporta principalmente con concebir la practicidad que debe tener la racionalidad y la aplicación de la lógica. En este sentido este autor critica los límites que tiene la aplicación de la lógica formal debido a lo reduccionista que puede llegar a ser la aplicación deductiva en los casos en los que pueden intervenir valores sociales. Frente a ello la nueva retórica que plantea Perelman, es un nuevo tipo de empleo de la racionalidad en la que justamente la consideración de varios aspectos dentro de un proceso argumentativo busca superar los límites antes señalados (Suárez & Conde, 2019, pág. 41).

La Lógica informal

El principal autor de esta corriente de la argumentación es el inglés Stephen Toulmin (1922-2009). Desde su perspectiva la argumentación toma distancia de la retórica y de la tópica, y estima que el proceso argumentativo, si bien sigue un esquema de valoración deductiva, ello no sucede en apego y rigidez de la lógica como planteaban antecesores suyos como Aristóteles y Perelman (Mejía, 2021, pág. 155).

Desde la apreciación de Toulmin, entonces la argumentación no puede encasillarse en la lógica formal, de ahí justamente su denominación como lógica informal. Ello debido a que, por un lado, la argumentación debe representar una practicidad y utilidad, que justamente se evidencia en la jurisprudencia, en la que, si bien

intervienen reglas de carácter jurídico, también entran en consideración otros elementos como los valores, la racionalidad y los hechos de cada caso (Atienza, 2015, págs. 84,84).

Por otro lado, y justamente lo que marca distancia desde la concepción del autor de su teoría respecto de otras, es que la lógica formal sólo puede ser aplicada en ciencias y fenómenos exactos como la matemática, que no es justamente lo aplicable en la vida de los humanos en sociedad por lo compleja que ella resulta (Atienza, 2015, págs. 84,84).

Desde esta perspectiva Toulmin busca acercar la argumentación en todos sus campos, incluso el jurídico, a la lógica, pero en un sentido utilitario. Señala que prácticamente esta es usada en la cotidianidad de la vida de las personas, pues en todos los aspectos en que ella se desarrolla tienen que realizarse procesos de racionalidad y argumentación que lo llevan a conclusiones que guían la ejecución de sus acciones (Mejía, 2021, pág. 156).

Dentro del modelo de proceso argumentativo Toulmin (2019) llega a determinar que existen cuatro elementos fundamentales que lo constituyen como son; la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo (pág. 132).

La pretensión, se constituye en el principio y fin del proceso argumentativo, debido a que al formularla se establece una aseveración que demanda la atención del auditorio. En el campo del derecho la pretensión implica generalmente la reivindicación de un derecho o de una atribución jurídica. De esta manera el otorgamiento de la reclamación obtiene valor dependiendo del mérito argumentativo que la pueda apoyar (Toulmin, 2019, pág. 29).

Las razones, por su parte son aquellos fundamentos y elementos básicos en los que se apoya una aseveración y que pretenden buscar la atención del auditorio, del juzgador. Dentro de las razones se encuentran los elementos fácticos como las pruebas, los hechos, datos, que le dotan de valía y veracidad a la afirmación. En

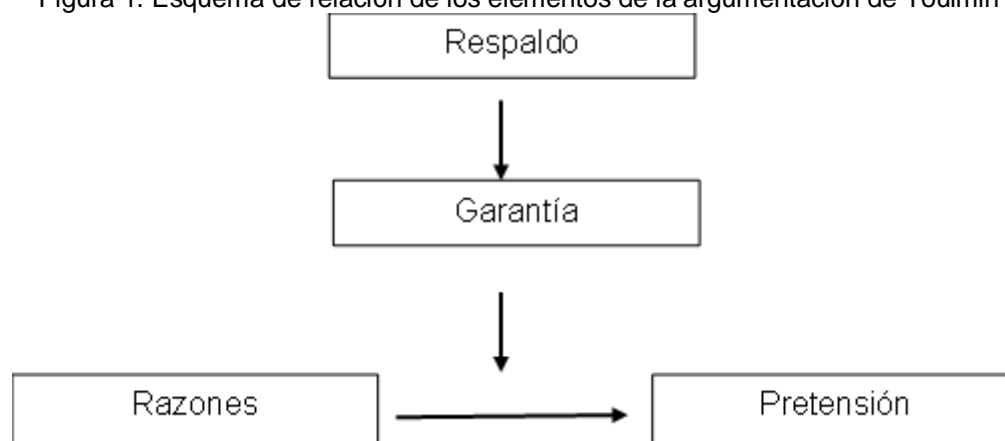
este contexto una pretensión sólo podrá tener relevancia e importancia si existen razones, argumentos, que la justifiquen (Toulmin, 2019, pág. 30).

La garantía, que se relaciona con la vinculación de los hechos y de los elementos antes mencionados con las reglas, con las normas, con los principios de carácter normativo que tiene un grupo humano o una sociedad. A través de la garantía se realizan deducciones, que tienden puentes entre los datos, las razones y las conclusiones. En el esquema de Toulmin las garantías tienen la característica de ser generales (Atienza, 2015, pág. 85).

El respaldo, es un elemento constitutivo del esquema argumentativo del autor inglés, que como su nombre lo indica es un aspecto adicional que resguarda una pretensión en el caso en que exista los datos y las garantías que avalan una aseveración, la parte contraria puede todavía presentar dudas respecto de aquello, no sólo por el cuestionamiento que puede presentar de las garantías y las razones, si no en sí mismo de la pretensión, de ahí que en el aspecto principalmente jurídico, se deban adicionar argumentos que fundamentalmente se basen en las garantías, es decir, en las reglas, que además dotan de una autoridad e institucionalidad al proceso y a la resolución del mismo (Mejía, 2021, pág. 155).

La forma en que actuarían y se relacionarían estos elementos en el esquema argumentativo de Toulmin si bien es cierto tendrían una cadena de presentación de distintas formas que se relacionan con los varios problemas jurídicos que pueden acontecer dentro de un proceso judicial, existe pese a ello un esquema general que se presenta en el siguiente cuadro:

Figura 1. Esquema de relación de los elementos de la argumentación de Toulmin



Fuente: Atienza, Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, 2015, pág. 86.

Se puede concluir de manera preliminar que el principal aporte de Toulmin en el campo de la teoría de la argumentación jurídica se relaciona principalmente con la superación de la lógica formal deductiva, al considerar que esta deja de lado algunos elementos importantes que en el campo jurídico pueden presentarse como es la existencia de un sistema axiológico que rebasaría la aplicación de reglas concretas y rígidas como en el caso de las ciencias exactas.

También es importante señalar que el autor concibe a la argumentación jurídica más allá de una ser un sistema teórico o filosófico, y plantea la necesidad de que ella responda a una aplicabilidad práctica en la vida de las personas.

Por otro lado, uno de los aspectos que se ha criticado a Toulmin, principalmente por parte de Atienza, se relaciona con que bajo su esquema no se puede hablar de una superación de la lógica formal como el autor plantea, si bien es cierto que se ha enriquecido esa rama filosófica a partir de su concepción, en el fondo no deja de ser un esquema deductivo, que si bien supera el silogismo clásico en el que se considera solamente la contraposición de premisas para llegar a una conclusión, en el modelo Toulmiano, estas premisas se diversifican en los cuatro elementos principales que él concibe (Atienza, 2015, págs. 98,99).

La tónica jurídica

Esta teoría tiene como su principal proponente al jurista y filósofo del Derecho alemán Theodor Viehweg (1907-1988), quien en su obra "*Topik und Jurisprudenz*" (Tónica y jurisprudencia) de 1953 expone su concepción de la argumentación jurídica, la que es considerada una de las precursoras y bases de esta ciencia en la modernidad y especialmente de gran influencia en Europa (Atienza, 2015, págs. 32,33).

En la teoría de la argumentación jurídica de Viehweg se presenta en, primer lugar, a que el derecho debe ser considerado como una ciencia, y por otro lado los métodos que se deben considerar para una correcta aplicación del mismo. De esta manera para el autor alemán, la lógica jurídica formalista es el camino que permitiría una estructuración científica de la ciencia jurídica, pues le dota a la misma de un sistema concreto, cerrado y preciso construido en un sistema axiológico y normativo (Suárez & Conde, 2019, pág. 41).

Viehweg retoma y enriquece las ideas de la tónica jurídica y la retórica planteadas por Aristóteles, se entiende a la primera como parte de la segunda en un sentido extenso, es decir, como un proceso en el que se organizan razones y argumentos a través de, los cuales, se establece un orden discursivo encaminado a la persuasión del auditorio y a la convicción del adversario (Suárez & Conde, 2019, pág. 41).

El autor sistematiza este pensamiento e indica que existen tres características en su teoría de la argumentación jurídica. En primer lugar, la consideración como una técnica del pensamiento que presenta problemáticas, se entiende a ello como la manifestación de la oportunidad de presentar más de una respuesta a una pregunta. En segundo lugar, expresa que existe un lugar, *topoi*, en donde se debe confluir para la exposición argumentativa de las partes.

Y por último expone que la argumentación jurídica tiene la finalidad de buscar y estudiar premisas, que tienen una importancia fundamental, incluso mayor que las

conclusiones, puesto que son ellas a través de su contraposición y razonamiento que permiten llegar a una inferencia (la decisión) (Atienza, 2015, págs. 36,37). Es decir, se trata de una aproximación que pretende acercarse a la lógica formal.

Sin embargo, entre las principales críticas que se le hacen al autor sobre su teoría de la argumentación jurídica, se encuentran; no realizar un adecuado desarrollo conceptual sobre qué se debe entender por problema, que es la base del ejercicio de análisis. Por otro lado, también se le atribuye una equivocación al establecer distancias en su sistema teórico respecto de elementos que construyen las estructuras jurídicas como lo es la función que desarrolla el derecho, el sistema que representa en sí mismo, el tejido organizacional, e incluso las concepciones éticas que en él se pueden manifestar (Atienza, 2015, págs. 37,38). Es decir, se cae en una visión que privilegia las formas, por sobre la esencia y dimensiones sociales y humanas del derecho.

La teoría estándar

Esta teoría presentada por Robert Alexy (1945-), se fundamenta en la forma de entender el Derecho expresada por el alemán Jürgen Habermas, para quien este solamente cumple su función cuando es construido a partir de la racionalidad discursiva y de un proceso participativo de la sociedad (Suárez & Conde, 2019, pág. 41).

Ahora bien, la teoría de la argumentación jurídica debe construirse a través de una mirada práctica, para Alexy, se entiende a ello como una de las formas de expresión del discurso y del mismo en el campo del Derecho. En otras palabras, la argumentación jurídica no debe entenderse sólo y exclusivamente desde el ámbito del derecho, sino que debe tener una perspectiva analítica y descriptiva como resultado de un procedimiento (Suárez & Conde, 2019, pág. 41).

Para el autor la argumentación jurídica posee una triple dimensionalidad; la racionalidad; la practicidad moral y jurídica; y, la subordinación a la normativa, a la dogmática y a los precedentes jurisprudenciales (Atienza, 2015, pág. 154).

Presenta en su teoría un aspecto basado en la metodología jurídica integrándola con los problemas de la fundamentación racional de las sentencias judiciales se toma como base el sistema presentado por Wróblewski, en el que existen justificaciones internas y externas (Alexy, 2017, págs. 167,168).

Las primeras entendidas como la aplicación de un sistema silogístico jurídico, que permite deducciones lógicas; en tanto que las justificaciones externas, estarían compuestas por la observación a las normativas procesales, a la teoría jurídica, a los estándares de interpretación, a los precedentes jurisprudenciales, y a la argumentación jurídica específicamente. Estas justificaciones externas estarían orientadas a permitir la resolución especialmente de casos difíciles en los que las justificaciones internas no son suficientes (Alexy, 2017, págs. 167,168). Es decir, incorpora elementos de realidad y extra jurídica para resolver el problema jurídico.

Finalmente, en su teoría Alexy presenta un tercer aspecto en el que establece seis reglas y maneras en que debe presentarse y construirse la argumentación jurídica, que en resumen se orientan a establecer las semejanzas y divergencias del razonamiento jurídico con el práctico, establece que en el caso del Derecho la valoración del mismo se constituye en la principal característica de la argumentación jurídica (Suárez & Conde, 2019, págs. 47,48).

La teoría de Alexy presenta aportes importantes a la argumentación jurídica, por un lado, en la construcción de su sistema en que se establece una distancia con las bases del positivismo jurídico al entender que existen casos que pueden y deben resolverse a través de justificaciones externas, es decir, que salen del ámbito estricto del silogismo jurídico.

Por otro lado a partir justamente de este aspecto, ello no quiere decir que en los procesos de argumentación jurídica se pueda echar mano de la discrecionalidad y de la subjetividad para resolver casos, sino que justamente las reglas que él establece, que son las valoraciones del Derecho en un aspecto amplio, que a través de las normas expresadas en principios, son justamente elementos que buscan

evitar la discrecionalidad, es decir, los principios son elementos y mandatos de optimización de aplicación de un sistema jurídico.

La nueva teoría de la Argumentación jurídica

El autor de esta teoría es el jurista español Manuel Atienza (1951-), que conceptúa a la argumentación como una actividad a través de, la cual, se deben presentar razones orientadas; en un aspecto positivo, a sostener una proposición o tesis, o en una dimensión negativa, para refutar las mismas. Sostiene el autor que la argumentación puede ser un proceso complejo, en razón de que una tesis puede abarcar varios argumentos, a los que él denomina como razones parciales, pero que en su conjunto articulan y construyen una estructura relacionada entre sí de distintas maneras, pero que, en definitiva, se constituyen en un argumento (Atienza, 2015, págs. 204-207).

La argumentación evidencia la existencia de un problema para Atienza, y es a través de este el que justifica su surgimiento, pues la solución de esta dificultad puede surgir a través de la presentación de razones – argumentos-, tanto en favor o en contra, con la finalidad de que a través de este proceso se llegue a la solución del problema. Este intercambio de razones, se los realizada en un contexto comunicativo, más propiamente dicho de un lenguaje que puede ser tanto oral como escrito (Atienza, 2016, pág. 208).

