

Juicio No. 09U01-2023-00955

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE GARANTÍAS PENITENCIARIAS CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL. Guayaquil, jueves 20 de junio del 2024, a las 17h54.

VISTOS: Se pone a mi conocimiento el presente expediente con el audio magnetofónico y el acta de la audiencia que contiene el extracto de la decisión dictada oralmente bajo los parámetros de la motivación (Art. 76. 7. L de la Constitución de la República, por lo que, a efectos de emitir la correspondiente resolución escrita; Se debe de establecer tomando en consideración la determinación de la administración del Consejo de la Judicatura que de manera desértica ha procedido con un proyecto de cambios administrativos que ha tenido una afectación sustancial e importante en el desarrollo de audiencias y despachos que deben de concluir con la reducción a sentencia escrita de las decisiones establecidas de manera oral en desarrollo de la audiencia, tal es así, que se ha procedido de manera interna administrativa a hacer conocer que dichas decisiones que devienen de informes tales como Informe Técnico No CJ-DP09-UPTH-MSCH-2024-003 de 3 de abril de 2024; DP09-UPGP-0669-M y por último DP09-2024-1642-M; por parte de la Directora Provincial del Guayas anterior; sin embargo en el marco de lo que determinó la Dirección General del Consejo de la Judicatura, mediante circular-CJ-DNGP-2024-0330-MC de fecha 22 de mayo de 2022;

En lo principal: 1) Póngase en conocimiento de los justiciables el contenido de la razón actuarial de fecha 13 de junio del 2024, a las 15h47, que en su parte pertinente manifiesta lo siguiente “...**RAZÓN.- SEÑORA JUEZA AB. SONNIA QUIJIJE AGUIRRE**, sienta como tal y para fines de ley que, en esta fecha pongo en su conocimiento el escrito de fecha 09-05-2024 - 11:48 16-05-2024 - 11:29 03-06-2024 - 10:45 Presentado dentro la presente causa No. 09u01-2023-00955 y que fue entregado a la suscrita el día de hoy, por parte del departamento de archivo, por lo que en esta fecha entrego al despacho, para que proceda a elaborar la providencia que en derecho corresponda. Se deja constancia que el expediente en físico fue entregado al señor Juez Dr. Jean Valverde para realizar su resolución por escrito, el mismo que no ha sido devuelto a la suscrita, por lo que en esta fecha entrego a su despacho para que provea lo que en derecho corresponda...” así mismo, Agréguese al expedientillo, el escrito con sus respectivos anexos presentado por el Espc. Humberto Miguel Marengo Gallardo, en calidad de Gerente General del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de fecha 03 de junio del 2024, a las 10h45; Se hace saber a los procesales que a la fecha del día de hoy a esta hora se ha procedido a obtener la aprobación de cambio de firmante para conforme se habilita en el sistema SATJE; como lo ha realizado por la validación de Gestión Procesal, así como la Habilitación a subir la sentencia por parte de la unidad de Talento Humano, por lo tanto, respetado los procedimientos de aspecto interno administrativo, el suscrito juzgador autorizado, para ingresar en la causa y firmar la sentencia reducida a escrito, a efectos de cumplimiento de la normativa respectiva; por lo tanto se tiene como ANTECEDENTES lo siguiente:

PARTES PROCESALES:

LEGITIMADA ACTIVA: ECHEVERRIA ANGULO ALICIA MARGARITA

LEGITIMADO PASIVO: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL en la persona de Diego Salgado Rivadeneira; HOSPITAL DE ESPECIALIDADES TEODORO MALDONADO CARBO en la persona de Roque Villacis Merizalde; MINISTERIO DE SALUD PUBLICA en la persona de Edmundo Encalada Calero.

LEGITIMADO PASIVO: PROCURADORIA GENERAL DEL ESTADO, representado por la Abg. Carlo Nicola.

ANTECEDENTES:

a) Con fecha 30 de noviembre del 2023, la ciudadana **ECHEVERRIA ANGULO ALICIA MARGARITA**, interpuso la presente acción de protección con medidas cautelares en contra de **INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL** en la persona de Diego Salgado Rivadeneira; **HOSPITAL DE ESPECIALIDADES TEODORO MALDONADO CARBO** en la persona de Roque Villacis Merizalde; **MINISTERIO DE SALUD PUBLICA** en la persona de Edmundo Encalada Calero; y, por ser institución pública accionó a la Procuraduría General del Estado.

b) Con fecha 04 de diciembre del 2023, el suscrito avoco conocimiento de la demanda de acción de protección y se califica la demanda como admisible y le da el trámite correspondiente, atendiendo las medidas solicitadas, las cuales fueron negadas motivadamente dentro del auto en mención, convocando a audiencia para el día 14 de diciembre del 2023 a las 09h00 a los sujetos procesales, la cual no se realiza por cuanto la parte accionada solicitó el diferimiento de la diligencia, a rectos de no vulnerar el derecho a la defensa.

c) Con fecha 14 de diciembre del 2023 es puesto a mi vista el presente expediente y el suscrito en aras de sustanciar el proceso, convoca la audiencia inmediatamente para el día 22 de diciembre del 2023 a las 09h30, misma que fue reagendada en razón de los escritos ingresados por los legitimados pasivos para el día 26 de diciembre del 2024 a las 10h00. Llegado el día se instaló la audiencia oral, pública y contradictoria con la presencia de los siguientes sujetos procesales: Ab. Defensor del accionante: Abg. Alejandro Mogrovejo y su patrocinada Sra. Alicia Margarita Echeverría Angulo; Abg. Verónica Cepeda en representación de la Dirección Provincial Del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social, IESS; Abg. Wendy Plaza, delegada del Hospital De Especialidades Teodoro Maldonado Carbo; Abg. Jack Dieb Quijano, en representación del Ministerio De Salud Pública; Abg. Carlo Nicola, delegado de la Procuraduría General Del Estado. En la diligencia al tenor de lo establecido en el Art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se escuchó las intervenciones de los sujetos procesales, decidiendo el suscrito la suspensión de la diligencia en razón de analizar meticulosamente los elementos probatorios de las partes.

d) Llegado el día de la reinstalación de la audiencia esta fue desarrollada con todos los sujetos procesales indispensables para la continuación de la misma, culminando

con la decisión judicial oral en la que se resolvió declarar con lugar la acción de protección planteada por la accionante arriba referida.

Por ser el estado de la causa, el suscrito juzgador emite por escrito la correspondiente resolución con los parámetros constitucionales de la debida motivación, y para el efecto se considera:

PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA: La Jurisdicción y la Competencia se deriva de la norma constitucional y de las leyes positivas vigentes en el Estado ecuatoriano; en virtud de lo señalado y de conformidad con los Arts. 11, 75, 76, 167, 424 y 86 de la Constitución de Ecuador, Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, y considerando el acta de sorteo de la causa que obra de autos, el suscrito Juez asegura la competencia para conocer, sustanciar y resolver la presente acción de protección presentada por los referidos accionantes.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: La presente causa se la ha sustanciado de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico constitucional y legal vigente, respetándose todo momento el debido proceso consagrado en los Arts. 76 Y 77 de la Constitución; la suscrita jueza ha garantizado el cumplimiento irrestricto de todos los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador en materia de Derechos Humanos; dentro de la sustanciación no ha existido omisión de solemnidad sustancial alguna que influya en la decisión de la causa, no existe vicios de procedimientos, ni violación del derecho a la defensa, por lo que en consecuencia de lo señalado se declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO: DESARROLLO DE LA AUDIENCIA. -

Las partes procesales ejerciendo su derecho de defensa han intervenido en la audiencia pública y han argumentado de forma clara y precisa cada uno de los fundamentos de dentro de sus roles en el proceso, según consta del extracto el acta y con el CD de la grabación magnetofónica de la diligencia. No obstante, se transcribe sus principales intervenciones.