En este contexto la argumentación implica que por la interposición de la razón se proscriba a la fuerza, a la coacción, a la violencia, y a la arbitrariedad como mecanismo de solución de problemas (Atienza, 2016, pág. 208).

En la teoría argumentativa señala además este autor, que la misma debe encontrarse conformada por algunos elementos básicos como lo son; los argumentos en los que pueden advertirse enunciados iniciales, de los que se parte el proceso argumentativo; y por otro lado, argumentos conclusivos, que son aquellos a los que se llega a partir de los anteriores. Este conjunto de argumentos, justamente a partir de su contraposición y sobre todo de la racionalidad pueden ser

valorados, lo que permite establecer la validez, la solidez, la persuasión y la falsedad de los mismos (Atienza, 2016, pág. 208).

En efecto, esta conceptualización puede advertirse en varios pasajes de la sentencia constitucional No. 1158-17-EP/21 sobre el caso de la garantía de la motivación, en la que el juez ponente Alí Lozada, sistematiza el criterio jurisprudencial de los vicios de la motivación siempre que la misma es inexistente o insuficiente cuando no se han presentado argumentos sólidos, veraces y conducentes, o en su defecto no se los ha presentado (Sentencia No. 1158-17-EP Caso Garantía de la motivación, 2021, pág. 9 ; 23).

Esta misma sentencia hace también alusión a la racionalidad argumentativa, no sólo como el hecho de establecer una correcta aplicación de adecuación del derecho a las circunstancias fácticas que han suscitado el problema jurídico sometido a resolución, sino como un proceso, lógico, coherente, congruente, comprensible y racional que a través de argumentos fundamentados en estos mismos parámetros, presenta razones para la motivación que soluciona el problema jurídico (Sentencia No. 1158-17-EP Caso Garantía de la motivación, 2021).

Señala que la argumentación posee tres dimensiones conceptuales en que puede ser entendida y aplicada: la formal el material y la pragmática, para Manuel Atienza.

La concepción formal, se relaciona con entender a la argumentación como una secuencia de presentación de enunciados carentes de valor interpretativo y analítico, de tal modo que, sin abstraerse en estos sentidos, la contraposición de estas premisas debe conducir inequívocamente a una conclusión. Esta es la forma característica de la lógica formal, que concibe a la argumentación como un proceso (Atienza, 2015, pág. 110).

La concepción material, en la que las premisas o enunciados no son importantes en cuanto a la forma en cómo son presentados sino por el grado de veracidad que poseen. En este sentido los argumentos son importantes no por la formalidad con

que son contruidos, sino por el aporte y fundamentación en los hechos que se deben creer, justamente de ahí su denominación como materiales. Bajo esta concepción el proceso argumentativo debe describir, descubrir y evidenciar un acontecimiento o explicar la realización de un suceso, por tal motivo lo que interesa no es en sí el proceso deductivo, sino las premisas en sí mismo, pues éstas al contener las características antes señaladas permiten llegar a una conclusión igual de valedera y correcta (Atienza, 2015, pág. 110).

La concepción pragmática por su parte, entiende a la argumentación como el desarrollo de una actividad lingüística, discursiva, encaminada a la persuasión de los oyentes, así como por otro lado a establecer un proceso interactivo con uno o varios contradictores, de tal modo que ello permita llegar a un consenso que solucione un problema (Atienza, 2015, pág. 111).

Desde esta dimensión conceptual, la argumentación tiene principalmente una aplicación práctica, pues más allá del cumplimiento formal de un proceso argumentativo conforme a reglas que se encuentran establecidas para ello, lo importante es que este solucione problemas. Adicionalmente Atienza considera que dentro de la concepción pragmática existen dos enfoques de la argumentación. Así, por un lado, aquel relacionado con la retórica, que se centra en la persuasión del auditorio; y por otro, el de la dialéctica, pues el proceso argumentativo en el que se contraponen dos partes, por lo tanto, dos ponencias, a través de un rol dinámico de intercambio de razones permite llegar a una conclusión y resolución del problema (Atienza, 2015, págs. 111,112).

En definitiva, se puede llegar a establecer de manera preliminar a través de la presentación de estas teorías de la argumentación jurídica que la misma ha obedecido a un proceso histórico que se encuentra relacionado en un primer momento con la necesidad de resolver problemas de la sociedad, pero desde una perspectiva y aplicación empírica, para que con posterioridad y conforme apareció y se desarrolló el Derecho, la argumentación reciba una sistematización y conceptualización relacionada con las formas de entender y aplicar esta disciplina jurídica.

Empero, todas las teorías de la argumentación jurídica puede decirse que toman como eje a la racionalidad como un elemento fundamental que debe transversalizar, todo proceso argumentativo, pues desde la lógica formal silogística hasta las teorías y concepciones más progresistas y prácticas, entienden y conceptúan a la argumentación jurídica como un proceso emanado y fundamentado en el razonamiento, lógicamente que ello dentro de un contexto normativo, especialmente en el caso del argumentación jurídica, que no implica la utilización de cualquier tipo de razón para sostener una posición, sino que demanda un esquema sistematizado que con fundamento fácticos y jurídicos, incluso a través de justificaciones externas – como la aplicación de principios jurídicos -, buscan la solución de problemas prácticos en los que se desarrolla la sociedad.

1.3. Argumentación jurídica y Estado Constitucional

El estado sostiene como una institución social, política y jurídica del estado se ha desarrollado históricamente en los distintos procesos y etapas de la humanidad, y como ello ha involucrado también al derecho y por supuesto a este en su aplicación en procesos de administración de justicia en los que se ha hecho necesaria la presentación de argumentos que permitan establecer justificaciones y explicaciones de cómo se ha llegado a conclusiones que resuelven problemas jurídicos sometidos a la Función Judicial del Estado.

Ahora bien, en el contexto del Estado Constitucional, una de sus características fundamentales y en los que de hecho se basa su fundamento, y que además es el producto de un devenir histórico en el que se ha pasado de la arbitrariedad, a la aplicación de la subsunción formal como proceso argumentativa, finalmente, al entendimiento que el Estado, a través de la Constitución y el Derecho, tienen una visión y conceptualización garantista de los derechos, y que, por lo tanto, la estructura jurídica y el desarrollo normativo de esta institucionalidad debe construirse sobre las bases de esta premisa (Bechara, 2019, pág. 33).

En este sentido, y como sostiene Ferrajoli (2006) a partir de su teoría de los derechos fundamentales, el paradigma del Estado Constitucional ha llegado al

grado de la positivización de los derechos, no sólo en la estructura jurídica del estado, sino en la misma constitución de este, otorgándoles de esta manera un contenido no solamente político como expresión de la democracia, sino jurídico en el que estos deben estar garantizados en su ejercicio (pág. 114).

Siendo así, establecer la relación entre la argumentación jurídica y el Estado Constitucional resulta ser obvia, pues este paradigma estatal no puede entenderse simplemente como una construcción normativa e institucional formal establecida en la Constitución, sino que la misma posee contenidos que limitan el accionar del estado e incluso la aplicación del derecho, desde el punto de vista del estado legislativo, y sus autoridades en salvaguarda de los derechos constitucionalmente reconocidos (Atienza, 2016, pág. 198).

La adecuada garantía de los derechos, debe darse en el marco de un ejercicio intelectual que los active o de vida. Es decir, no bastaría una aplicación meramente formal o 'lógica' que desconozca el conjunto de la norma constitucional y elementos extra-constitucionales con valor constitucional. La argumentación es el proceso y la herramienta que permiten sustentar este trabajo intelectual y dar vida a los derechos.

En este contexto el Estado Constitucional implica un desarrollo y aumento de la tarea argumentativa y justificativa de toda institucionalidad y autoridad del estado, lo que en consecuencia demanda no solamente la invocación y señalamiento de las normas pertinentes aplicadas en un caso concreto, sino que el derecho debe en este mismo sentido entenderse y aplicarse en una integralidad deóntica y axiomática con de la Constitución.

De esta manera, es lógico de suponer que, bajo el paradigma del Estado Constitucional, que somete el poder del estado a la razón, a la justicia y el derecho, la argumentación jurídica busca proscribir el uso de la fuerza física, de la coacción y la arbitrariedad como mecanismos de solución de controversias. Empero este incremento argumentativo debe ser cualitativo y cuantitativo, pues las resoluciones

de los organismos públicos deben evitar los vicios que se han señalado, y para ello han de echar mano de la argumentación jurídica (Lozada, 2015, pág. 35).

Bajo este contexto es que existe un vínculo y relación evidente e indisoluble, entre la argumentación jurídica, la justicia, y los derechos en el marco del Estado Constitucional, pues se constituyen en dimensiones de una realidad política y jurídica.

Este conjunto de elementos conceptuales es en actualidad uno de los diseños normativos, sociales y políticos, de los estados democráticos modernos, que de hecho han presentado esta orientación en sus constituciones como ya se ha señalado anteriormente, y que en el caso ecuatoriano se encuentra escrito en el artículo 1 de la Constitución (Lozada & Ricaurte, 2015 pág. 41).

CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO

La realización de una investigación científica demanda establecer un plan sistemático de las estrategias y procedimientos que se aplicarán con la finalidad de recopilar datos que permitan conocer con certeza y veracidad los aspectos relacionados con el tema y la problemática investigada.

Así entendido, el enfoque de la presente investigación es cualitativo, entendido ello como el estudio que analiza las particularidades, calidad y aptitud de las circunstancias y acciones que circundan a un problema jurídico en el presente caso (Melet, 2018, págs. 100,101).

En este contexto la investigación cualitativa, aplicada en el análisis jurisprudencial de la Sentencia Constitucional No. 904-12-JP/19, en la que se desarrolla el concepto de violencia obstétrica, así como los derechos relacionados con las mujeres en este ámbito y de las personas de atención prioritaria, coadyuva a entender y analizar desde una perspectiva crítica como el juez constitucional debe entender el derecho y la argumentación jurídica en el contexto del Estado Constitucional de derechos y justicia ecuatoriano durante la sustanciación y resolución sobre todo de un proceso de justicia constitucional.

Es decir, el análisis de esta sentencia se basa fundamentalmente en estudiar la calidad, la aptitud, y la dimensión de conocimiento jurídico y de la argumentación que utilizan los jueces constitucionales con miras a interpretar y desarrollar derechos y conceptos a través de su jurisprudencia. Misma en la que se observará el desarrollo de un ejercicio de análisis y raciocinio de los distintos elementos fácticos materia del proceso, pero sobre todo jurídicos tanto nacionales como supranacionales, que relacionados entre sí conforman un conjunto argumentativo en el que busca cimentarse la sentencia objeto de estudio.

Empero, si bien la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le otorgan estas facultades a la Corte Constitucional, como organismo máximo de interpretación y control constitucional, y que de hecho así lo

ha realizado a través de distintas sentencias en las que ha desarrollado derechos de distintos grupos minoritarios e históricamente discriminados de la población, por otro lado, sus sentencias y actuaciones no han estado exentas de críticas y tenciones orientadas hacia sí sus fallos pueden realizar mutaciones normativas y/o constitucionales.

En este sentido, a través del diseño metodológico que se ha señalado y que se expone, se analiza y se estudia justamente como la sentencia antes señalada a través de su proceso de justificación, motivación y argumentación, constituye o no un mecanismo de desarrollo de derechos, o en su defecto puede ser entendido como una extralimitación de la Corte Constitucional en el ejercicio de sus atribuciones.

2.1. Métodos de análisis jurídico

La presente investigación se ha basado en aplicación del método mixto, es decir, entre una combinación de la metodología teórica y empírica.

En el primer caso, es decir, en el análisis teórico, se lo realiza a través del estudio bibliográfico principalmente, que se funda en que a través del mismo se pueden encontrar datos sistematizados que no son observables de manera directa en la aplicación de los mismos en la práctica (Díaz & Valencia, 2020, pág. 121).

En otras palabras, este método permite el acopio de la información teórica que ha sido presentada por varios autores en sus estudios sobre temas especializados, como en el caso concreto de la presente investigación relacionada con la teoría del estado, de la manera de concebirse el derecho y las principales teorías sobre la argumentación jurídica y su aplicación en la práctica vivencial de la sociedad dentro de la estructura jurídica de un estado, ecuatoriano en el caso presente.

En lo relacionado con la metodología empírica, ella se evidencia a través de la aplicación y observación fenomenológica del objeto de estudio. Es decir, es el resultado de la aplicación de la teoría (Díaz & Valencia, 2020, pág. 121).

En el presente caso de investigación, justamente a través del análisis de la sentencia del caso, se buscó evidenciar como la teoría de los aspectos anteriormente señalados se aplica en la práctica de la justicia constitucional, y como ello representa una de las formas de explicar y desarrollar derechos constitucionales, como en el caso concreto aquellos relacionados con la atención prioritaria de mujeres embarazadas, cuya transgresión podría asimilarse como violencia obstétrica, que es , como se ha mencionado, el principal aporte que desarrolla la sentencia estudiada a través de su despliegue argumentativo.

Por otro lado, también ha sido necesaria la utilización del método histórico, mismo que comprende la investigación y análisis de acontecimientos pasados en el devenir evolutivo de la sociedad humana (Torres-Miranda, 2020, págs. 1-12).

A través de este método se ha recurrido a indagar en fuentes de distinto tipo, como las bibliográficas en especial, a fin de determinar, entender y analizar desde una visión objetiva y crítica los más trascendentales y distintos momentos históricos que ha atravesado la institución jurídica del estado, el derecho en sí mismo y como la argumentación jurídica también ha sufrido transformaciones a lo largo del tiempo de acuerdo a las variaciones de estos dos parámetros y estructuras sociales.

En lo referente a las técnicas e instrumentos de investigación utilizados, las primeras se entienden como el conjunto de procedimientos, que, validados y sistematizados en la utilización práctica, permiten obtener y acopiar información útil relacionada con el conocimiento del problema investigado.

En el caso presente se ha utilizado principalmente la técnica documental, en virtud que las teorías jurídicas sobre la emergencia de distintos modelos de estado que han existido históricamente, así como las formas en que se ha conceptualizado el derecho y la argumentación jurídica, se encuentran principalmente contenidas en libros en los que diferentes autores han expresado y expuesto sus teorías.

También ha sido necesaria la utilización del método exegético, aplicado desde una mirada jurídica, en razón de la necesidad de entender el alcance conceptual y

terminológico de las normas jurídicas (Melet, 2018, pág. 122), contenidas tanto en cuerpos legales nacionales, como la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres; cuánto para entenderse estos mismos alcances y conceptos en normativas supranacionales contenidas principalmente en instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este contexto y a través de la utilización de los métodos que se han señalado, se ha buscado articular el análisis estudio de cada uno de los aspectos señalados a fin que ello permita analizar y entender la importancia de la argumentación jurídica dentro de una sentencia constitucional, no sólo como un mecanismo de justificación de las decisiones adoptadas por la Corte, sino como una herramienta, que a través de la jurisprudencia ha permitido la interpretación y desarrollo de derechos y de conceptos como el caso de la violencia obstétrica, materia principal justamente del presente trabajo investigativo.

2.2. El análisis jurisprudencial como método investigativo

La utilización del método del análisis jurisprudencial, tiene principalmente una finalidad didáctica en cuanto se busca a través de este observar, analizar, entender y encontrar puntos críticos sobre distintas problemáticas que especialmente en el caso jurídico revisten de importancia no sólo por lo concreto y real de la situación estudiada, sino que permite además establecer como en la sustanciación de procesos jurídicos, como el caso de la justicia constitucional, se ven relacionados aspectos como el teórico con la realidad fáctica que tienen que vivir las partes procesales y los administradores de justicia (Estupiñan, 2021, pág. 7).

Es decir, la utilización del análisis jurisprudencial como método de investigación se constituye en una herramienta que permite establecer relaciones entre el estudio y contenido de la teoría jurídica en sus distintos ámbitos, con la cotidiana problemática social de los distintos sujetos que puede trascender al campo jurídico. Pero esta vinculación teórico-práctica tiene que abordarse y concretarse en un contexto racional, lógico y comprensible, que justamente a partir de la exposición

de argumentos permite observar cómo el operador de justicia realiza este ejercicio para llegar a una conclusión del problema jurídico sometido a su conocimiento y resolución.

En este sentido, es necesario definir como se considera desde el ámbito de la metodología investigativa al análisis jurisprudencial como un procedimiento válido de análisis y estudio de la normativa de un estado y como la misma es aplicada por parte de la institucionalidad jurisdiccional del mismo.

De esta manera, el análisis jurisprudencial se convierte en un escenario de análisis y reflexión por parte del investigador en torno a los operadores de justicia, como sujetos de aplicación e interpretación jurídica, cuya labor se concretará justamente en la sustanciación y resolución de procesos jurisdiccionales a través de sentencias (Coral-Díaz, 2012, pág. 19).

El análisis desde esta perspectiva metodológica, justamente se centra en el estudio del desarrollo argumentativo que realizan los jueces dentro de los procesos que sustancian. Argumentos que el investigador contrasta a la luz no sólo de la estructura jurídica y normativa del estado en que se desarrollan, sino también en base a la dogmática del derecho que se ha desarrollado en la teoría por parte de distintos autores.

Este contraste y análisis jurisprudencial es lo que justamente permite encontrar respuestas y orientaciones a como los administradores de justicia entienden y aplican el derecho, tanto en su aspecto tanto formal como fáctico, a través de sus sentencias (Coral-Díaz, 2012, pág. 19).

El análisis jurisprudencial por otro lado, también debe ser estructurado y sistematizado para ser considerado como método investigativo. Corral-Díaz (2012) a este respecto manifiesta que esta organización debe contener parámetros como:

1. Realizar un acercamiento entre la realidad fáctica concreta, con el desarrollo teórico y dogmático del derecho.

2. Reconocer y ubicar sentencias relevantes, que se constituyen justamente por su importancia en ser medios jurídicos de desarrollo o reconocimiento de nuevos derechos, o de conceptos que alimentan los principios jurídicos y que, por lo tanto, se constituyen en hitos que marcan diferencias y/o puntos de partida de aplicación del Derecho.
3. A partir del análisis jurisprudencial se puede no sólo entrever la aplicación de teorías del derecho, sino que también se puede llegar a construir teorías o narrativas jurídicas, que por su desarrollo argumentativo de solidez pueden llegar a convertirse en reglas (pág. 19).

En efecto, a partir de estos parámetros es que la jurisprudencia a través del quehacer de los jueces se ha tornado en algunos casos como creadora de derecho, como sostiene López (2012), se señala que sobre todo en los casos de justicia constitucional la construcción de las sentencias a partir de la argumentación jurídica no sólo que se convierten en precedentes jurisprudenciales y en análisis sistemáticos de la estructura jurídica del estado, sino que prácticamente, los jueces de estas altas cortes llegan a través de sus sentencias a crear Derecho, pues pueden llegar a marcar líneas jurisprudenciales e incluso modificaciones normativas (pág. 55).

En este sentido, el análisis jurisprudencial como método de investigación se constituye en un mecanismo válido que no sólo permite establecer, como se ha dicho, la aplicación práctica de las distintas teorías del derecho, sino que además permite estudiar el abordaje y razonamiento que realiza el operador de justicia en razón de la estructura jurídica del Estado Constitucional.

Por otro lado, uno de los elementos importantes que permite este método investigativo es profundizar en la manera como la jurisprudencia puede convertirse en fuente de derecho cuando en sentencias como la estudiar en el presente caso, el juez constitucional desarrolla derechos, lo que marca una diferencia con el derecho emanado del órgano legislativo del estado con el de origen jurisdiccional (Pulido, 2015, págs. 1582,1583). Problemática que en sí causa interrogantes que

justamente buscan ser subsanadas o por lo menos entendidas a partir de la aplicación del método de análisis jurisprudencial.

Finalmente, y como se ha mencionado la aplicación del análisis jurisprudencial como metodología de investigación también se encuentra sistematizada, de esta manera un estudio de esta naturaleza deberá contener parámetros que permitan de manera objetiva el análisis, mismo que a decir de autores como Córdoba (2019, pág. 149) pueden contener los siguientes elementos:

- Identificación del número de la sentencia
- Fecha de la sentencia
- Juez ponente
- De ser el caso identificación del voto salvado o de aclaración de alguno de los jueces que conforman el tribunal de juzgamiento.
- Identificación del accionante
- Exposición o relato de los hechos materia de la problemática jurídica
- Señalamiento de las normas jurídicas o derechos presuntamente vulnerados
- Normas constitucionales aplicables al caso
- Identificación y señalamiento del problema jurídico que se analiza en el trabajo investigativo.
- Análisis del desarrollo argumentativo del juzgador en relación con la doctrina o teoría jurídica aplicada en el caso.
- Conclusiones a las que se ha llegado luego del análisis jurisprudencial.

Estos parámetros señalados como guías para la investigación en el Derecho en el caso de análisis jurisprudencial, son las que se aplicarán en el análisis de la sentencia constitucional No. 904-12-JP/19, a fin de dotar de un orden y sistematización el proceso analítico, de manera de llegar a conclusiones objetivas planteadas para la investigación presente, especialmente aquella relacionada en cómo a través de la argumentación jurídica la Corte Constitucional Ecuatoriana desarrollada el concepto jurídico de violencia obstétrica y como ellos se encuentra relacionado con el ejercicio y garantía de los derechos de las mujeres

embarazadas, y de las personas de atención prioritaria como se encuentra señalado en la Constitución.

2.3. Descripción de la Sentencia No. 904-12-JP/19

Relevancia del caso

En la sentencia se abordan y desarrollan conceptos relacionados con el derecho a la salud, el derecho a la atención prioritaria de las mujeres embarazadas, violencia obstétrica y el derecho de la seguridad social.

La principal novedad que se presenta en el en el ejercicio argumentativo de la Sentencia Constitucional 176-14-EP/19, es el relacionar el ejercicio del derecho la salud de las mujeres con la vulneración del mismo del que pueden ser sujetas a través de actos, omisiones o conductas por parte de servidores de la salud cuando se niegan a prestar una diligente y eficiente atención médica en las labores de parto. Este conjunto de acontecimientos y comportamientos segregacionistas van más allá de una vulneración al derecho a la salud, pues evidencian un trato discriminatorio y de violencia de género en contra de las mujeres.

De ahí que la Corte a través de esta sentencia y hace alusión a normativa constitucional y supranacional contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos, establece relaciones conceptuales, teóricas y jurídicas en como la violencia obstétrica puede manifestarse por acciones u omisiones de servidores de la salud en la red pública, de la seguridad social en este caso, aunque la violencia obstétrica se puede también manifestar en el ámbito privado.

Datos del proceso

- Sentencia No. 176-14-EP/19
- Fecha de la sentencia: 13 de diciembre de 2019
- Tipo de acción: Acción de Protección
- Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría

- Demandante o peticionario: Sra. Jessika del Rosario Nole Ochoa
- Demandado: Hospital Provincial del IESS (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social) No. 9 Machala, Provincia de El Oro.
- Derechos vulnerados: Derecho a la salud, Derechos de las mujeres embarazadas, Derecho a la atención prioritaria, Derecho a la seguridad social.

Resumen de los hechos

El 21 de mayo de 2011 la señora Jessica Nole Ochoa de 27 años de edad y en estado de gestación, acude al Hospital Regional del IESS No. 9 en la ciudad de Machala, Provincia de El Oro, presentó dolores leves previos a la labor de parto. Aproximadamente a las 23 horas del mismo día, los dolores incrementan su intensidad y la Señora Ochoa pide a gritos ayuda al personal del hospital pide ser atendida de manera urgente ante el inminente alumbramiento (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 2). Auxilio que no fue otorgado por el personal de turno de la mencionada casa de salud.

A las 00:50 horas se produce el alumbramiento, que, según versión de la demandante, se realizó sin asistencia médica, el neonato únicamente con el auxilio y protección instintiva de su madre.

Como consecuencia de este hecho se presentan complicaciones de hemorragia en la salud de la Sra. Ochoa, por un desgarre del cuello uterino sufrido por ella durante el parto (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 2). El personal del hospital procedió a atender esta emergencia en el quirófano por un tiempo de aproximadamente una hora sin guardar los protocolos médicos que demandaba la situación.

A las 4:30 horas del día siguiente, se informó a la Sra. Nole Ochoa que se había dispuesto su traslado al Hospital Teófilo Dávila, parte del sistema de salud pública, puesto que no se encontraba en vigencia sus derechos como asegurada al Instituto

Ecuatoriano de Seguridad Social por mora patronal. Particular que efectivamente consta en la historia clínica de la paciente.

El traslado al hospital público, según versión de la Sra. Ochoa, ocurrió en condiciones degradantes y de poca garantía para la seguridad de su salud y la de su neonato. En el Hospital Teófilo Dávila, proceden a recibir de emergencia a la mujer en donde permanece por tres días para recuperarse de su salud.

Es necesario mencionar que la Sra. Ochoa, en varias ocasiones solicitó se le otorgue su historia clínica, sin que exista un diligente accionar de la administración del Hospital. Se menciona también por parte de la demandante, que este documento poseía versiones incompletas y mutiladas del procedimiento médico otorgado a la paciente.

El 22 de septiembre de 2011, la Sra. Jessika Nole Ochoa presenta una acción de protección en contra del IESS (Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social) y del Director del Hospital Regional de esta misma institución, solicita se declare la vulneración de sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la atención prioritaria las mujeres embarazadas, reconocidos en la Constitución, así como al establecimiento de la responsabilidad del Estado por estos acontecimientos violatorios de sus derechos de que fue sujeto.

El 9 de octubre de ese mismo año, se dicta sentencia por parte del juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Provincia de El Oro, se declara la existencia de la vulneración de los derechos a la salud, a la atención prioritaria de la madre y del recién nacido. Así también se dispone las reparaciones económicas referentes a los gastos realizados por la legitimada activa para la recuperación de su salud.

El 20 de abril de 2012, la Corte Provincial de El Oro confirma la existencia de la vulneración de los derechos enunciados en la sentencia de primera instancia.

CAPITULO III. ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.1. Sentencia Constitucional No. 904—12-Jp/19

La salud reproductiva de las mujeres se encuentra ligada a derechos como el de salud, vida e integridad personal, el hecho de incumplir con la obligación estatal de salvaguardar y garantizar estos derechos reconocidos en la Constitución como lo establece en su art. 363 No. 6 (Constitución de la República del Ecuador, 2008), acarrea graves consecuencias, justamente por el comprometimiento irreparable que puede causar la violación de estos derechos en la salud e incluso la vida de una mujer (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019).

A ello se añade además que las mujeres en condición de gestación poseen mecanismos de protección reforzada de derechos, como la preminencia en su atención como en efecto también se establece en la Constitución ecuatoriana en el 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 en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad [en negrillas por el autor].

Estos mecanismos no solo que tiene un fundamento jurídico constitucional, como argumento justificativo en su concepción y aplicación, como en efecto el modelo constitucional ecuatoriano lo señala en su artículo 1, al establecer al Estado como constitucional de derechos y justicia, si no que obedece a contextos de protección de grupos que han sido históricamente discriminados y relegados en el ejercicio de sus derechos como lo son, entre otros, el de las mujeres.

En el primer aspecto, como lo señala Bechara (2011), en el fundamento y concepto de Estado Constitucional, la protección y salvaguardar los derechos de las personas se encuentra maximizado, y uno de los parámetros de eficiencia del estado en este ámbito involucra justamente en no sólo permitir que se garanticen derechos a través de vías judiciales, sino que se efectivicen en todos los ámbitos previos a ello del quehacer estatal (pág. 73).

En un segundo aspecto, se va más allá de la esfera jurídica, que aunque es su consecuencia lógicamente, se relaciona con el fundamento y concepto de derechos humanos, que han evolucionado y desarrollado a través de diferentes momentos históricos y que se relacionan con las exigencias de distintos grupos humanos en favor de su dignidad, libertad e igualdad, preceptos que justamente han sido reconocidos y positivados en ordenamientos jurídicos intra y supranacionales (Aguilar, 2009).