3.1.- INTERVENCION DEL ACCIONANTE A TRAVES DE SU DEFENSA TECNICA QUIEN MANIFESTO EN LO PRINCIPAL: "...La señora ECHEVERRIA ANGULO ALICIA, es una paciente oncológica determinado con una enfermedad de linfoma difuso de glándulas blandas tipo b, perteneciente al grupo de atención prioritaria conforme lo dispone el art. 35 de la CRE, interponiendo acción de protección, tal como lo dispone el art. 215 núm. 8 y 78 de la CRE, a su vez el art. 39 de la LOGJCC, se presenta en contra del IEES, el hospital de especialidades Teodoro Maldonado cayo, el delegado del MSP, y la procuraduría general del estado. Con fecha 13 de julio fue diagnosticada con esta enfermedad cuyas características han

ido empeorando su estado de salud, como fuertes dolores de su espalda, artrosis, retención de líquidos en sus pulmones, lo cual ha dificultado la respiración, ha presentado trombos en su pierna derecha y posteriormente en fecha 20 de mayo del 2021, fue hospitalizada en el HTMC, el tratamiento en primera instancia se realizó en 6 meses con quimioterapias, sin embargo, esta enfermedad ha ido empeorando su estado de salud, su médico tratante Dra. Tatiana Abad Zurita del referido hospital, me prescribió el medicamento biológico "POLATUZUMAN VEDOTINA" nombre comercial "POLIVY", para ayudar a tratar los síntomas de su padecimiento y que la señora realice los trámites administrativos de dicha casa de salud para tener este medicamento. Las guías y organismos internacionales de regulación de medicamentos tales como FDA, recomiendan la administración de este medicamento de última generación, que controla y confronta esta enfermedad con posibilidad de recaída, siendo un tratamiento moderno y efectivo, que ante la recomendación realizada por la médico tratante, para iniciar los tratamientos de este medicamento, conforme los anexos 2,3,7 y 8 del IESS, posteriormente de 11 de octubre se presentó un oficio al Ministerio de salud Pública. Gerente general de este hospital Gustavo merizalde, solicitando la agilidad de los trámites necesarios y a su vez adjuntado los anexos para la adquisición de este medicamento, se presentó mediante carta ciudadana, de fecha 13 de octubre del 2023, remitido al señor Gustavo merizalde, sin embargo hasta el momento no ha existido respuesta alguna de estas peticiones, en este sentido se ha hecho conocer al departamento de fármaco terapia de especialidades Teodoro Maldonado carbo, la falta de respuesta a la adquisición de medicamentos POLATUZUMAN VEDOTINA" nombre comercial "POLIVY" para que la señora ALICIA ECHEVERRIA ANGULO, pueda mejorar su estado de vida, esta enfermedad ha ido avanzando notablemente su estado de salud y su expectativa de vida, no ha existido una respuesta ni la adquisición ni aplicación para la dosis necesaria de este medicamento, todos estos hechos descritos evidencian la vulneración del servicio de prestador público que no ha realizado el procedimiento establecido, tanto en el acuerdo ministerial 578, no consta en el cuadro nacional de medicamento básicos, en el art. 8 que indica que los establecimiento de salud pública en caso de tercer nivel como es el hospital de especialidades, al no existir en su cuadro este medicamento, realice la solicitud en su máxima autoridad para que ayude a la adquisición de este medicamento, ha existido la omisión por parte de esta casa de salud, al no cumplir este procedimiento para adquirir este medicamento de manera oportuna que necesita la señora ALICIA ECHEVERRIA ANGULO, para su tratamiento que tiene derecho. Señor juez, aquí existe la vulneración de derecho ya que pertenece al grupo de atención prioritaria con enfermedades catastrófica, conforme lo dispone el art. 35 y 50 de la CRE, el derecho a la salud, y el art. 358 el derecho al acceso de medicamentos de calidad y

eficaces. A su vez, en sentencia n. 179-18-p/20 y acumulados sobre las enfermedades catastróficas, derecho a una vida digna. se ha adjuntado los certificados y citas de atenciones médicas, exámenes de laboratorio del IESS, se justifica el padecimiento de la enfermedad de la señora y debido a la complejidad, se han procedido las quimioterapias que no han tenido eficacia, se adquiera y se administre el medicamento antes mencionado considerando la mejor alternativa médica, por lo que se debe de tener respuesta sobre la entidad pública de salud, su

familia ha cubierto gastos de aplicación de medicamentos que puedan aplicar para su padecimiento, el estado no ha cumplido el art. 50 de la CRE, ya que la persona padece de enfermedad catastrófica, quien ha venido solicitando el suministro de este medicamento para que prolongue y pueda mejorar su estilo de vida. Siendo la vía más idónea y eficaz, como es la acción de protección, que tiene el amparo directo y eficaz de los derechos humanos, pudiendo emplearse cuando exista una vulneración de derechos, por actos y omisiones de una autoridad pública judicial. La LOGJCC en su artículo 41 núm. 3 establece sobre cuando procede. Se solicita que, en sentencia, se declare la vulneración de derechos constitucionales de la señora ALICIA ECHEVERRIA ANGULO, además que pertenece a un grupo de atención prioritaria, se ha violentado el derecho a la salud, derecho a acceso de medicamentos seguro, y a una vida digna, por la falta de adquisición y de suministro del medicamento. Además, se ha presentado como medida cautelar ya que su salud ha ido deteriorando, en caso de prescripción de nuevos medicamentos de la señora, estos sean suministrados de manera oportuna, adecuada y preferente ...”.

3.2.- INTERVENCION DEL LEGITIMADO PASIVO HOSPITAL TEODORO MALDONADO CARBO, A TRAVES DE SU DEFENSOR TECNICO QUIEN EXPRESO LO SIGUIENTE: “...Dando contestación a esta demanda de acción de protección en contra del hospital, como se menciona sobre los 4 derechos vulnerados, como grupo de atención prioritaria, salud y medicamentos y vida digna, previo a pronunciarnos de hechos y de derechos recalcados, es necesario hacer énfasis, sobre el acceso de medicamentos consta una sentencia de la CC, que 679-18—jp/19 y acumulados del 5 de agosto del 2020, en el cual debido a la problemática que se ha estado presentado sobre la judicialización de medicamentos fuera del cuadro básico, del cual indica sobre sentencia vinculantes de los cuales los operadores de justicia, hace referencia a medicamentos de calidad seguros, dentro de dicha sentencia en los considerando pertinentes, se establecen los procedimientos respecto a la adquisición de medicamentos que se encuentran fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos, para lo cual en base al principio de lealtad procesal, es necesario acotar que el acuerdo ministerial 158 del 18 de diciembre del 2018, a la presente fecha no se encuentra vigente, dicho acuerdo ministerial fue derogado y actualmente las casas que pertenece a la red de salud, se rigen por el acuerdo ministerial 0018-2021 mediante el cual se expide el reglamento para autorizar el reglamento de medicamentos que no consta en el cuadro de medicamentos básicos. Bajo ese antecedente, el art. 40 de la LOGJCC nos establece los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la acción de protección. Sobre el primer punto señalaba sobre una supuesta vulneración de derechos constitucionales, como lo indicaba la parte accionante la vulneración de derecho a la salud, para lo cual debo indicar que si bien es cierto sobre la necesidad de medicamentos básicos, el HTMC por formar parte de la red pública de salud, para la adquisición de medicamentos, que en la misma sentencia 369, y que nos indica “el CERCOP es la entidad rectora, de la contratación pública del ecuador, que junto con la agencia sanitaria nacional es responsable de establecer políticas, desarrollar y administrar públicas en el ecuador, por lo tanto, para la administración de medicamentos que realiza el hospital, debe seguir procedimientos establecidos en materia de contratación, para