La Corte Constitucional utiliza además en su argumento para sostener estos mecanismos de protección reforzada de los derechos de las mujeres, especialmente las embarazadas, datos estadísticos que evidencian fallas sistemáticas y reiteradas en el sistema de salud del Estado.

En este contexto, llama la atención el alto número de mortalidad así como las edades de estos acontecimientos (mortalidad de 46,6 % en mujeres entre 20 a 29 años) (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019), que si bien pueden tener etiologías multidimensionales, como la desnutrición, pobreza y falta de políticas públicas en atención y prevención de embarazos especialmente en grupos etarios adolescentes, visibiliza falencias estructurales, como la violencia de género y la obstétrica en el caso concreto y que, por otro lado, demuestra que no existen acciones adecuadas del Estado o que en su defecto las mismas no se aplican con eficacia ni eficiencia con miras a evitar o por lo menos minimizar estas vulneraciones de derechos.

3.2. Derechos de las mujeres embarazadas

El derecho de las mujeres embarazadas a la salud y atención prioritaria

La salud como derecho es un concepto amplio y multidimensional, pues por su relación con la vida de los seres humanos involucra varios y diversos aspectos en donde se desarrolla la misma.

Así entendido, por un lado, se puede decir que existe un ámbito subjetivo relacionado con el bienestar físico, psicológico, emocional de las personas, en gozar de condiciones biológicas y ambientales satisfactorias, dignas y adecuadas que le permiten desarrollar su existencia. Y, por otro lado, un aspecto asistencial, referente a la prestación y acceso a servicios médicos de salud, destinado a la prevención, cura y seguimiento de cualquier tipo de aplicación de servicios de salud (Rodríguez, 2016, págs. 35,36).

Justamente de esta importancia que se ha mencionado, es que el reconocimiento de la salud como derecho en varios tratados internacionales, obliga y responsabiliza a los Estados en la garantía y protección de este a través de toda su institucionalidad y acciones.

En el caso de la legislación ecuatoriana la Constitución (2008) en el art. 32, reconoce a la salud como derecho Y, específicamente en el caso de la atención a las mujeres embarazadas, este mismo cuerpo normativo en el art. 35 se enuncia que “las personas [...] mujeres embarazadas [...] recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privado [...].”

Por su parte, el artículo 43 de la Ley Máxima es aún más específico en la obligación del Estado respecto de la garantía de los derechos de las mujeres embarazadas, especialmente en el área de la salud, por ejemplo, se hace referencia a la gratuidad de este tipo de servicios de la mujer en estado de gestación, y la protección de la salud de la misma durante las etapas de concepción, alumbramiento y postparto,

dado que la protección específica a la mujer embarazada, es también la protección directa del nasciturus.

Como se puede advertir, la Constitución reconoce de manera clara y concreta derechos específicos de las mujeres embarazadas, a lo que se debe añadir que el contenido normativo es mandatorio y no facultativo, por lo que todas las acciones tanto públicas como privadas tienen la obligatoriedad de cumplir con la garantía y protección de los derechos constitucionalmente reconocidos a las mujeres embarazadas. Cosa que en el caso concreto de la Señora Nole Ochoa, fue atentatorio y violatorio de sus derechos por parte del Hospital Regional del IESS de la Provincia de El Oro y su personal médico, como se puede advertir en la relación de los hechos del caso que se encuentran contenidos en la sentencia constitucional.

La negativa del personal del Hospital referido en prestar la atención médica a la Sra. Nole Ochoa incluso por no poseer el derecho de seguridad social para atención médica por cuanto el patrono se encontraba en mora de las aportaciones, no constituye argumento que justifique la falta de atención obstétrica a la demandante, pues como se ha indicado la Ley Fundamental manda, de manera inequívoca e ineludible, la protección y garantía del derecho a la salud y atención prioritaria de la mujer embarazada en toda institución pública o privada.

Sin embargo, también es necesario analizar más allá del fundamento jurídico constitucional el por qué el derecho a la salud y atención prioritaria de las mujeres embarazadas se encuentra establecido en la Constitución.

Que en la Constitución de 2008 se desarrollan el contenido de derechos que se encontraban reconocidos en la Constitución de 1998 según Grijalva (2012), tomando una dimensionalidad y fundamento más profundo al relacionar derechos no sólo en un ámbito individual, sino familiar e incluso colectivo (págs. 25,26).

Añade el mismo autor, que el reconocimiento de grupos etarios que requieren atención prioritaria también constituye un avance y desarrollo de derechos, pues se

reconoce que existen grupos humanos que al poseer condiciones diferentes y especiales requieren una atención especializada, como es el caso entre otros, de las niñas, niños y adolescentes, de los adultos mayores y de las mujeres embarazadas (Grijalva, 2012, págs. 25,26).

En efecto, los grupos de atención prioritaria que se reconocen en la Constitución ecuatoriana (art.35), no sólo que poseen condiciones especiales físicas, sino que además se encuentran en una condición de vulnerabilidad justamente por esas particularidades propias. Así en el caso de la mujer embarazada, al encontrarse en este estado posee condiciones de salud especiales del resto de la población que la hacen vulnerable.

Además, como se mencionó, la mujer embarazada lleva en su interior la gestación de un ser humano - nasciturus-, que es también sujeto de protección y garantía en el ejercicio de sus derechos, como en efecto lo establece el art. 45 al expresar que “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por otro lado, la multidimensionalidad, se relaciona además con que esta condición no sólo que atañe y conlleva consecuencias para la gestante, sino para el ser humano que lleva en su interior y del círculo familiar al que pertenecen estos individuos, de ahí que las consecuencias en la vulneración de sus derechos pueden abarcar y alcanzar una dimensión más amplia.

Así entendido, cuando el irrespeto a una mujer embarazada constituye una práctica generalizada -por acción institucional u omisión- la afectación sube de escala y se convierte en un problema social con consecuencias colectivas, por ejemplo, insuficiente atención o pobre nutrición se vuelven factores de afectación para el resto de la vida de las personas y se traducen en perjuicios individuales -desarrollo cognitivo- como sociales –productividad disminuida-.

En esta línea, el ejercicio de los derechos de salud y atención precaria en las mujeres embarazadas no sólo que se relaciona con la prestación de servicios de salud para su cuidado, sino que implica también la protección y salvaguarda de la nueva vida, así como del entorno familiar a la que madre y el menor pertenecen, por lo que la vulneración de estos derechos no sólo que tiene consecuencias en estos dos factores principales sino también en sus familias.

De ahí que, se podría concluir que la atención especializada de las mujeres embarazadas traspasa una condición meramente física, dado que se relaciona con salvaguardar la vida de la madre, pero también incluye una dimensión de bienestar del neonato, el entorno familiar y la propia sociedad.

El derecho a la salud de las mujeres embarazadas y la violencia obstétrica

La salud es un derecho de suma importancia pues se ha de insistir en que se relaciona de manera estrecha y directa con la vida del individuo, de ahí el valor y preminencia que el Estado y la Constitución le otorgan a la protección y ejercicio del mismo, como se lo establece en el art. 3 n.1 de la Ley Suprema.

Tal es su importancia que es reconocido en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra Mujer, y La Convención Sobre Derechos del Niño, entre otros.

Este conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, forman parte de lo que teóricamente se ha denominado como bloque de constitucionalidad, que a decir de autores como Ferrajoli (2005, pág. 224) y Storini (2019, pág. 15), entran a formar parte del sistema jurídico constitucional de un Estado en materia de reconocimiento de derechos por cuanto permiten no sólo una coherencia normativa con distintos sistemas de protección de estas prerrogativas, sino que habilitan un desarrollo y ampliación de los derechos en el contexto del Estado Constitucional.

En efecto los artículos 417 y 424 de la Constitución de manera normativa y jurídica, realizan la aplicación de este concepto teórico, mismo que en el caso concreto es analizado por el juez constitucional y lo aplica como argumento de desarrollo del derecho a la salud (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, págs. 10-12).

Incluso en la sentencia se llegan a enunciar los parámetros del ejercicio del derecho la salud que se establecen en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), como lo son la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, que se relacionan con la cantidad suficiente de casas de salud que debe proveer el estado; la no discriminación en el ejercicio del derecho de salud; el respeto a los pacientes por parte del personal médico; y, el servicio en respeto y aplicación de protocolos científicos y médicos debidos, mismos que en el caso de la Sra. Nole Ochoa no se evidenciaron en su aplicación y ejercicio, conforme la relación de la hechos que se encuentran en el caso y como las sentencias de primera y segunda instancia lo estiman.

Se debe destacar que, en la sentencia analizada, el juez constitucional no sólo que se limita a enunciar estos parámetros del ejercicio del derecho la salud enunciados en la Observación General 14 del Comité DESC de las Naciones Unidas, sino que los aplica y adecua al caso de la atención médica de mujeres embarazadas, lo que debe entenderse como un desarrollo y aplicación de conceptos y del derecho la salud específicamente a estos casos, de decir de la atención obstétrica a mujeres embarazadas.

Incluso en la sentencia se menciona que el derecho a la salud impone tres obligaciones en su ejercicio al Estado, como son el respeto, la protección y el cumplimiento. Ello en relación en los dos primeros preceptos, con impedir la injerencia de terceros en el ejercicio de este derecho, y el último referente a las políticas públicas en todos sus ámbitos que el Estado debe tomar a fin de permitir el efectivo ejercicio del derecho la salud (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 12).

Pero la Corte no sólo que despliega y desarrolla este análisis argumentativo de los parámetros y dimensiones en que el derecho a la salud debe entenderse de aplicarse, sino que establece la relación de estos aspectos con el caso concreto de la accionante. Pues en efecto, respecto de estas obligaciones que tiene el estado en el ejercicio del derecho a la salud, como son la respetar, proteger y cumplir, señala la Corte Constitucional, que el hospital y el personal involucrados en este caso, al exigir el cumplimiento de formalismos y legalidades para atender la labor de parto no sólo que atentaron contra los derechos de la salud y atención prioritaria de la madre y el neonato, sino que realizaron una acción en la que se imponía una carga de ilegalidad en contra de estas personas, lo que implica una dimensionalidad de ejercicio de discriminación y violencia obstétrica.

Es importante destacar de igual manera, que los parámetros que mencionan los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud como lo son, la disponibilidad la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad, en el análisis argumentativo de la Corte sobre el caso en concreto, los aplican y adecúan en el contexto del ejercicio de este derecho en el caso de las mujeres embarazadas, entendiéndose que su incumplimiento involucra además un tipo de violencia de género, obstétrica en este caso.

De esta manera, se puede establecer un primer acercamiento que permite entender y contextualizar el ámbito del ejercicio de la violencia obstétrica, que como podrá colegirse se encuentra relacionada con el derecho a la salud y las acciones, sean estas directas o indirectas, que limiten, restrinjan y/o eviten la atención de una mujer embarazada, durante su periodo de gestación, de parto y en las atenciones médicas y de salud posteriores relacionadas con esta acción.

3.3. Argumentación Jurídica y el desarrollo del concepto de violencia obstétrica

Este concepto de manera general se relaciona con toda acción, omisión, hecho o conducta, que realice personal de la salud, sea de manera directa o indirecta, tanto dentro de la esfera pública como privada, que vulnere o afecte el ejercicio pleno del derecho a la salud en el ámbito principalmente reproductivo y sexual de las mujeres (Al Adib, 2017, pág. 3).

Se puede advertir entonces, que la violencia obstétrica es una especificidad de la violencia contra la mujer en el campo de los derechos sexuales, reproductivos y de salud, lo que evidencia además una asimetría en el ejercicio de derechos entre hombres y mujeres en el caso de la atención médica en el campo reproductivo.

En el caso de la Sentencia No. 904-12-JP/19, la Corte Constitucional reconoce el poco tratamiento que el Estado y la jurisprudencia ecuatorianos han realizado respecto del tema, lo que puede entenderse además como un incumplimiento de varios instrumentos internacionales de derechos humanos como el caso de la Declaración Sobre Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de las Naciones Unidas (1993), en el que se menciona que constituye violencia en este ámbito todo acto basado en pertenencia al sexo femenino que pueda causar daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una mujer (Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, 1993, art. 1).

De igual manera la Corte hace alusión a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, más conocida como Convención Belém do Pará (1994), en la que se reitera el contexto y concepto de la violencia de género en contra de la mujer ya señalado.

Pero la Corte no sólo que menciona estas normas supranacionales como sustento argumentativo, sino que de manera explícita los aplica en el ámbito de la violencia obstétrica, señala que la convención obliga a los estados a garantizar los derechos de las mujeres a través de gestiones concretas para garantizarlos, y más aún en el

caso de grupos de atención prioritaria por su condición de vulnerabilidad, como lo son las mujeres embarazadas y su tratamiento asistencial en las instituciones de salud (Organización de los Estados Americanos, 1994, arts. 2 y 9). (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 13).

Este concepto no sólo que implica el hecho de que las mujeres pueden ser sujetas de acciones violentas sean estas de tipo físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado, de manera aislada o que involucren de manera limitada sólo ejercer actos que vulneran los derechos de este grupo etario, sino que este ejercicio visibiliza una dinámica de ejercicio de poder asimétrico entre hombre y mujer así como también la discriminación de que son objeto, lo que en conjunto atentar contra la dignidad y respeto y el desarrollo de una vida libre de violencia a que tiene derecho todo individuo, incluso no humano en algunos casos en la actualidad.

De esta manera, la violencia obstétrica específicamente, es otra de las manifestaciones de la discriminación de género, que se fundamenta en establecer una diferenciación en el trato y ejercicio del derecho a la salud por la pertenencia de un ser humano al género femenino.

Este tipo de acciones menoscaban el pleno ejercicio de derechos de las mujeres, así como sus libertades fundamentales que han sido reconocidas y logradas en el ámbito del derecho internacional a través de procesos reivindicatorios históricos (Salgado, 2013, pág. 58), pero que aún en la dinámica social se evidencian y manifiestan como rezagos de las relaciones de poder machistas y discriminatorias. En el proceso argumentativo de la sentencia, el juez constitucional realiza un despliegue de acciones, conductas y hechos que, ejercidos en el campo de la prestación de la salud a una mujer pueden entenderse como violencia obstétrica, ello basado en el Informe de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer realizado por el Estado Argentino y el conjunto normativo que sobre esta materia realiza el mencionado Estado.