medicamentos que están dentro del cuadro, se siguen dichos procedimientos que no se requiere otra autorización adicional, pero en este caso al tratarse de un medicamento que esta fuera del cuadro nacional de medicamentos, existe un trámite administrativo previo y obligatorio, trámite que nace de esta sentencia 679 donde la Corte Constitucional, dispuso al Ministerio de Salud Pública, emita una normativa pertinente para la aplicación de dicha sentencia 0018-2021, y así el IESS, en virtud de que la sentencia le otorga la potestad a la que forma parte la afiliada. Se ha hecho llegar los lineamientos técnicos sobre los medicamentos que se solicitan, se ha adjuntado los procedimientos que se realiza en el IESS, sobre los departamentos correspondientes para la adquisición de medicamentos. Sobre los derechos que se alegan que se considera vulnerados, es necesario mencionar que el HTMC inicia la solicitud desde la decisión del médico prescriptor quien indica sobre un medicamento que esta fuera del cuadro básico, situación que ha sido realizado y que la accionante lo recoge en su demanda, inclusive en la demanda planteada dentro de las aprobaciones de “POLATUZUMAN VEDOTINA” nombre comercial “POLIVY” la misma accionante reconoce que sobre el procedimiento interno que fue negado en septiembre del 2023, aduciendo que no cumple con los criterios de evaluación en el anexo 4, la parte accionante si tiene conocimiento de las gestiones que ha venido realizado el HTMC, toma asombro que en la audiencia haya dicho que no conoce del estado de dicha solicitud, cuando en la demanda reconoce saber sobre las gestiones que ha venido realizando. Sobre los derechos vulnerados, el hospital ha cumplido este caso en específico con lo que establece la seguridad jurídica y lo que establece la Corte Constitucional, de que estos procedimientos se cumplan, dicha situación ha sido dispuesta por la Corte Constitucional, quien ha establecido que deban realizarse estos medicamentos, respecto del primer requisitos del art. 40 LOGJCC, de la prueba que se ha adjuntado, que la atención de salud a la paciente, se le viene brindando hasta el día de hoy, mediante el cual remite el informe del médico tratante, en el cual continua recibiendo el servicio de salud, bajo este

antecedente sobre derechos vulnerados. Sobre el numeral 2do de la ley ya mencionada, de la documentación que se ha hecho llegar a vuestro despacho se da a conocer las acciones administrativas que ha hecho el HTMC desde que se tuvo conocimiento se puede observar las gestiones administrativas que se han estado realizando es decir no existe una omisión o inadmisión por parte del hospital, así como la médica tratante como lo establece. Sobre el numeral 3 del art. 40 LOGJCC, no obstante no se ha indicado del porque la acción de protección es la vía adecuada y eficaz, cabe mencionar que en varias ocasiones el hospital cumple con los procedimientos que nacen de la CRE, de sentencias vinculantes obligatorias, respecto de adquisición de medicamentos fuera del cuadro básico, respecto de la adquisición del pago de factura, cabe mencionar que la sentencia 679 de la Corte Constitucional del párrafo 76 indica que he estado tiene el deber de respetar, y no se puede alterar el estado del acceso de medicamentos y si el paciente tiene la provisión y medios para acceder a los mismos, el estado no puede acceder, el estado no puede adquirir un medicamento que en este caso es el seguro general de salud. En virtud de la prueba documental y de la normativa citada, se solicita mediante sentencia dictar la improcedencia de la acción de procedencia de

conformidad de los art. 42 numerales 1,2,3,4, y 5 de la LOGJCC. ...”.

3.2.1.- INTERVENCION DEL LEGITIMADO PASIVO MINISTERIO DE SALUD PUBLICA, A TRAVES DE SU DEFENSOR TECNICO QUIEN EXPRESO LO SIGUIENTE “...Se ha indicado los procedimientos que regulan sobre las medicinas que no han sido publicadas en el cuadro, así como la sentencia 679 de la Corte Constitucional, y de acuerdo a los acuerdos ministeriales, es importante precisar que se ha anunciado la presunta vulneración de derecho de casa de salud que represento, es importante señalar el art. 370 de la CRE y 16 de la ley orgánica de seguridad social, que es una entidad autónoma, no depende del Ministerio de Salud Pública, solo ejerce la rectoría en política pública, mas no nombra gerentes ni representante legales de aquellas casa de salud, respecto a lo que establece la sentencia referida en el párrafo 158 núm. 4 (se lee). se determina lo que indica el artículo 15 de la sentencia, habla de la entidad que pertenece el paciente, no depende del MSP, ahora es el acuerdo ministerial 018, donde establece los parámetros, es decir, no depende del MSP, el MSP, no ha vulnerado derechos constitucionales de la paciente ni a la salud ni a la atención prioritaria, con esa reforma a efectos de confrontar esa petición, solo se debe de monitorear el cumplimiento con la adquisición del medicamento de la paciente, debo mencionar en escrito presentado en el cual adjunto el memorándum MSP-DRM-2023-0838-DM de fecha 21 de diciembre del 2023, suscrito por la bioquímica casa Ruiz, directora nacional de medicamentos y donde establece que “el medicamento “POLATUZUMAN VEDOTINA” nombre comercial “POLIVY”, no consta en el cuadro

vigente. El MSP no ha vulnerado el derecho a la salud, por lo tanto, solicito se sira excluir al MSP por cuanto no ha vulnerado derechos constitucionales de la paciente...”.

3.2.2.- INTERVENCION DEL LEGITIMADO PASIVO INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, A TRAVES DE SU DEFENSOR TECNICO QUIEN EXPRESO LO SIGUIENTE “...En esta diligencia tanto el accionante y la delegada del HTMC, que en la sentencia 678-18-jp y acumulados, indica cual es procedimiento para adquirir este, medicamento, es importante que Ud. Le va a permitir evaluar, donde la accionante ha indicado que se ha vulnerado dos derechos, sin embargo consta la historia clínica, donde su última atención es el 18 de diciembre y consta las atenciones realizadas ha tenido comunicación con la médico tratante, quien ha dado los trámites administrativos, para poder adquirir los medicamentos, es importante señalar que esta sentencia, que de todas las garantías jurisdiccionales que se han presentado sobre los medicamentos que no están en el cuadro, pero solo el 18,7% se ha podido verificar que estos medicamentos le han bien al paciente, tenemos que justificar que para adquirir este medicamento no solo es la opinión del médico, sino realizar un estudio científico, si este medicamento es de calidad, seguro, eficaz y que tiene que ser realizado por una persona experta e imparcial de la opinión del médico que prescribe, aquí se trata de una persona que necesita un medicamento y que se requiere un análisis del tipo de calidad o si este medicamento tendrá una mejor calidad de vida, al propia sentencia indica que este estudio realizado sobre un 18% de los medicamentos que se han pedido, en este tipo de audiencia se debe de pedir una opinión de un tercero de un experto,

para la emisión de este medicamento y cuál es el tipo de eficacia para que lo pueda recibir el paciente. En virtud de aquello, solicito se declare improcedente la demanda de acción de protección presentada...”.

3.3.- INTERVENCION DEL LEGITIMADO PASIVO, PROCURADORIA GENERAL DEL ESTADO, A TRAVES DE SU DEFENSOR TECNICO QUIEN EXPRESO LO SIGUIENTE: “...Luego de escuchar a las distintas partes, según su criterio se verifique si existe o no alguna vulneración de algún derecho constitucional para precautar la vida de la accionante, de conformidad del art. 81 numeral 1 y se verifique si existe alguna vulneración de derecho. ...”.

3.4.- PRUEBA TESTIMONIAL:

Comparece a rendir su testimonio la afectada Sra. Alicia Margarita Echeverría Angulo, quien manifestó lo siguiente: “...Desde que comencé el ciclo, yo no he sentido mejoría, he estado empeorando, me han salido unas bolitas, mi salud se está deteriorando, no he tenido apetito, he bajado de peso, estoy esperando que este medicamento llegue para poder administrar y ver si tengo una mejor calidad de vida, es lo único que pido. Este

tratamiento lo empecé en el 2021, y en todo este tiempo he tenido los 4 ciclos, ahora en el mes de diciembre fue la última quimio que me hicieron, para mí es un martirio porque desde que Salí desde la primera quimio, no he tenido mejoría, solo he estado peor, peor...”.

3.5.- PRUEBA TESTIMONIAL:

Comparecencia del testigo Dra. Tatiana Abad Zurita, médico tratante de la accionante, quien labora en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, quien en lo medular testifico al interrogatorio lo siguiente: “... El caso de la paciente fue presentado en el staff de oncología, nosotros tenemos un staff con los médicos de servicio, en el cual se expuso que la paciente está en su cuarta línea de tratamiento, y persiste la enfermedad, por dicho motivo la paciente era candidata a esta línea de tratamiento con “POLATUZUMAN VEDOTINA” nombre comercial “POLIVY”. el trámite que se hizo fue que se levantó el tramite modular como anexo 1, la cual fue enviada y devuelta para subsanación sobre actualización de formulario y fue enviada nuevamente. Fue enviada a mi jefe de la jefatura de hematología, se emitió a farmacia, me indicaron que fue devuelta por devolución de formulario y yo ya envié la semana pasada. Se encuentra en trámite la documentación, estamos esperando enviarla desde la jefatura hasta el comité de farmacia...”

CUARTO: DETERMINACIÓN DE LOS PRESUNTOS DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS ALEGADOS POR LA PARTE ACCIONANTE:

La defensa del accionante, tanto en la demanda escrita como en la intervención dentro de la audiencia, alegó en lo principal que se han vulnerado derechos de rango constitucional, como el derecho a la salud, derecho a acceder a medicamentos de calidad y eficaces, por cuanto el

Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social, Hospital De Especialidades Teodoro Maldonado Carbo y el Ministerio de Salud Pública, no factibilizan la compra del medicamento POLATUZUMAN VEDOTINA, comercialmente conocido como "POLIVY"; pues dicho medicamento no se encuentra en el cuadro nacional de medicamentos básicos; y para ello la afectada y accionante ha enviado solicitudes (oficios) dirigidos a la autoridad competente, pues por recomendación del médico tratante lo ha efectuado; no obstante hasta el momento de la instaurar esta demanda, no ha tenido respuesta, con lo que sigue empeorando su estado de salud y se trata de una persona que tiene doble estado de vulnerabilidad es persona de la tercera edad y tiene una enfermedad considerada catastrófica, solicitando se declare con lugar la acción de protección por ser la vía más rápida y eficaz a efectos de restaurar su salud y mejor su expectativa de vida.

Seguidamente, la defensa técnica del legitimado pasivo Hospital Teodoro Maldonado Carbo, menciona que el hospital ha cumplido este caso en específico con lo que establece

la seguridad jurídica y lo que establece la Corte Constitucional, de que estos procedimientos se cumplan, que la atención de salud a la paciente se le viene brindando hasta el día de hoy, mediante el cual remite el informe del médico tratante, en el cual continúa recibiendo el servicio de salud; y que de la documentación que se ha hecho llegar al expediente se da a conocer las acciones administrativas que ha hecho el pasivo Hospital Teodoro Maldonado Carbo desde que tuvo conocimiento, ha realizado gestiones administrativas; es decir, no existe una omisión o inadmisión por parte del hospital, así como del médico tratante. No se ha indicado del porque la acción de protección es la vía adecuada y eficaz; la Corte Constitucional del párrafo 76 indica que he estado tiene el deber de respetar, y no se puede alterar el estado del acceso de medicamentos y si el paciente tiene la provisión y medios para acceder a los mismos, el estado no puede acceder, el estado no puede adquirir un medicamento que en este caso es el seguro general de salud. Por lo tanto, solicita que se rechace la acción propuesta considerando que no cumple con los requisitos establecidos en la LOGJCC.

Por su parte el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en lo medular manifestó que consta la historia clínica, donde su última atención es el 18 de diciembre del 2023 y consta las atenciones realizadas con el médico tratante, quien ha dado los trámites administrativos, para poder adquirir los medicamentos, se tiene que justificar la adquisición de este medicamento. En virtud de aquello, solicito se declare improcedente la demanda de acción de protección presentada.

En línea final el legitimado pasivo, Ministerio de Salud Pública, señalo que no depende de esta institución, y no ha vulnerado derechos constitucionales de la paciente ni a la salud ni a la atención prioritaria, con esa reforma a efectos de confrontar esa petición, solo se debe de monitorear el cumplimiento con la adquisición del medicamento de la paciente. El Ministerio de Salud Pública no ha vulnerado el derecho a la salud, por lo tanto, solicito se sirva excluir al Ministerio de Salud Pública de la presente acción de protección, por cuanto no ha vulnerado

derechos constitucionales de la paciente.

En su intervención la Procuraduría General del Estado, solicito a este juzgador verifique si existe o no, alguna vulneración de algún derecho constitucional a efectos de precautelar la vida de la accionante, de conformidad del art. 81 de la Constitución del Ecuador.

QUINTO. -PLANTEAMIENTO DE LAS PRESUNTAS HIPÓTESIS FÁCTICO-JURÍDICAS DEL CASO SUB EXAMINE. -

Con los hechos y lineamientos señalados por los sujetos procesales, se puede elaborar las hipótesis fáctico-jurídicas a resolver en el presente caso, las mismas que son las siguientes:

a.- ¿Existió o no en contra de la ciudadana Alicia Margarita Echeverría Angulo, la violación del derecho a la salud, previsto en los Arts. 32 en concomitancia con el 363 Núm. 7, de la CRE, dentro de los actos descritos por la accionante?

b.- ¿Existió o no en contra de la ciudadana Alicia Margarita Echeverría Angulo, la violación del derecho a la vida digna, previsto en los Arts. 66 Núm. 2, de la CRE, dentro de los actos descritos por la accionante?

5.1- LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL TUTELAR DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. -

Antes de contestar las interrogantes planteadas es menester reseñar brevemente que es una garantía jurisdiccional de acción de protección desde varios enfoques, legalista, constitucional y doctrinal y para ello se pone a consideración los siguientes conceptos.

La Transformación del Estado Legal al nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Para analizar y comprender de forma integral la naturaleza de la acción de protección como garantía jurisdiccional reconocida en nuestra normativa Constitucional, se debe en primer lugar estudiar brevemente el salto paradigmático y sustancial de toda la súper estructura político-jurídico desde el Estado de Derecho al nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

El Estado de Derecho es el sistema político jurídico mediante el cual se estructura una sociedad en base a las libertades y obligaciones establecidas en la LEY. Es decir que toda la estructura estatal y social se encuentra sometida o subordinada al imperio de la ley.

Por el contrario, un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, es el sistema político jurídico mediante el cual se estructura una sociedad y que gira en torno a los derechos fundamentales derivados de la Constitución y de los Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

El presente tema es de mucha relevancia en todo proceso judicial constitucional, por lo tanto,

ineludiblemente debemos examinar lo descrito por el Dr. Luis Abarca Galeas, dentro de la obra titulada: “El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social”, quien en forma de introducción detalla la grave problemática que existió en el obsoleto ESTADO DE DERECHO, y que teóricamente puede ser superado con el nuevo modelo de ESTADO CONSTITUCIONAL, en donde textualmente indica:

“La tutela limitada de los derechos y garantías de las personas contenida en la Constitución Política de 1998, así como la omisión en el ejercicio de la función de garante por los operadores del sistema de administración de justicia, por la inexistencia de medios de control constitucional realmente operativos que obliguen a tales operadores a cumplir la referida función, determinó que los derechos humanos y garantías del debido proceso reconocidos en la Constitución se conviertan en letra muerta y como consecuencia, la mayor parte de sentencias judiciales se expedían violando tales derechos y garantías, de tal modo que, no pudo eliminarse el abuso y la arbitrariedad judicial en la Administración de justicia, porque la violación de los derechos humanos y la inobservancia de las garantías del debido proceso impide que brille la verdad objetivamente considerada y se produzca una falsa aplicación de la ley, convirtiéndose en esta forma la justicia en una ilusión.