Este grupo de sucesos y conductas a las que se hace alusión, se pueden resumir como actos discriminatorios en contra de la mujer en el otorgamiento y ejercicio del derecho a la salud, especialmente en el campo reproductivo, pues se relacionan con el trato deshumanizado y/o degradante del que puede ser sujeto una mujer en el contexto de su vida reproductiva y de los padecimientos naturales que este género presenta durante el desarrollo de su vida sexual y reproductiva.

En el campo de la legislación nacional, la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, promulgada en 2018, presenta algunos conceptos innovadores y prácticos respecto a la violencia de género.

En efecto el artículo 4 establece que la violencia de género en contra de la mujer es cualquier tipo de acción o conducta basada en esta particularidad, cuyo efecto es el causar daño, sea mortal o no en una mujer, y amplía el concepto que la violencia de género se manifiesta a través de causar sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, gineco-obstétrico a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado (Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, 2018, art. 4).

Este mismo cuerpo normativo además en su artículo 10, Lt. g) define la violencia obstétrica, como “toda acción u omisión que limite el derecho de las mujeres embarazadas o no, a recibir servicios de salud gineco-obstétricos. [...]”

Se entiende que este tipo ejercicio de violencia se contextualiza en todo tipo de práctica que limite el libre ejercicio de las distintas dimensiones en que una mujer puede ejercer derechos y libertades relacionados con su sexualidad y reproducción. Ahora bien, todo este conjunto de ideas, conceptos y definiciones tanto normativas como fácticas que señala la Corte son argumentos que expone con la finalidad de sostener, fundamentar y exponer tanto a las partes como a la ciudadanía en general las razones y el proceso argumentativo que tomaron en cuenta para emitir la decisión.

Justamente en este aspecto, y con una finalidad de poder establecer la aplicación práctica de las teorías de la argumentación jurídica que se señalaron con anterioridad, se puede establecer una correlación del caso concreto de la sentencia No. 904-12-JP/19 con ella, para entender la importancia y viabilidad de su empleo. Así explicado y de manera didáctica, menciona y alude la aplicación de la lógica formal como método de argumentación jurídica, que como se dijo se orienta a la aplicación irrestricta e inequívoca del marco jurídico y de las leyes de un estado, en el caso de la sentencia No. 904-12-JP/19, la accionante al no haber cumplido con el requisito de estar al día en las aportaciones al seguro social no hubiera podido acceder a la atención en un hospital de esta institución.

Siendo así, las acciones de protección presentadas en primera y segunda instancia, se realiza un ejercicio de subsunción normativa, es decir, considerar solamente la adecuación del acto a la norma, hubieran tenido que otorgar la razón al hospital regional del IESS y su personal de salud, lo que a claras luces habría implicado no solo vulnerar los derechos de la mujer embarazada y el nasciturus, sino dejar en la impunidad el cometimiento de actos de violencia obstétrica y discriminatorios en contra de la Sra. Ochoa.

Por otro lado, se toma en cuenta la aplicación de la lógica informal de Toulmin, y realiza una adecuación de sus cuatro parámetros que establece como elementos principales de la argumentación jurídica bajo su teoría se podría realizar el siguiente ejercicio didáctico.

La pretensión, estaría conformada por la reclamación de la accionante, que, a través de la relación de los hechos, y de la invocación de las respectivas normas, especialmente nacionales y constitucionales, construye su demanda en la que evidencia las acciones atentatorias contra sus derechos, especialmente el de salud y atención prioritaria realizadas por el hospital regional del IESS y su personal, al haber sido sujeto de violencia obstétrica.

Las razones, por su parte se encontrarían conformadas principalmente por los relatos de los acontecimientos sucedidos y ejercidos en contra de la accionante.

Constituyen además aportes en este ámbito, los datos específicos contenidos en documentos y testimonios que presenta la accionante. Es decir, este elemento se encuentra principalmente conformado por acontecimientos fácticos que produjeron el problema jurídico.

La garantía, estaría conformada por los argumentos normativos que señalan las partes, así como por los que la Corte Constitucional del Ecuador toma en cuenta en el proceso de razonamiento y argumentación para sostener su decisión. En el caso concreto las garantías se encuentran expuestas de manera deductiva, realiza la corte un señalamiento normativo supranacional sobre las normas que protegen los derechos de la mujer en el contexto de la violencia obstétrica, así como también aquellas normas constitucionales en este mismo ámbito.

Finalmente, el respaldo, que, bajo el esquema de Toulmin, son aquellos elementos argumentativos adicionales que sostienen una decisión. En el caso de la sentencia No. 904-12-JP/19 aquello podría estar conformado por el desarrollo del concepto de violencia obstétrica que señala la Corte, así como también la conexión y relación que tiene el causar esta acción sobre la vulneración de derechos constitucionales que se reconocen a la mujer, y especialmente cuando se encuentra en estado de gestación al considerarla como sujeto de atención prioritaria.

Por el lado de la aplicación de la teoría estándar de la argumentación jurídica de Atienza, a través de sus tres dimensiones en que ese entiende a la misma se podría realizar el siguiente análisis de su aplicación en el caso concreto que se señala. Recuérdese que, bajo la teoría de Atienza, la argumentación jurídica a puede entenderse en tres dimensiones; la formal, material y la pragmática.

Es especialmente esta última que podría entenderse que el juez ponente y la Corte Constitucional en sentencia No. 904-12-JP/19 aplican. Pues el desarrollo discursivo que se advierte durante las consideraciones que justifican la decisión, no sólo que se limitan a exponer argumentos normativos y fácticos para sostener sus razones, sino que realizan un ejercicio en el que buscan persuadir y convencer a las partes así como a la ciudadanía en general del razonamiento consecución de la justicia

para garantizar los derechos de salud y de atención prioritaria de una mujer embarazada, así como lo atentatorio y degradante que es el ejercicio de la violencia obstétrica.

En definitiva, a través de su despliegue argumentativo la Corte, no sólo que buscó evidenciar la vulneración de normas jurídicas y de derechos de la accionante, sino que se orientó a visibilizar las implicaciones sociales y normativas que acarrea la violencia obstétrica. Y de esta manera además presentó un desarrollo de este concepto en el ámbito de los derechos de la mujer.

Se puede establecer de manera preliminar entonces, que la argumentación jurídica en un primer momento busca presentar las razones que sostienen una pretensión de tal manera de persuadir al auditorio y al juzgador sobre la probidad y rectitud fáctica y normativa de su requerimiento.

Sin embargo, y en un sentido más allá de esta primera dimensión que se señala, en el caso de las decisiones, y especialmente en la justicia constitucional, la argumentación jurídica no sólo que presentan los argumentos y el ejercicio de razonamiento que realizan los jueces para solucionar un problema, sino que incluso a través de aquella se enriquece el ámbito jurídico de entender y aplicar el derecho, por ejemplo, en el caso concreto de desarrollar el concepto y las implicaciones de la violencia obstétrica, como se ha observado y analizado.

3.4. Mutación constitucional e interpretación constitucional

La mutación constitucional se la entiende como la realización de cambios, sean estos casi todos o concretos en el contenido de la Constitución de un Estado, sin que medie para ello la variación del contenido literal del texto normativo de ese documento. En este sentido la mutación constitucional se relaciona, en definitiva, con la modificación del significado u orientación que el constituyente concibió en la adopción de una determinada norma constitucional (Masapanta, 2020, pág. 38).

La interpretación constitucional por su parte, que a decir de Atienza (2017), es un término abstracto y ambiguo, se relaciona principalmente con explicar y entender cuál es el sentido, significado orientación que tiene un texto normativo que presenta problemas como la duda u oscuridad en su significado (pág. 18).

Ahora bien, cómo se relacionan la interpretación y la mutación constitucional, es justamente a través de las sentencias de esta naturaleza, en que los juzgadores en su proceso de razonamiento y argumentación explican y desarrollan el contenido normativo y la orientación que el constituyente – en el caso constitucional- pretendió en la redacción de una norma contenida en la Ley Máxima.

Que en la Constitución del 2008 se superan anacronismos y contradicciones de las Constituciones anteriores, señala en este contexto Grijalva (2012), al decir que es la “Corte Constitucional el máximo organismo de control, interpretación, y administración de esta materia,” (art. 429) (pág. 219).

La Constitución en su artículo 427, aporta también en este ámbito de la interpretación al señalar una gradación de los métodos de la misma, establece que en primer término será la interpretación literal la que deba considerarse, pero entendiéndose y aplicándose ella en el contexto de un entendimiento integral del sentido de la Constitución, que es, como se reitera una vez más, la progresión y favorecimiento de los derechos y la voluntad del constituyente. Precepto que además también se establece y de manera más prolija en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su art. 3.

En referencia al sentido práctico de la aplicación de la interpretación y la mutación constitucional en el caso de la Sentencia No. 904-12-JP/19, no se evidencia esta segunda dimensión, pues no existe en si una modificación del texto de la Constitución en lo referente a la violencia obstétrica.

Pero en cambio, en el ejercicio de la interpretación constitucional puede advertirse como la Sentencia No. 904-12-JP/19, en el proceso argumentativo de la Corte efectivamente realiza una exegesis integral de la orientación que buscó el

constituyente con la finalidad no sólo de desarrollo de los derechos de las personas que merecen atención prioritaria, sino con la prevención y erradicación de todo tipo de violencia y discriminación, entre ellas y principalmente aquella en contra de la mujer (Sentencia No. 904-12-JP/19, págs. 8,13)

Es importante señalar que uno de los casos más recientes y emblemáticos, así como controvertidos en lo referente a la mutación constitucional, son los casos de las sentencias 10-18-CN y 11-18-CN, a través de, las cuales, se aprobó el matrimonio igualitario en el Ecuador. El principal punto de tensión en estos casos, y que de hecho evidenció ese cambio constitucional, es que el texto de la Ley Fundamental en su artículo 67, establece que el matrimonio “[...] es la unión entre un hombre y una mujer [...]”. Donde la Corte priorizó una interpretación amplia de la Constitución a aquella literal, más específica, pero restrictiva.

En definitiva, se puede establecer que la interpretación en el caso de la justicia constitucional, en aplicación de las reglas que establece la ley, se ha orientado principalmente al desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución ecuatoriana, así como en instrumentos internacionales de esta materia. Aunque esto, por un lado, puede causar la dificultad de la mutación constitucional, con la consecuencia que ello acarrea como el cambiar la orientación constitucional. Y limitar la participación ciudadana, al hacerse sin que medien mecanismos de participación directa como la consulta popular, el referéndum o mecanismos de representación como la enmienda. Esto pone en evidencia, de esta manera, la dificultad contra mayoritaria que se analizará posteriormente.

En el caso de la sentencia sobre la violencia obstétrica, si bien no ha operado ningún cambio del texto de la Constitución, en cambio sí se ha permitido un desarrollo de dos aspectos fundamentales: por un lado, el de los derechos de las mujeres embarazadas a la salud y su atención prioritaria. Así como, y principalmente, el concepto y las implicaciones de la violencia obstétrica como un acto u acciones que permite evidenciar la discriminación y vulneración de derechos por género.

La dificultad contramayoritaria y las sentencias de la justicia constitucional

La dificultad contramayoritaria ha sido uno de los recurrentes y álgidos debates que se han planteado entre la teoría política y la constitucional, cuya idea central de la controversia radica en cómo los jueces constitucionales, cuyo mecanismo de elección no es a través de la participación directa de los ciudadanos, por lo que carecerían de legitimidad de origen, pueden a través de sus sentencias contravenir normas o procedimientos realizados por autoridades o instituciones estatales que si fueron electas a través de mecanismos democráticos directos de elección (Grijalva, 2012, pág. 206).

En este sentido, incluso las normas emanadas de la Función Legislativa del Estado, cuyos parlamentarios son elegidos directamente por el pueblo; los decretos emitidos por el Ejecutivo (Presidente de la República), también popularmente elegido; así como autoridades similares de nivel de gobierno local, no sólo que pueden ser revisadas por la Corte Constitucional, justamente con el objetivo de establecer la constitucionalidad de esta producción normativa, sino que se podrían declarar su invalidez por contravenir a la ley fundamental, por lo tanto, podrían quedar insubsistentes.

Es justo esta situación la que plantea la inquietud y dificultad de determinar cómo es posible que un juez o un grupo reducido de los mismos Corte Constitucional puedan contravenir o incluso lleguen a anular la decisión de autoridades que han sido elegidas de manera directa a través de un mecanismo democrático y popular. Esto, lo que se ha denominado como dificultad contramayoritaria (Masapanta, 2020, págs. 108,109).

Tanto defensores del constitucionalismo como de la política en la idea de democracia- han expresado argumentos a favor y en contra de esta idea. Así los primeros han señalado que la Constitución de un estado, no sólo que debe contener los enunciados del acuerdo social que da vida a esa organización política y jurídica, que se funda en el carácter si bien democrático, pero por sobre todo mayoritario de los asociados. Sino que es necesario establecer límites a esa voluntad mayoritaria,

que son en el entendimiento de la nueva teoría constitucional los derechos de las minorías, que en un escenario democrático permitiría evidenciar no sólo la inclusión de esos grupos, sino que permite fundar esta idea política en el consenso de inclusión antes que en el número (López P. , 2017, pág. 35).

En otras palabras, en el contexto de un Estado Constitucional, la corte de esta materia se erige no sólo como un mecanismo de control de constitucionalidad y de garantía de los derechos de las personas, sino que justamente en las atribuciones que se le otorga podría incluso contravenir y/o anular acciones tanto ejecutivas como legislativas que restrinjan el ejercicio de derechos.

Si bien éste es uno de los puntos que mayores dificultades ha presentado por la colisión aparente que podría causar con el fundamento mismo de la democracia, se puede entender que ello se funda en una idea que transversaliza y que es el cimiento en si del estado constitucional como es el reconocimiento, progresividad y garantía del ejercicio de los derechos (Atienza, 2016, pág. 221).