(...) Dentro de este contexto, de injusticia social se conceptualiza como solución el Estado Constitucional de derechos y Justicia social que se institucionaliza en la Constitución del 2008 dictada por la Asamblea Constituyente, como resultado de un proceso político en el que participan las masas sociales y grupos vulnerables aprobándola en referéndum realizado el 28 de septiembre del 2008.”

Analizar las diferencias del sistema jurídico-político-social entre un Estado de Derecho y un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es sumamente relevante y mucho más si se tiene por objeto comprender los alcances de los derechos fundamentales o constitucionales que tienen los ciudadanos (Sujeto DÉBIL de la relación político-social) frente al poder del gran aparato Estatal (Sujeto FUERTE de la relación político-social).

El Ecuador ha sido un país que transformó integralmente su estructura político-jurídica, convirtiéndose en un nuevo modelo de Estado CONSTITUCIONAL de Derechos y Justicia Social, esto fue así, con la promulgación y entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador el 20 de octubre del 2008. Es en dicho momento, cuando la estructura legal normativa (LEY) sucumbe frente al imperio de la CONSTITUCION, tal como se encuentra previsto en el Art. 425 de la Constitución, que textualmente reza así:

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y

jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.”

Habiéndose esbozado una pequeña definición de lo que es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, es importante ahora, determinar cuáles son las diferencias que existen entre un sistema político que se basa en la ley y el nuevo modelo político-jurídico que se basa en el imperio de la Constitución, para aquello, vamos a tomar el ensayo titulado “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en el cual el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, establece algunas características distintivas entre estos dos modelos de Estado:

Características del Estado Legal (Estado de Derecho):

“En el estado de derecho, la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes entre quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia). El modelo que triunfó es el burgués, aunque la historia demuestra que durante mucho tiempo el modelo fue simplemente teórico y poco implementado. La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una democracia absoluta, y en este modelo no hay mayor diferencia con el anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas; el resto de las personas - que es la mayoría en términos numéricos- sigue siendo o súbdita. Los límites del estado los impone el parlamento: el ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es "boca de la ley". Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el código civil y el código penal); las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.”

Características del Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Estado de Derechos):

“En el estado constitucional, la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular

importancia, que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean

informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios.”

Como hemos revisado, la transformación desde un Estado LEGALISTA a un Estado CONSTITUCIONALISTA, sin lugar a dudas cambia el paradigma del comportamiento social, jurídico, económico y político que rige en una sociedad. Por lo tanto, las vías jurisdiccionales en materia constitucional tienen una mayor transcendencia y prerrogativa para hacer efectiva la garantía de tutela que tienen los ciudadanos frente a las acciones u omisiones del Estado, e incluso de ciudadanos, que acarreen la violación de los derechos fundamentales.

En conclusión, advertimos que el salto hacia el actual modelo de Estado CONSTITUCIONAL, ha permitido limitar y contener las graves vulneraciones de derechos cometidas por el Estado en contra del ciudadano común, quien es el sujeto más débil de la relación socio-política. En fin, podemos comprender que la actual Garantía Jurisdiccional de Acción de Protección tiene un cambio positivo y sustancial jurídicamente hablando, frente al obsoleto y superado recurso de amparo constitucional que existió en el modelo legalista históricamente caducado.

5.2. Las Garantías Jurisdiccionales en el nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Como hemos afirmado en líneas anteriores, el nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia surgió con la promulgación de la Constitución del 2008. Dentro de dicha norma supra-legal se determinó de forma clara las garantías jurisdiccionales que los ciudadanos tienen como medio procesal tutelar, para que un juez constitucional resuelva las

controversias respecto de la violación de los derechos fundamentales y/o Constitucionales dentro de las relaciones sociales.

En la Constitución y dentro de la Ley Orgánica de Garantías Juridiciales y Control Constitucional, actualmente vigentes en el Estado Ecuatoriano se encuentran establecidas y desarrolladas normativamente las distintas garantías jurisdiccionales a saber:

- 1) Habeas Corpus (Protección del derecho a la Libertad, integridad personal, derecho a la vida y sus derechos conexos);

2) Acción de Protección y 3) Medida Cautelar Constitucional (Protección de los Derechos Constitucionales);

4) Acción de Acceso a la Información Pública (Protección del derecho a la Transparencia e Información Pública);

5) Habeas Data (Protección del derecho a los datos Personales);

6) Acción Extraordinaria de Protección (Protección de los Derechos Constitucionales y Debido Proceso);

7) Acción de Incumplimiento (Protección del derecho a la ejecución de la sentencia constitucional)

8) Acción por Incumplimiento (Protección a la Seguridad Jurídica)

Para comprender satisfactoriamente que las Garantías Jurisdiccionales en el actual modelo de estado Constitucional son un verdadero medido procesal tutelar, para que los ciudadanos hagan valer sus garantías frente a las arbitrariedades y vulneración de los derechos fundamentales por parte del Estado y demás ciudadanos en general, debemos considerar algunas afirmaciones, como la que hace el Profesor Dr. Ramiro Ávila Santamaría, quien de forma clara expone: "... En el estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, a través de la ley, al estado. En el estado constitucional de derecho, la asamblea constituyente somete a través de la constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes, incluso al constituyente..."

En el desarrollo del presente acápite dogmático, se vuelve esencial hacer conocer la aproximación a la definición de Justicia Social que realiza el Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, en la obra titulada "El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social", quien propone lo siguiente:

"... La Justicia Social más que una realidad es la más grande aspiración social, porque expresa la suma de los más elevados valores sociales, éticos, culturales y espirituales, como son la igualdad en todos los órdenes y no solo en lo jurídico, la solidaridad, la libertad, y la seguridad social, así como el respeto, garantía y Tutela Jurídica de los Derechos Humanos.

Sin la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales es inconcebible la conceptualización de la Justicia social como categoría socio - política y jurídica, que fija las más avanzadas metas del desarrollo social, ético, cultural y espiritual, de tal modo que, a medida que se desarrolla la sociedad y alcanza superiores formas de organización socio-política y jurídica, aparecen nuevas metas de superación del hombre como ser social, lo cual significa que las sociedades son permanentemente evolutivas biosociológicamente hacia superiores formas de organización socio-política y jurídica.

Esta evolución por regla general se produce por saltos como resultado de los procesos sociales revolucionarios, ya que los beneficiarios de la desigualdad social o clases hegemónicas detentadoras del poder económico que las conduce al control del poder político al ocupar permanentemente la titularidad en el ejercicio del poder público y lo utilizan en su propio beneficio y para oponer a todo cambio en la organización socio-político y jurídico de la sociedad con el objeto de reproducirse en el ejercicio del poder público y controlar las funciones del Estado.”

Por su parte, el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, en su ensayo antes señalado cita al profesor Dr. Norberto Bobbio, quien de forma ontológica esboza el fin ulterior de lo que representa un Estado de DERECHOS, manifestando lo siguiente:

“... la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política, lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, con relación al estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad estado persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la analogía, es como cuando una persona toma un taxi; en la era de las obligaciones, el piloto decide el lugar a donde se dirigen en la era de los derechos decide el pasajero. Así en las relaciones del estado. En la era de las obligaciones, la autoridad estatal decide el destino de las personas; en la era de los derechos, las personas gobernadas deciden sus propios destinos, Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista

metodológico, la sociedad y la política parten de las personas y no del estado, desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o grupo: usado el punto de vista ético, la persona es un ente moral e irreductible.”

Como podemos observar, la concepción del nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia permite que el ser humano sea el centro de la relación político jurídica y, por lo tanto, las garantías jurisdiccionales como medio procesal tutelar adquieren una relevancia superlativa cuyo fin es evitar la violación de los derechos constitucionales de los cuídanos en las relaciones sociales con el Estado y con las mismas personas.

Así entonces, la acción de protección, como una garantía jurisdiccional determinada en la Constitución de la República, se vuelve efectiva en la tutela y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las arbitrariedades de las que pueden ser objeto en las relaciones jurídico-sociales dentro del conglomerado humano.

Lo antes referido no solo tiene sustento jurídico en nuestra norma interna, sino en la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José en su artículo 25 de Protección Judicial, donde se establece de forma imperativa que: “... Toda persona tiene

derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

5.3.- Diferencia entre el amparo constitucional (Estado LEGALISTA) y acción de protección (Estado CONSTITUCIONAL).

En líneas anteriores ya hemos analizado la diferencia sustancial entre el obsoleto Estado LEGALISTA y el actual Estado CONSTITUCIONAL, concluyendo que esta última forma de organización tiene como alfa y omega al ser humano dentro de todas relaciones sociales, jurídicas, políticas y económicas. Por lo que, la protección de sus derechos constitucionales mediante las garantías jurisdiccionales es superior al caduco sistema político de Estado de Derecho.

Es necesario para el desarrollo de este tema, poner a su consideración el estudio sobre las diferencias de la acción de protección y el recurso de amparo, que hace el Constitucionalista Juan Montaña Pinto, dentro de la obra “Apuntes de Derecho Procesal Constitucional”, en cuyas líneas deja claramente identificadas los avances de la actual garantía jurisdiccional de acción de protección, así tenemos lo siguiente:

“... De acuerdo con el artículo 95 de la derogada Constitución de 1998 la acción de amparo tenía por objeto cesar, evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de la vulneración de un derecho fundamental.

En cuanto al carácter preventivo o cautelar el recurso debía servir para que la jurisdicción constitucional a petición de parte interviniera antes de que los efectos llegaran a existir o se materializaran las consecuencias de la violación del derecho; en cuanto al carácter reparatorio, como su nombre lo indica, el juez debía actuar para resarcir o reparar un daño causado o consolidado, siempre y cuando este daño tuviera remedio, es decir, pudieran las cosas volver a su estado anterior, porque si no la vía procesal era la ordinaria. Esto quiere decir que la realidad procesal determinó que en la práctica este recurso se convirtió en una garantía exclusivamente preventiva o, en términos más precisos, provisional, mientras que la reparación del daño fue reconducida por la práctica forense al procedimiento ordinario civil o contencioso-administrativo.

Todas estas razones, en particular su inadecuación para reparar adecuada e integralmente el daño causado y la virtual imposibilidad de utilizarla rápida y efectivamente como medida cautelar, llevaron al recurso de amparo a una crisis de operatividad sin precedentes.

El constituyente de Montecristi consciente de esta situación quiso cambiar la situación precisando los conceptos, estableciendo normativamente que las garantías son de dos tipos preventivas y reparatorias y dividiendo el antiguo recurso de amparo en dos acciones

independientes: las medidas cautelares cuando se trate de evitar la vulneración de un derecho constitucional, y la acción de protección para reparar integralmente el daño a un derecho cuando este se causa efectivamente.

Este cambio normativo como se ve no es solo de nombre, sino que existen fundamentales diferencias entre una y otra institución: mientras que la acción de amparo es mixta, la acción de protección es reparatoria; el recurso de amparo busca la suspensión temporal o definitiva del acto impugnado, la acción de protección logra la reparación integral del daño causado. El amparo es un recurso, la protección es una acción; el amparo tiene una estructura esencialmente administrativa, la acción de protección es típicamente jurisdiccional y constitucional. El amparo termina con resoluciones, la protección con sentencias; el amparo solo procede cuando el daño es grave e inminente, actual y directo lo que no ocurre con la protección donde lo importante es la relevancia constitucional de la violación.”.

5.4.- Sobre la Naturaleza de la Acción de Protección en el Estado Constitucional

En este punto vamos a desarrollar brevemente la naturaleza de la acción de protección dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Para esto debemos tomar como punto de partida la conceptualización normativa que nos da la propia Constitución dentro del Art. 88, que establece lo siguiente:

“... La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

De la lectura del artículo antes transcrito, podemos advertir que la NATURALEZA de la acción de protección es TUTELAR Y REPARATORIA. Siendo que, es TUTELAR al amparar de forma directa, inmediata y efectiva todos los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos frente a los abusos y arbitrariedades del poder público por sus actos u omisiones. Mientras que es REPARATORIA por cuanto su acción se da cuando existe un daño causado, es decir cuando la violación del derecho constitucional ha sido provocado temporal o permanente en un ciudadano. Esto la diferencia de lo que es una medida cautelar constitucional, cuya naturaleza es la de prevenir la violación de un derecho constitucional.

Lo antes analizado se reafirma con la sola lectura del Art. 39 de la LOGJCC, cuyo texto nos señala:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos

reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”.

El Dr. Iván Cevallos Zambrano, en su obra titulada “La acción de Protección – Formalidad, Admisibilidad y Procedencia”, señala que la naturaleza de la acción es tutelar al señala lo siguiente:

“...la acción de protección y su distinción con las acciones de la justicia ordinaria, y que los derechos constitucionales no son declarados, sino tutelados...”.

En la Gaceta Constitucional No. 001, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351, de fecha 29 de diciembre del 2010, Págs. 8 y 9, la Corte Constitucional establece que:

“... la acción de protección, procede cuando del proceso SE DESPRENDA LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES...”

El Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, en la obra titulada “La Violación del Debido Proceso como causa para la casación y la acción extraordinaria de protección”, nos enseña en que momento o cuando la interposición de una garantía jurisdiccional de ACCION DE PROTECCION es ADECUADA Y EFICAZ, señalando para esto los siguientes presupuestos:

“a) Que el derecho violando se encuentre reconocido en la Constitución.

b) Que la violación haya privado del ejercicio o goce del derecho en forma permanente o transitoria.

c) Que la violación del derecho sea el resultado de acciones u omisiones de una autoridad pública no judicial o de una persona privada natural o jurídica que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos o los presta por delegación o concesión del Estado o sus instituciones, siempre que el daño ocasionado fuere grave.

Como se ve, no toda vulneración de un derecho da lugar a la tutela jurídica constitucional, sino que para la procedencia de la acción de protección deberán estar presentes los presupuestos que anteceden y se los exige en la citada norma constitucional; lo cual no significa que el titular del derecho vulnerado quede en indefensión cuando no están presentes estos presupuestos, de ninguna manera, sino que deberá obtener la protección jurídica que la otorga el fuero ordinario.”

5.5.- Características de la Acción de Protección.