Este fenómeno político y jurídico se ha evidenciado en el Ecuador principalmente en el caso de la sentencia del matrimonio igualitario 10-18-CN y 11-18-CN como se ha mencionado. Esto, por la aparente contradicción e inobservancia del contenido del texto constitucional por parte de la Corte al dar paso al matrimonio igualitario contra texto expreso de la constitución. Pero también ello puede leerse como un mecanismo de defensa de los derechos de las minorías, como en efecto se señala como uno de los argumentos para la emisión de esas sentencias.

Ahora bien, lo que tengo relatado en mente, corresponde analizar el caso de la sentencia No. 904-12-JP/19 sobre la atención prioritaria de una mujer embarazada y la violencia obstétrica. En este caso, la Corte Constitucional no plantea ninguna situación de dificultad contramayoritaria, puesto que no contraviene ni muta ningún texto constitucional ni normativo del Estado ecuatoriano. Sin embargo, sí podría afirmar que de cierta manera actúa como “legislador” (Grijalva, 2012, pág. 232), como le denomina la teoría constitucional, en el sentido en que en esta sentencia se señalan elementos y conceptos jurídicos que deben abarcar normas

relacionadas con la materia de protección de este grupo minoritario. Pero por, sobre todo, para la eliminación de la violencia y discriminación de género, como lo es en el caso específico, la obstétrica.

El problema del activismo judicial

Esta denominación y concepto se relaciona con la actividad que puede realizar un juez como limitador de las demás funciones del estado, o en su defecto como un impulsador y defensor de derechos o causas que consideran justas, se aplica especialmente la Constitución de un estado como instrumento argumentativo y justificativo de sus sentencias para lograr los fines antes señalados (Duquelsky, 2017, págs. 200,201).

Desde esta visión del ejercicio de la judicatura y del derecho, el juez y los tribunales, a través de sus sentencias se tornan en creadores del Derecho, que implica ir más allá, en el caso de los tribunales constitucionales especialmente, de la sola interpretación de la Constitución; sino que el propósito de este ejercicio es lograr cambios legislativos a través de jurisprudencias, lo que en suma cuestiona el positivismo radical y clásico planteado por Kelsen (López P. , 2017, pág. 21).

Pero ello no con una finalidad de desconocer el sistema constitucional y jurídico de un estado, sino como un mecanismo que permita ir más allá de la aplicación irrestricta e inequívoca de la ley, con miras a lograr la justicia y la garantía de los derechos especialmente, pues la estructura jurídica de un Estado no en todos los casos logra esta finalidad, no sólo por ausencia en el desarrollo del derecho y las normas, sino por la posibilidad de que existan antinomias y lagunas jurídicas dentro de un sistema normativo (Duquelsky, 2017, pág. 200).

Es decir, podría entenderse que el activismo judicial es un concepto que se manifiesta en la práctica, cuando un juez llega a los límites de interpretación o realiza un uso extensivo de ello para lograr tutelar derechos y lograr la justicia.

En efecto, es en este sentido en que esta denominación de activismo judicial fue empleada por el juez estadounidense Wayne, que advierte que este concepto puede ser entendido a través de dos maneras.

Por un lado, a través de la jurisprudencia, en el que se puede desarrollar, conferir e incluso reconocer derechos a determinados colectivos, que pueden ser minoritarios dentro de una sociedad. Así como también, otra forma de ejercerlo podría evidenciarse a través de las decisiones que toman los jueces para tutelar un derecho que ha sido vulnerado, pero no sólo se establece sanciones y mecanismos de reparación, sino invalidando o limitando competencias políticas y normativas de otras instituciones del Estado (López D. , 2012, pág. 21).

Pero el activismo no debe confundirse, como lo señala Lozada (2018), como un ejercicio de discrecionalidad judicial, porque ello implicaría no sólo un debilitamiento del sistema y estructura jurídica de un Estado, sino que puede llegar a ser entendido como un desconocimiento del mismo (pág. 21).

En este sentido, es importante establecer entonces una diferencia del activismo judicial en su sentido negativo, entendido como sinónimo de la discrecionalidad de un juez que sus decisiones o defensa de posiciones políticas y personales que sí resultarían indeseables y cuestionables.

Por otro lado, puede entenderse que activismo judicial también puede tener una acepción o contexto de ejercicio en el marco del garantismo constitucional, que como se ha dicho, busca la garantía y tutelaje de los derechos de las personas. En ese sentido el juzgador, especialmente en el caso constitucional, debe orientar su quehacer a esa finalidad siempre, se debe tomar en cuenta el sentido teleológico de la ley y la Constitución.

Corresponde analizar en el caso de la sentencia 904-12-JP/19, sobre la atención a la mujer embarazada y la violencia obstétrica, si es que existe evidencia de activismo judicial en el caso del juez ponente y la Corte Constitucional, en los casos a) defender de manera abierta y lógicamente argumentada la atención prioritaria de

la mujer embarazada; y, b) el reprochar el ejercicio discriminatorio y violento de las acciones de violencia obstétrica.

Consideramos que, aunque los partidarios del activismo judicial podrían identificar su presencia en el caso, más bien la resolución se responde a un argumento jurídico tanto nacional como supranacional, que desvanece la discrecionalidad y subjetividad que podrían dar lugar a un señalamiento del activismo judicial como en otros casos Ej. Matrimonio Igualitario.

Más bien podría decirse que el desarrollo de los derechos relacionados con el caso, como el de la salud, el de atención prioritaria de una mujer embarazada, así como el concepto específico de violencia obstétrica, como una de las aristas de expresión de la violencia de género, son ideas que pueden considerarse como un ejercicio postpositivista del derecho. Es decir, que, si bien se busca y logra el ejercicio y desarrollo de los derechos de las personas, ello se funda en el contenido de la ley y Constitución, de ahí el porqué de la consideración del positivismo, se separa por tanto el subjetivismo y la arbitrariedad apartada de la ley.

Se observa en la sentencia que la Corte Constitucional no se limita a la aplicación irrestricta de la formalidad de la ley en el caso, sino que se orienta más bien a desarrollar y tutelar derechos de grupos minoritarios como el mencionado, y establecer de manera clara parámetros que implican acciones de violencia de género como la obstétrica en este caso, por su contravención que implica con el modelo de Estado y la Constitución ecuatorianos.

Esto se puede observar específicamente en el siguiente extracto:

La violencia contra la mujer se manifiesta en múltiples escenarios, uno de ellos ocurre en relación a la prestación de servicios y atención de salud, en ese contexto un tipo específico de violencia es la obstétrica, que comprende uno o varias de los siguientes elementos, acciones u omisiones:

- a) Apropiarse o despreocuparse del cuerpo y procesos reproductivos de la mujer por parte del personal de salud.

- b) Tratar a la mujer de forma deshumanizada, inhumana o degradante.
- c) Abusar de medicalización.
- d) Patologizar procesos naturales.
- e) Disminuir o anular la autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad.
- f) No brindar atención oportuna y eficaz ante una emergencia obstétrica.
- g) No tratar a la mujer embarazada con dignidad y respeto.
- h) Efectuar abuso físico, psicológico o sexual, discriminarla o estigmatizarla.
- i) Actuar de manera negligente, abandonar o demorar la atención.
- j) Causar dolor o sufrimiento innecesario o actuar de manera indolente ante su dolor, sufrimiento y necesidades,
- k) No informar acerca de los riesgos, beneficios y alternativas de toda intervención médica a la mujer embarazada.
- l) Impedir que sea acompañada por una persona de su confianza y elección,
- m) Obligarle a dar a luz en condiciones inseguras, insalubres, sin el acompañamiento médico adecuado o los instrumentos necesarios,
- n) Obstaculizar el apego voluntario entre la madre y el recién nacido sin una causa médica justificada, impidiéndole la posibilidad de cargar y amamantar (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 14).

Parámetros que aplicados al caso en concreto la Corte configuro como hechos que evidencia violencia obstétrica como lo señala en el siguiente párrafo de la sentencia:

En el caso, del expediente se comprueba claramente que la señora Nole Ochoa durante el tiempo que estuvo en el IESS sufrió de manera reiterada prácticas que constituyen violencia obstétrica: a) estuvo en el IESS sufrió de manera reiterada prácticas que constituyen violencia obstétrica:

- a) Durante todo el proceso de parto y alumbramiento no fue atendida y valorada por un ginecólogo más aún cuando su situación de salud se volvió una emergencia; b) Pese a tener intensos dolores sufrió por varias horas de abandono en la atención de salud y así también afrontó la indiferencia del personal médico; c) Dio a luz sin la presencia de personal médico, quienes acudieron únicamente en la culminación del alumbramiento, cuando el niño ya se encontraba fuera de su cuerpo; d) De forma injustificada y luego de pocas horas del alumbramiento se suspendió toda atención médica pese a tener hemorragia uterina posparto; e) Fue forzada a trasladarse a otro establecimiento de salud pese a su grave estado de salud; Como consecuencia de la negativa de atención de salud fue separada de su hijo recién nacido durante varias horas; g) No le dieron información adecuada, pertinente y oportuna sobre su situación de salud a ella ni a sus familiares (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 15).

3.5. Características de la argumentación jurídica en el caso constitucional

Al igual que en el caso de las teorías de la argumentación jurídica se evidencia una diversidad en cuanto a su concepto, entendimiento y aplicación, las características de la argumentación constitucional también son miradas desde varias perspectivas, sin embargo, puede decirse que existen puntos coincidentes que diferencian a este tipo argumentativo del resto, como pueden ser el legislativo y el judicial, que son los principales ejercicios argumentativos dentro de la institucionalidad del estado en el contexto de creación y aplicación de normas.

Son cinco las principales características de la argumentación constitucional que Vigo (2008) estima, que establecen claras diferencias con respecto de los demás como los señalados. En este sentido, la justicia constitucional tiene objetos, sujetos, operatividad, efectos y tipos de sentencias en los que ese puede ver la forma en que los juzgadores entienden y aplican el derecho en el contexto constitucional de un Estado (pág. 55).

En lo referente al objeto, es la Constitución el elemento jurídico que se toma en cuenta dentro del proceso argumentativo en la justicia constitucional. Esta Ley Fundamental si bien tiene un carácter normativo, en el caso de los procesos de garantías jurisdiccionales, toma una relevancia que rebasa el entendimiento del Derecho solamente desde un aspecto normativo, sino que la Constitución se la entiende y se le aplica como la conciencia y moralidad obligatoria de la sociedad, como sostiene Dworkin, a lo que se debe añadir que este documento socio-jurídico tiene una característica que la diferencia del resto de las leyes por su autoría – el pueblo - ; su estructura – ley máxima- ; y, su orientación a ser perdurable en el tiempo (Vigo, pág. 55).

En lo relativo a los sujetos, es especialmente en los juzgadores en donde se puede evidenciar esta característica, que si bien puede ser contingente y variable depende de los sistemas jurisdiccionales y constitucionales de un estado, en la mayoría existen jueces especializados para la sustanciación de procesos constitucionales (Vigo, pág. 55).

En el caso ecuatoriano, como se ha mencionado los casos de justicia constitucional pueden ser conocidos y resueltos prácticamente por todos los jueces que conforman el sistema de la Función Judicial, lo que obligaría a que todos los juzgadores deban conocer materia constitucional y por sobretodo entender el contexto e implicaciones del modelo de Estado Constitucional de derechos y justicia.

En cuanto al modo de operación, la justicia constitucional durante su proceso argumentativo se caracteriza por un despliegue y desarrollo de principios y valores normativos que transversalizan a la Constitución. En definitiva, estos dos elementos se convierten en meta argumentos (“meta” etimológicamente se refiere a realizar una abstracción de un concepto), que los jueces constitucionales mencionan y desarrollan en sus sentencias las evidencias y aplicaciones de las teorías argumentativas (Vigo, pág. 55).

El efecto las proyecciones del resultado argumentativo, se refiere por su parte, a que, a través de las sentencias constitucionales, tanto el proceso argumentativo cuanto en sí mismo la decisión no sólo que presentan la resolución de problemas jurídicos, sino que a través de este proceso se desarrolla y se enriquece el Derecho, así como las teorías argumentativas (Vigo, pág. 55).

Además, que estas consecuencias o efectos pueden llegar incluso a ser tan importantes que pueden tener un contenido político e incluso moral, Vigo (2008) señala, que llega a trascender y a modificar el entendimiento y modo de vida de una sociedad, justamente por ese despliegue explicativo y argumentado de la decisión (pág. 55) .

Y, finalmente, en cuanto al tipo de sentencias las mismas pueden ser de carácter imperativo, aditivo, admonitorio, e incluso pueden llegar a multar la Constitución (Vigo, 2008, pág. 55), lo que ha sido además ya explicado.

Ahora bien, en el caso de la Sentencia No. 904-12-JP/19, en efecto se pueden identificar estas características que señala Vigo. En cuanto al objeto, es evidente que los derechos constitucionales que la accionante aduce como vulnerados dentro del proceso se encuentran reconocidos efectivamente en la Ley Máxima ecuatoriana como ya se ha mencionado.

Y en efecto, estos derechos se encuentran vinculados al entendimiento que tiene la sociedad del trato prioritario que merecen las mujeres embarazadas, así como otros grupos etarios, por esa condición de vulnerabilidad en la que se encuentran. En cuanto a los sujetos, puede advertirse que efectivamente en las dos primeras instancias del proceso entablado por la accionante en contra del hospital regional del IESS actuaron jueces de primera instancia y la Corte Provincial que no eran especializados en materia constitucional, pero que se vieron abocados, como manda la Constitución y la ley, a conocer y resolver un proceso de esta naturaleza.

En cuanto a la tercera característica, es decir, relacionado con la aplicación de principios y valores como elementos argumentativos, podría decirse que estos

principalmente son mencionados en normas de carácter supranacional, que pese a ser generales, justamente por eso pueden ser consideradas como principios, son estimadas como elementos argumentativos que utiliza la Corte Constitucional en el caso de la sentencia No. 904-12-JP/19.

Principalmente esta característica se puede ver durante el desarrollo argumentativo y consideraciones que realiza la Corte en lo relativo al derecho a la salud, y en especial a la violencia obstétrica (No. 904-12-JP/19 páginas de la 10 a la 15).

Por parte de los efectos del resultado argumentativo, es especialmente el desarrollo del derecho a la salud de los grupos prioritarios, como el caso de las mujeres embarazadas, y en especial el concepto de la violencia obstétrica el que a través de esta sentencia se evidencia su desarrollo argumentativo se explica y enriquece. Incluso podría decirse que la consideración argumentativa referente a la violencia obstétrica, y como lo señala Vigo, podría entenderse que tiene un desarrollo moral que trasciende la esfera jurídica, puesto que evidencia que aún existen rezagos discriminatorios por género en nuestra sociedad, lo cual, es además reprochable y condenable, más aún cuando esta violencia se ejerce desde la institucionalidad del estado.

Y, finalmente, en este tipo de sentencia se obliga a los causantes de la vulneración de los derechos de la accionante a realizar medidas de reparación integral (No. 904-12-JP/19 páginas de la 18-19)., así como a la institución de seguridad social a presentar garantías de no repetición de este tipo de acciones, a través de la adopción de protocolos y reglamentos en los que se establezca el tratamiento a seguir en la atención de mujeres embarazadas como mecanismo de prevención de cometimiento de acciones de violencia obstétrica, como se observa en el siguiente párrafo:

Ordenar, como medida de no repetición, que en el plazo máximo de un año desde notificada esta sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como obligado principal y el Ministerio de Salud Pública como cartera de Estado encargada de la gobernanza del Sistema Nacional de Salud elaboren conjuntamente una guía integral de atención a las mujeres

embarazadas y de prevención de la violencia obstétrica que incluya disposiciones claras sobre: el derecho de las mujeres embarazadas y de las niñas y niños a recibir atención prioritaria, el contenido del derecho a la salud y del derecho a la seguridad social; la atención de pacientes en estado de emergencia como resultado de complicaciones en el parto y alumbramiento, la obligación de prestar la atención de salud y la protección a mujeres embarazadas y atención a la maternidad y su prohibición de condicionamiento por mora patronal; la explicación respecto al concepto y las conductas que configuran violencia obstétrica y un protocolo de atención antes, durante y luego del parto que cumpla con la normativa y estándares internacionales, la normativa nacional y con lo señalado en esta sentencia (Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, 2019, pág. 19)].

CONCLUSIONES

- La fundamentación jurídica y doctrinal de la argumentación jurídica y su aplicación correlacionada con el modelo jurídico de Estado, se ha evidenciado como se puede apreciar en la argumentación jurídica desplegada en la sentencia analizada. En este sentido la doctrina sistematizada de la argumentación se la relaciona con las normas jurídicas del estado para dar no solo solución a un problema jurídico, sino por, sobre todo, garantizar los derechos de la persona, que como se ha explicado, es el fundamento del modelo de estado constitucional. El modelo de Estado Constitucional ecuatoriano, en el caso específico de la administración de justicia presenta desafíos como el hecho de que las garantías jurisdiccionales, – es decir, procesos de justicia constitucional -, pueden ser conocidas y resueltas por jueces de primer nivel y de distintas materias. Ello si bien por un lado puede entenderse como un medio de acercar la justicia constitucional, por lo tanto, la protección de los derechos a todas las personas, por otro lado, implica que los administradores de justicia deban conocer y sobretodo entender y aplicar la orientación constitucional de la garantía y protección de los derechos de las personas. Ello, ha representado no sólo una limitación al poder que se puede ejercer desde el Estado, sino que ha permitido el reconocimiento y emergencia de derechos de las personas y de los distintos actores jurídicos que puede tener una sociedad, como en efecto o en el caso concreto que se analizó, las mujeres embarazadas, así como demás grupos sectarios que históricamente han sido discriminados y violentados en el ejercicio de sus derechos.
- La determinación de la argumentación jurídica en el marco constitucional ecuatoriano en el caso de la sentencia No 904-12-JP/19 garantiza y efectiviza los derechos constitucionales, en este contexto la argumentación jurídica da razones que justifican la protección de uno o más derechos que se hubieren vulnerado, como en el caso presente de las mujeres embarazadas, pero ello en el marco de un modelo de Estado cuya misión esencial es justamente esa garantía y protección de derechos. Todas las concepciones de la teoría de la argumentación jurídica toman la racionalidad como uno de los elementos

principales del proceso, desde luego que dentro de aquel intervienen otros elementos que le dotan tanto de elementos que permiten evidenciar la existencia del hecho como de razones que sustentan una pretensión. En suma, la argumentación es un proceso esencialmente de razonamiento y de exposición de argumentos que de manera lógica y probada sustentan una aseveración que en el caso jurídico se extiende a la relación de lo mencionado con las normas y estructura jurídica de un Estado en su integralidad, es decir, desde la Constitución hasta las reglas de menor jerarquía aplicables a un caso concreto. Las distintas teorías que se presentan acerca de la argumentación jurídica, se relacionan con la forma de entender y aplicar el derecho, en los distintos períodos históricos que presenta la evolución del estado y su institucionalidad, Pero que, en definitiva, se ha orientado a la eliminación de la arbitrariedad y la subjetividad en los procesos judiciales, y lógicamente en los casos de justicia constitucional.

- El establecimiento de los elementos para la elaboración del documento de análisis crítico y práctico sobre el ejercicio y desarrollo de la argumentación jurídica en el marco constitucional ecuatoriano a través de la sentencia No.904-12-JP/19, que garantice y efectivice los derechos constitucionales, ha sido el fundamento de la elaboración del presente trabajo, que ha establecido una relación evidente entre la doctrina, la ley y la práctica, pues se ha demostrado en este caso, la interrelación entre estos elementos que en conjunto y por sobre todo han protegido y desarrollado derechos y conceptos relacionados con las mujeres embarazadas y su susceptibilidad de ser sujetos de violencia obstétrica. En lo referente a la aplicación de la argumentación jurídica en el *contexto* del Estado Constitucional, como en el caso de la sentencia No. 904-12-JP/19, si bien el derecho a la salud puede tener un ámbito multidimensional en su ejercicio, relacionado en uno de sus aspectos con la atención y prestación de servicios hospitalarios, posee una correspondencia estrecha y directa con un derecho fundamental como es el de la vida, lo que permite además el goce de todos los demás derechos reconocidos a los seres humanos. El derecho a la salud no sólo entraña mecanismos de políticas públicas de prestación de servicios en casas de salud, sino también medidas preventivas y de seguimiento en procesos de

recuperación de las personas que han padecido un quebrantamiento en su salud. Todo este conjunto de obligaciones y parámetros que debe el estado a las personas, no sólo se encuentran reconocidos en la Constitución, si no en instrumentos internacionales de derechos humanos que han permitido un desarrollo y evolución en la garantía y ejercicio de derechos como el de la salud. En el campo específico del reconocimiento y ejercicio del derecho a la salud de las mujeres embarazadas, esta condición no sólo que las hace sujetos de prerrogativas especiales como es la atención prioritaria tanto en ámbitos públicos como privados, si no que atañe además a la eliminación de toda forma de discriminación y violencia en contra de los derechos y libertades propios de la naturalidad sexual y reproductiva de las mujeres. Cualquier acto, omisión o conducta, que menoscabe la atención médica especializada de una mujer, esté embarazada o no inclusive, se asimila como un hecho de violencia obstétrica, que no solamente concierne a una vulneración del derecho a la salud, sino que evidencia una dinámica de discriminación por género. La sentencia materia del presente análisis, despliega por un lado los parámetros aplicables al ejercicio del derecho a la salud en el caso de las mujeres embarazadas, y desarrolla conceptos como la violencia obstétrica, describe actos, hechos y comportamientos que vulneran el derecho a la salud de las mujeres. Además, establece y vincula estos conceptos al caso concreto, lo que da como resultado un innovador y valioso paso no sólo al ejercicio de los derechos de las mujeres, sino a la prevención y eliminación de la violencia de género.

Se puede señalar que en la sentencia analizada Principalmente se aplica y desarrolla La concesión teórica de la nueva teoría de la argumentación jurídica que se trata por Atienza, ello en virtud que durante el despliegue argumental tipo de la misma se puede llegar a determinar elementos que componen este sistema teórico. De este modo la sentencia en su conjunto es un proceso en el que se presentan razones que se articulan y construyen una estructura en la que se cimienta el desarrollo discursivo tanto del derecho, como del modelo de estado ecuatoriano, en señalar derechos de grupos de atención prioritaria como las mujeres embarazadas, pero por sobre todo despliega y explica los parámetros que constituyen, porque pueden configurar la violencia obstétrica.

RECOMENDACIONES

- El paradigma del estado constitucional ,como se ha visto , entraña un conjunto de preceptos que cuestionan la concepción legalista y formalista del derecho , en este sentido, y especialmente en la administración de justicia , se hace imperioso que los juzgadores así como demás operadores de justicia deban conocer esta concepción política-jurídica, que como se ha de reiterar una vez más , se encuentra principalmente encaminada a la protección y garantía del ejercicio de los derechos de los distintos sujetos que la constitución así lo establece, de ahí que en todo proceso resolutivo , se deben observar parámetros no solamente atinentes a la aplicación de la ley sino sobre todo al respecto y garantía de los derechos, puesto que cualquier vulneración de los mismos durante la sustanciación de procesos implica una violación de la constitución.
- Por otro lado, es importante también que los juzgadores y operadores de justicia conozcan, se capaciten, y se actualicen, en el área de la argumentación jurídica, entre otras, pues la construcción de las sentencias o de cualquier resolución debe encontrarse debidamente argumentada y motivada, que como se ha explicado no son sinónimos como muchos jugadores lo confunden. De ahí que sus fallos, deben contener un alto grado de argumentación, que no sólo esté orientado a dar razones que explican el porqué de sus decisiones, sino que además se conviertan en elementos creadores y desarrolladores de Derecho y de derechos.
- A partir de lo señalado es que también los procesos de selección y de evaluación de los operadores de justicia deben también contemplar parámetros de conocimiento relativos al Derecho Constitucional y a la argumentación jurídica, pues como se ha visto son elementos ineludibles e imprescindibles que deben contener toda resolución, fallo o sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, G. (2 de agosto de 2009). *Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?* Recuperado el 18 de octubre de 2021, de <http://www.scielo.org.mx/>
- Aguirre, P. (3 de enero de 2014). *La Argumentación Jurídica*. Recuperado el 6 de abril de 2020, de DerechoEcuador.com: <https://www.derechoecuador.com/la-argumentacion-juridica>
- Al Adib, M. (marzo de 2017). La violencia obstétrica: un fenómeno vinculado a la violación de los derechos elementales de la mujer. *Med. leg. Costa Rica*, 2-8. Obtenido de La violencia obstétrica: un fenómeno vinculado a la violación de los derechos elementales de la mujer: <https://www.scielo.sa.cr/>
- Asamblea Constituyente de Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2018). *Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres*. Quito: Registro Oficial Suplemento 175 .
- Atienza, M. (2015). *Las razones del derecho. Teorías del argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. (2016). Constitución y argumentación. *Revista Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*, 21-56. Obtenido de Revista Jurídicas de la Universidad Autónoma de México: <https://archivos.juridicas.unam.mx/>
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador*. Quito: Abya Yala.

- Ávila Santamaría, R. (2013). *El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008*. Obtenido de Biblioteca jurídica del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/>
- Bechara, A. (2011). Estado Constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber, ciencia y libertad*, 63 - 75.
- Benavides, J. (2016). Neoconstitucionalismo , Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 173-188.
- Cárdenas, J. (2017). *El Estado Constitucional*. Obtenido de Investigaciones jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4310/6.pdf>
- Coral-Díaz, A. (22 de octubre de 2012). *Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja*. Obtenido de Scielo.org.com: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a02.pdf>
- Cordero, D., & Yépez, N. (2015). *Manual (crítico) de Garantías Jurisdiccionales Constitucionales*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH.
- Córdoba, V. (2019). Metodología o técnica en la investigación jurídica. En E. M. otros, *Tópicos de metodología de la investigación jurídica* (págs. 140 - 158). México: Universidad de Xapala.
- Díaz, R., & Valencia, W. (1 de julio de 2020). <https://revistas.unilibre.edu.co/>. Recuperado el 15 de diciembre de 2021, de Una Introducción a las

Investigaciones Empíricas en Derecho: Estudio de Caso: [https:// revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/6877](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/6877)

Ecuador , Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Estupiñan, J. (2021). *La investigación jurídica en la formación de los profesionales del derecho*. Babahoyo: Asociación Latinoamericana de Ciencias.

Ferrajoli, L. (2005). *¿Democracia sin estado?* Recuperado el 20 de octubre de 2012, de Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas: <https://archivos.juridicas.unam.mx/>

Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15 -31.

Ferrajoli, L. (s.f.). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Gargarella, R. (2018). Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Uruguay de Ciencia Política*, 109- 129.

Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Centro de estudios y difusión de la democracia.

Grijalva, A. (s.f.). *Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y corte constitucional*.

Kelsen, H. (2005). *Teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM.

López, D. (2012). *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

- Lozada, A. (2015). Argumentación, Estado Constitucional y justicia. En A. Lozada, & C. Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional* (págs. 31-66). Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional CEDEC.
- Melet, A. (9 de octubre de 2018). La investigación cualitativa en el marco de la ciencia jurídica. *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo*, 96 - 103.
- Naciones Unidas. (1993). *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Navas, M. (2012). *Justicia constitucional, la legitimidad y ejercicio de las garantías. El caso de la acción de protección en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Pulido, C. B. (2015). *Derechos Fundamentales*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx>: <https://archivos.juridicas.unam.mx/>
- Rodríguez, M. E. (2016). *¿Que conocemos del dercho a la salud?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Salgado, J. (2013). *Derechos Humanos y Género*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Sentencia Caso Garantía de la motivación, Caso No. 1158-17-EP (Corte Constitucional del Ecuador 20 de octubre de 2021).
- Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, CASO No.904-12-JP (Corte Constitucional del Ecuador 13 de diciembre de 2019).
- Sentencia No. 904-12-JP/19 Atención embarazo en IESS, CASO No.904-12-JP (Corte Constitucional del Ecuador 13 de diciembre de 2019).