La Acción de Protección tiene características propias, especiales y específicas que las diferencias de las demás garantías jurisdiccionales, estas han sido ampliamente analizadas y

estudiadas por los especializados en materia constitucional, en la presente sentencia repasaremos brevemente dichas características:

La Acción de Protección es TUTELAR:

Como ya lo señalamos anteriormente, la naturaleza propia de la acción de protección es tutelar, siendo que esta garantía jurisdiccional tiene como objeto proteger a los ciudadanos dentro de las relaciones sociales frente a cualquier acción y omisión que implique

violación o vulneración a los derechos Constitucionales, por parte del ente público o cualquier particular. (Art. 88 de la Constitución)

Es necesario diferenciar la acción de protección de la garantía jurisdiccional “medida cautelar constitucional”, ya que la primera es TUTELAR (Garantiza la protección de los derechos vulnerados y los repara), mientras que la segunda garantía es de carácter PREVENTIVA, es decir tiene por objeto evitar que se produzca una posible e inminente violación de derechos fundamentales.

Es necesario saber además que la tutela jurídica constitucional en toda garantía jurisdiccional es de carácter objetiva, así lo describe el doctrinario Dr. Luis Abarca Galeas, quien en palabras textuales señala:

“... En aplicación de este marco Teórico Jurídico Constitucional resulta evidente que, la Tutela Jurídica Constitucional tiene carácter objetivo, porque no requiere el juzgamiento de la autoridad, funcionario o servidor público autor de la conculcación del derecho que como consecuencia ocasionó el daño, ya que el que responde por éste es el Estado y para lo cual, no requiere tampoco ser juzgado porque su responsabilidad civil se encuentra preestablecida Constitucionalmente y consecuentemente, es suficiente la verificación objetiva de la existencia de la vulneración del derecho constitucional y el daño ocasionado como consecuencia.

En esta virtud, tanto la Tutela Jurídica Constitucional como la responsabilidad civil del Estado son de naturaleza objetiva porque tienen lugar sin que se requieran por el juzgamiento previo de la autoridad, funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones conculcaron el Derecho Constitucional; más aún, ni siquiera se requiere que se identifique al autor de la violación del Derecho Constitucional como cuando una persona detenida para ser investigada por un delito es torturado por un agente judicial encapuchado”

En fin, logramos identificar con total claridad que una de las características principales de la acción de protección es su naturaleza TUTELAR, mediante la cual el Estado garantiza la efectiva vigencia y ejercicio de los derechos constitucionales a todos los ciudadanos frente a las arbitrariedades que puedan darse en cualquiera de las relaciones sociales.

La Acción de Protección es REPARADORA:

La acción de protección al ser identificadas en su característica y naturaleza como tutelar, también debe ser infranqueablemente REPARADORA. Lo antes señalado tiene su sustento en que si dicha acción tiene por objeto analizar la existencia o no de la violación

de derechos constitucionales, y si en el desarrollo de la causa concreta se verifica dicha violación de derecho fundamental, el Juez se encuentra en la OBLIGACION de emitir las medidas de REPARACION INTEGRAL, para reparar el daño objetivamente.

Sobre este tema el Dr. Luis Cueva Carrión, en su obra “Acción Constitucional Ordinaria de Protección”, nos enseña que:

“Como acción reparadora funciona de la siguiente manera: si luego del correspondiente proceso constitucional se constata la vulneración de los derechos, la primera obligación del juez es reconocer y declarar, expresamente, tal vulneración; como consecuencia de esta primera declaración debe ordenar su reparación total e íntegra, tanto en el sentido material como en el inmaterial; la sentencia que acepte esta acción debe terminar especificando e individualizando las obligaciones, tanto positivas como negativas, a que está obligado el destinatario de la decisión judicial junto con las circunstancias, la forma y el tiempo en que deben ser cumplidas. Al señalar las obligaciones a las que queda ligado el sujeto pasivo de esta acción la sentencia debe ser muy clara y meticulosa; nunca puede ser expresada en forma ambigua, incierta o indeterminada, porque, entonces, los derechos vulnerados no recibirían, en la práctica, protección alguna y la acción misma no cumpliría el rol procesal que la Constitución y la normatividad vigente le asignan.

En lo relacionado con la cantidad: la sentencia debe resarcir en forma íntegra los derechos fundamentales vulnerados, no una parte o solamente el aspecto material, también el inmaterial. El juez nunca debe olvidar que, para determinados sujetos de espíritu superior, este último es más importante que el primero.

La sentencia debe concluir señalando el monto de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, la obligación de pagar su valor y el tiempo en que se lo debe hacer. En otros casos debe disponer se reintegre a sus cargos a los empleados o funcionarios que, inconstitucionalmente, hubieren sido destituidos.”

La Acción de Protección es PÚBLICA y NO TIENE LIMITE EN EL TIEMPO:

La acción de protección es una de las garantías jurisdiccionales más importantes previstas en la Constitución de la república del Ecuador, por lo tanto, dicho mecanismo puede ser planteado por cualquier ciudadano nacional o extranjero que se vea limitado en el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales por la violación de uno de ellos por un particular o por cualquier ente público a través de sus funcionarios.

Lo antes señalado tiene su fundamento constitucional, por cuanto, uno de los DEBERES DEL ESTADO es “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos

establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...” (Art. 3.1 de la CRE). Es decir que, el Estado debe proteger a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna, el acceso al derecho de justicia y acceso a la tutela judicial de los derechos constitucionales, mediante la viabilidad en la interposición de las garantías jurisdiccionales.

Siendo así, la misma LOGJCC en el Art. 9 establece quienes pueden interponer una demanda constitucional en calidad de sujetos activos o legitimados activos: “a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo.”

La norma constitucional y procesal constitucional, claramente establece la característica pública y abierta que tiene la acción de protección para ser interpuesta por cualquier persona, y así asegurar la tutela efectiva de los derechos constitucionales de los ciudadanos dentro de la sociedad.

En este acápite también es necesario analizar brevemente sobre la temporalidad en la interposición de la acción de protección, resaltándose que la Corte Constitucional ha señalado que el paso del tiempo en la interposición de la acción de protección no tiene relevancia, ya que la naturaleza propia de la garantía jurisdiccional es la protección del derecho constitucional, sin importar el tiempo en que se afectó el bien jurídico protegido.

Como advertimos, en el proceso constitucional no importa si la vulneración de derechos fue producida hace poco o mucho tiempo atrás, ya que el objeto y fundamento de toda acción constitucional es la de tutelar y reparar la violación de los derechos constitucionales, sin importar el tiempo transcurrido.

La Acción de Protección es **CONDICIONADA EN LA FORMALIDAD** (Sencillo, Rápido y Eficaz): Dentro de la tramitación de un proceso constitucional se debe respetar únicamente las garantías básicas del debido proceso, a efectos de no agravar el derecho a la defensa de las partes accionadas, sin que las omisiones de simples ritualidades o formalidades sean fundamento para declarar una nulidad procesal.

El Dr. Luis Cueva Carrión, en su obra “Acción Constitucional Ordinaria de Protección”, al respecto señala lo siguiente:

“... La acción constitucional ordinaria de protección posee una estructura procesal muy simple y sumaria porque frente a ella ninguna complejidad procesal es justificable. Las complejidades procesales caracterizan a los procesos ordinarios para ocultar la cara de la justicia; esta acción, en cambio, está dotada de un procedimiento sumario para evitar que

la justicia se enrede en los vericuetos procedimentales, porque fue concebida para proteger los derechos constitucionales que son básicos y esenciales para todo ser humano. Esta acción cautelar se desarrolla en una atmósfera de sencillez procesal sin redes de sinuosidad que la atrapen, por eso es accesible aún para el ciudadano común que es quien más la necesita. Por su

esencia, el procedimiento para la acción constitucional ordinaria de protección es breve, sumario, sencillo y rápido; por esto se prohíbe los incidentes y aún la inhibición del juez...”