- Storini, C. (2010). Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador. *Foro, II Segundo Semestre 2010*(14), 103-138.
- Storini, C. (2019). La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el matrimonio de las parejas del mismo sexo en Ecuador: una lectura desde un concepto material de la Constitución. *FORO Revista de Derecho*, 9 - 25.
- Storini, C., & Guerra, M. (2018). La justicia constitucional en el Ecuador y su desarrollo desde la vigencia de la constitución de Montecristi. *Revista IURIS*, No. 17, 103-117.
- Torres-Miranda, T. (agosto de 2020). En defensa del método histórico-lógico desde la Lógica como ciencia. *Revista Cubana de Educación Superior*, 1-12.

ANEXOS

Anexo 1. Ficha de Relatoría No. 904-12-JP/19



Sentencia:
No. 904-12-JP/19

DATOS GENERALES

NÚMERO: 904-12-JP/19

TIPO DE ACCIÓN:

EXPEDIENTE:

| NÚMERO | TIPO | LUGAR DE ORIGEN |
|------------|---------------------------|-----------------|
| 0904-12-JP | JP - Acción de protección | El Oro |

MOTIVO:

En una sentencia de revisión, la Corte Constitucional analizó el caso de una mujer embarazada, quien, por no haber recibido atención adecuada y especializada en un hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al momento de su parto, sufrió vulneraciones en sus derechos constitucionales a una atención prioritaria, a la salud y a la seguridad social, lo cual dejó secuelas físicas y psicológicas. En la sentencia, la Corte desarrolló el concepto de violencia obstétrica y ordenó medidas de reparación integral como el pago de una indemnización fijada en equidad por el daño sufrido, medidas de carácter simbólico y otras para garantizar la no repetición de los hechos.

TEMA ESPECÍFICO: Vulneración de la salud y seguridad social de una mujer embarazada por violencia obstétrica

PARÁMETROS

DECISIÓN RESUMEN:

Jurisprudencia vinculante

DECISIÓN:

La Corte Constitucional, administrando justicia constitucional conforme lo dispuesto en el artículo 436 (b) de la Constitución, artículo 25 de la LOGJCC, resuelve: 1. Ratificar la declaración de violación de derechos reconocida en las sentencias del 19 de octubre de 2011 expedida por la Jueza del Juzgado Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro, y del 20 de abril de 2012 expedida por la Corte Provincial de El Oro. 2. Declarar la violación del derecho a una atención prioritaria (artículos 35 y 43 de la Constitución), el derecho a la salud (artículo 32 de la Constitución) y el derecho a la seguridad social (artículos 34 y 367 de la Constitución) de la señora Jesika del Rosario Nole Ochoa y reconocer que fue víctima de violencia obstétrica. 3. Esta Corte establece las siguientes medidas de reparación integral a favor de Jesika del Rosario Nole Ochoa: a) Ordenar, como compensación económica que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social reconozca a la señora Nole Ochoa los gastos de salud en los que incurrió al no ser atendida en el IESS. La Justicia contencioso administrativa fijará dicho monto económico con base en la documentación presentada por las partes. b) En equidad el IESS deberá entregar a la señora Nole Ochoa un total de \$5000,00, (cinco mil dólares americanos) por concepto del daño inmaterial producido por la violencia obstétrica. Dicha suma le será depositada en la cuenta que ella designe en el plazo máximo de seis meses. c) Establecer, como medida de satisfacción, que en el término de un mes desde notificada esta sentencia, el IESS por una sola vez, publique en un periódico de amplia circulación nacional, las disculpas a la señora Nole Ochoa por la violación a sus derechos. En la publicación deberá constar la parte decisoria de esta sentencia (V. Decisión). d) Establecer, como medida de satisfacción, que durante los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como obligado principal y el Ministerio de Salud Pública como Cartera de Estado encargada de la gobernanza del Sistema Nacional de Salud deberán difundir el contenido de esta sentencia en la página principal de sus páginas web institucionales y en otros medios de difusión pertinentes para el conocimiento del personal médico público, privado y de la ciudadanía en general. e) Ordenar, como medida de no repetición, que en el plazo máximo de un año desde notificada esta sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como obligado principal y el Ministerio de Salud Pública como Cartera de Estado encargada de la gobernanza del Sistema Nacional de Salud elaboren conjuntamente una guía integral de atención a las mujeres embarazadas y de prevención de la violencia obstétrica que incluya disposiciones claras sobre: el derecho de las mujeres embarazadas y de las niñas y niños a recibir atención prioritaria, el contenido del derecho a la salud y del derecho a la seguridad social; la atención de pacientes en estado de emergencia como resultado de complicaciones en el parto y alumbramiento, la obligación de prestar la atención de salud y la protección a mujeres embarazadas y atención a la maternidad y su prohibición de condicionamiento por mora patronal; la explicación respecto al concepto y las conductas que configuran violencia obstétrica y un protocolo de atención antes, durante y luego del parto que cumpla con la normativa y estándares internacionales, la normativa nacional y con lo señalado en esta sentencia. La elaboración de esta guía deberá ser coordinada y contar con la colaboración de instituciones como: la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada, la Defensoría del Pueblo del Ecuador, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género, así como también con colegios profesionales y organizaciones de la sociedad civil con conocimiento en la temática. El Ministerio de Salud Pública deberá velar por el conocimiento y cumplimiento de esta guía en el sector público y privado. f) Ordenar, como medida de no repetición, que durante los doce meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como obligado principal y el Ministerio de Salud Pública como Cartera de Estado encargada de la gobernanza del Sistema Nacional de Salud, dentro del ejercicio de sus competencias deberán efectuar un plan de revisión técnica a nivel nacional con el fin de verificar que los establecimientos de salud públicos y privados cuenten con todas las condiciones necesarias para atender a mujeres embarazadas, antes, durante y después del parto en condiciones adecuadas y para afrontar circunstancias de emergencias obstétricas, como la hemorragia uterina postparto. Los resultados de dicha revisión deberán ser informados a esta Corte en el plazo de un año desde notificada esta sentencia. g) Ordenar, como medida de no repetición, que en el plazo de un mes desde notificada esta sentencia, el IESS haga un llamado de atención a los servidores públicos de su institución que con sus acciones y omisiones provocaron la violación de los derechos de la señora Nole Ochoa. 4. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como obligado principal y el Ministerio de Salud Pública como Cartera de Estado encargada de la gobernanza del Sistema Nacional de Salud deberán informar a la Corte Constitucional acerca del cumplimiento de las medidas de reparación integral ordenadas en el plazo de 6 meses luego de notificada la sentencia, y continuarán informando periódicamente hasta dar cumplimiento cabal a la sentencia. 5. Disponer el envío inmediato del expediente y una copia de la sentencia al Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, de conformidad con el artículo 19 LOGJCC. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

ACCIONANTES:

| NOMBRE | TIPO ACCIONANTE | CAUSA |
|-------------------|-----------------|------------|
| Nole Ochoa Jesika | Persona natural | 0904-12-IP |

NORMAS CONSTITUCIONALES TRATADAS:

Art. 263. 6. Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres...
 Art. 35. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria
 Art. 32. Derecho a la salud
 Art. 43. Derechos de las mujeres embarazadas
 Art. 367. El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población.
 Art. 369. El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo...
 Art. 86. 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública...
 Art. 34. Derecho a la seguridad social

NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS:

Art. 35. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria
 Art. 43. Derechos de las mujeres embarazadas
 Art. 32. Derecho a la salud
 Art. 34. Derecho a la seguridad social
 Art. 367. El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población.

CONCEPTOS DESARROLLADOS:

Violencia obstétrica

CITA CONCEPTOS DESARROLLADOS:

69. En el caso, del expediente se comprueba claramente que la señora Nole Ochoa durante el tiempo que estuvo en el IESS sufrió de manera reiterada prácticas que constituyen violencia obstétrica: a) Durante todo el proceso de parto y alumbramiento no fue atendida y valorada por un ginecólogo más aún cuando su situación de salud se volvió una emergencia; b) Pese a tener intensos dolores sufrió por varias horas de abandono en la atención de salud y así también afrontó la indiferencia del personal médico; c) Dio a luz sin la presencia de personal médico, quienes acudieron únicamente en la culminación del alumbramiento, cuando el niño ya se encontraba fuera de su cuerpo; d) De forma injustificada y luego de pocas horas del alumbramiento se suspendió toda atención médica pese a tener hemorragia uterina postparto; e) Fue forzada a trasladarse a otro establecimiento de salud pese a su grave estado de salud; f) Como consecuencia de la negativa de atención de salud fue separado de su hijo recién nacido durante varias horas; g) No le dieron información adecuada, pertinente y oportuna sobre su situación de salud a ella ni a sus familiares. 70. En el caso además de la afectación a su integridad física y psicológica en ese momento, la consecuencia de esta violencia generó que la señora Nole Ochoa tenga "terror" a volver al IESS. Se debe resaltar que tratos como los ocasionados, hacen que personas como la señora Nole Ochoa dejen de utilizar los servicios públicos de salud. Este hecho potencia la situación de vulnerabilidad que tienen las mujeres embarazadas y constituye una manifestación más de la violencia obstétrica. La violencia obstétrica sufrida constituye una violación a su derecho a la salud en conexión con otros derechos.

SENTENCIAS RELACIONADAS:

DOCUMENTACIÓN ADJUNTA

| NOMBRE DEL ARCHIVO | FECHA DE CARGA | ARCHIVO |
|---|------------------------|---------------------|
| 0904-12-jP - 0904-12-jP.pdf | 14/09/2012 13:48:34 | Ver |
| SENTENCIA - 904-12-jP/19 | 13/12/2019 00:00:00 | Ver |
| Sentencia | 16/01/2020 9:32:12 | Ver |
| RAZÓN DE NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA | 26/02/2020 12:24:45 | Ver |
| ESCRITO | 03/07/2020 10:00:00 | Ver |
| anexos | 03/07/2020 10:00:00 | Ver |
| ESCRITO | 03/07/2020 10:00:00 | Ver |
| MEMORANDO No. IESS-LIATHR-2020-0259-M | 03/07/2020 10:00:00 | Ver |
| ARTICULO DE EL TELEGRAFO (DISCULPA PUBLICAS) | 03/07/2020 10:00:00 | Ver |
| FE PRESENTACION | 05/08/2020 12:43:00 | Ver |
| ESCRITO | 05/08/2020 12:43:00 | Ver |
| FE PRESENTACION | 04/11/2020 13:28:00 | Ver |
| ESCRITO | 04/11/2020 13:28:00 | Ver |
| ACCIÓN DE PERSONAL, CÉDULA Y CERTIFICADO DE VOTACIÓN | 04/11/2020 13:28:00 | Ver |
| MEMORANDO IESS-HMACH-GG-2020-2194-M, COMPROBANTE DE PAGO, MEMORANDO IESS-HMACH-GG-2020-2758-M, PRINT DE PÁGINA IESS, PRINT DE TWEETS DE LA CUENTA OFICIAL, ESCRITO PRESENTADO ANTES EL TRIBUNAL GUÍAS | 04/11/2020 13:28:00 | Ver |
| FE PRESENTACION | 09/11/2020 8:10:00 | Ver |
| OFICIO | 09/11/2020 8:10:00 | Ver |
| ANEXO | 09/11/2020 8:10:00 | Ver |
| AUTO DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS Y DICTÁMENES CONSTITUCIONALES | 10/03/2021 11:32:45 | Ver |
| FE PRESENTACION | 31/03/2021 15:30:20 | Ver |
| ESCRITO | 31/03/2021 15:30:20 | Ver |
| RESPALDOS DE ESCRITO PRESENTADO. | 31/03/2021 15:30:20 | Ver |

| | | |
|---|------------------------|---------------------|
| OFICIO DE SEGUIMIENTO | 09/11/2021 20:40:00 | Ver |
| OFICIO DE SEGUIMIENTO | 09/11/2021 20:40:00 | Ver |
| RE PRESENTACION | 14/12/2021 9:14:00 | Ver |
| INFORME DE AVANCES DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA, ACCIONES DE PERSONAL, CÉDULA Y CREDENCIALES | 14/12/2021 9:14:00 | Ver |
| ESCRITO | 14/12/2021 9:14:00 | Ver |
| AUTO DE FASE DE SEGUIMIENTO | 23/01/2022 11:45:00 | Ver |
| RAZÓN DE NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA | 02/02/2022 8:52:00 | Ver |
| RAZÓN DE NOTIFICACIÓN DE AUTO DE FLENO | 04/02/2022 8:52:00 | Ver |
| RE PRESENTACION | 09/02/2022 8:46:17 | Ver |
| ESCRITO | 09/02/2022 8:46:17 | Ver |
| Memorando Int. MSP-SINGSP-2022-0087-M | 09/02/2022 8:46:17 | Ver |
| Memorando Int. MSP-SINGSP-2022-0087-M | 09/02/2022 8:46:17 | Ver |
| Memorando Int. MSP-SINGSP-2022-0085-M | 09/02/2022 8:46:17 | Ver |
| INFORME TÉCNICO: ONDHGR - 2022 - 003 | 09/02/2022 8:46:17 | Ver |
| Oficio Apto. ACCIONES-2022-0086-O | 09/02/2022 8:46:17 | Ver |
| RE PRESENTACION | 31/03/2022 14:30:09 | Ver |
| ESCRITO | 31/03/2022 14:30:09 | Ver |
| MEMORANDO MSP-SNPS-2022-0274-M | 31/03/2022 14:30:09 | Ver |
| INFORME MSP | 31/03/2022 14:30:09 | Ver |
| RE PRESENTACION | 12/04/2022 9:28:00 | Ver |
| MEMORANDO ISS-ONFI-2022-0799-M, CIRCULAR ISS-SINGD-2022-0032-C, CIRCULAR ISS-SINGD-2022-0031-C, RESOLUCIÓN ISS-DG-2021-0029-04, ACCIÓN DE PERSONAL, ACTA DE POSESIÓN C.D. 107, CÉDULA, CERTIFICADO. | 12/04/2022 9:28:00 | Ver |
| ESCRITO | 12/04/2022 9:28:00 | Ver |
| RE PRESENTACION | 10/08/2022 11:21:00 | Ver |
| OFICIO | 10/08/2022 11:21:00 | Ver |