De lo analizado, logramos identificar que una de las características especiales o específicas de la acción de protección es la sencillez, rapidez y eficacia que tiene su fundamento en su propia naturaleza para tutelar los derechos constitucionales de los ciudadanos en general. Sin embargo, la rapidez estará siempre condicionada a la particularidad de la causa en concreto, ya que en algunos casos existe una pluralidad de personas presuntamente afectadas en varios derechos constitucionales, porque el juez está obligado a verificar y analizar individualmente la situación de cada persona presuntamente afectada. En palabras sencillas, no se puede comparar en igualdad de tiempo una sustanciación de acción en la que existe una sola persona como legitimado activo, con relación a la que es interpuesta por cinco o más personas legitimadas activas.

La Acción de Protección NO ES SUBSIDIARIEDAD y NO ES RESIDUALIDAD:

Antes de realizar el análisis jurídico debemos detallar las definiciones de estas dos acepciones, así tenemos lo siguiente:

Subsidiario, Subsidiaria: Que sustituye o apoya a la parte principal en caso de que sea necesario. Residual: Que queda como residuo o que los contiene. Dentro del ámbito jurídico constitucional estas dos acepciones recobran un valor superlativo, ya que determinan las características propias que tiene la acción de protección como garantía jurisdiccional en el modelo de Estado Constitucional. La Dra. Pamela Aguirre Castro, dentro de la obra “La Subsidiariedad de la Acción de Protección en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana”, describe de forma muy práctica y con mucha claridad las características de NO subsidiariedad y NO residualidad de la Acción de Protección en el sistema procesal ecuatoriano, indicando textualmente lo siguiente: “En derecho procesal constitucional, una acción jurisdiccional es subsidiaria cuando puede ejercerse de manera integral e independiente a otra acción judicial, siempre que la

naturaleza de la acción no interfiera con la esfera competencial de la otra, a través de la superposición de atribuciones.

La no subsidiariedad implica lo opuesto a lo subsidiario. Si en materia constitucional la subsidiariedad implica el ejercicio de una acción jurisdiccional de forma independiente a la presentación de otra acción judicial, siempre y cuando su naturaleza y alcance no interfiera con la esfera competencial de la segunda; la no subsidiariedad equivale a que las acciones pueden ser planteadas de manera paralela, independientemente si tienen o no la misma naturaleza.

En efecto, realizando un ejercicio hermenéutico integral que mantenga la armonía de la Constitución, se deriva en el carácter autónomo de la acción de protección, en la medida que

es la garantía jurisdiccional diseñada para la efectiva tutela de los derechos constitucionales.

En materia procesal constitucional el término residual, tiene relación a la acción que puede presentarse únicamente después de haber agotado todos los mecanismos de defensa de derechos existentes, que correspondían ser presentados. Bajo esta lógica dentro del derecho procesal constitucional ecuatoriano la acción residual por antonomasia es la acción extraordinaria de protección, toda vez que procede “cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal...”

Por lo señalado, podemos afirmar que la acción de protección no es subsidiaria, ya que el fin es el de tutelar de forma directa y eficaz los derechos fundamentales de las personas, por lo tanto, debe ser considerada como una acción autónoma que no depende, ni interfiere en la prosecución de algún otro procedimiento judicial ordinario.

De la misma forma, podemos concluir que la acción de protección no es residual, ya que no tiene como prohibición el ahogamiento previo de un procedimiento judicial ordinario, puesto que, de considerarlo así, se desnaturalizaría la característica tutelar y reparadora de dicha garantía jurisdiccional.

5.6.- Los derechos tutelados por la Acción de Protección.

Para analizar este punto, debemos repasar el Art. 11. 1 de la Constitución de la República del Ecuador que determina textualmente lo siguiente:

“Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”

Es importante recalcar que la acción de protección protege una amplia gama de derechos en favor de los ciudadanos dentro de las relaciones sociales en un Estado políticamente organizado. Es decir que, los derechos protegidos por la acción de protección son todos los que no se encuentren protegidos por otra garantía jurisdiccional, por ejemplo, el derecho a la libertad que esta tutelado a través de la garantía del Habeas Corpus.

El Dr. Luis Cueva Carrión, en la obra antes citada, detalla lo siguiente:

“La actual Constitución, en concordancia con el más avanzado pensamiento ju filosófico que se concentra en el denominado Neo constitucionalismo, no limita los derechos ni su protección a los que constan en forma expresa en sus normas, sino aún a aquellos que no existen constitucionalmente pero que son inherentes a la naturaleza misma de la persona e indispensables para su desenvolvimiento moral y material plenos.

Como consecuencia: la acción de protección es universal porque ampara tanto a los derechos actualmente existentes y reconocidos en la Constitución, como a aquellos creados por instrumentos internacionales y aún a aquellos que no hubieren sido creados pero que son

"Derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento": esta acción constitucional actúa allí donde existan derechos de las personas que se deben proteger, nada importa que el Estado los hubiere reconocido o no, suficiente es que existan en cualquier instrumento internacional vigente o que sean necesarios para el desenvolvimiento humano y social de los individuos"

Siendo así, la acción de protección tiene un alcance amplio en la tutela de derechos de los ciudadanos, siempre y cuando todos estos derechos estén dentro de la esfera de la CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS PROTEGIDOS POR NORMA INTERNACIONAL.

5.7.- Prohibición de Declaratoria de Derechos en una Acción de Protección.

De todos los aspectos desarrollados podemos afirmar, sin temor a equivoco, que la Acción de Protección NO tiene por fin obtener la DECLARATORIA de un derecho, ya que este no es el objeto de la garantía jurisdiccional antes señalada, Debemos siempre recordar, que dentro de la propia definición normativa en el Art. 88 de la Constitución, se establece que la finalidad de la acción de protección es la de tutelar el derecho constitucional y de reparar la violación del derecho en favor de la persona. Es decir, mediante un procedimiento constitucional de acción de protección no se pueden crear o declarar derechos no existentes en el mundo fáctico, sino que se verifica y resuelve la existencia o

no de la VIOLACIÓN DE DERECHOS fundamentales por un acto u omisión de autoridad pública no judicial.

Como observamos, la acción de protección tiene su razón de ser en la tutela de derechos constitucionales, de ahí que la misma Corte Constitucional en varias sentencias ha señalado que para saber si la vía constitucional es la adecuada y eficaz el juez debe analizar particularmente si los hechos y pretensiones versan sobre la DECLARATORIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES, SI LA RESPUESTA ES AFIRMATIVA, entonces la vía constitucional si es la adecuada y eficaz.

La Corte Constitucional en los precedentes jurisprudenciales No. 1-16-PJO-CC y 1285-13-EP/19, señaló lo siguiente: Corresponde a los jueces y las juezas de garantías jurisdiccionales realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, y solo si en dicho análisis no determinan la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infra-constitucional, les corresponde determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto. En función de ello, dado que la Corte ha resuelto el mérito de la causa, le corresponde también hacer dicho análisis

Sobre el tema de la desnaturalización de la acción de protección, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Sentencia No. 621-12-EP/20, de fecha 11 de marzo de 2020: Los Jueces: “deben velar que las

garantías jurisdiccionales no se desnaturalicen para que estas cumplan su propósito de proteger derechos, de otra manera, [...] no garantizarían el respeto a la Constitución, violando la seguridad jurídica”.

Sentencia No. 1101-20-EP/22, de fecha 20 de julio de 2022: “... la naturaleza de la acción de protección es claramente tutelar y ahí radica la diferencia con las acciones ordinarias de conocimiento, pues, los derechos constitucionales no son declarados, dado que preexisten y lo único que se determina a través de la acción de protección es si concurre la violación de derechos constitucionales.”

Con todo lo analizado en este acápite, hemos abordado de forma precisa lo relacionado al alcance, naturaleza y características específicas de la acción de protección como garantía jurisdiccional dentro del nuevo modelo de estado Constitucional de Derechos y Justicia, debiendo el juez investido de competencia constitucional observar pormenorizadamente cada elemento del caso puesto a conocimiento en aplicación del precedente jurisprudencial No. 1-16-PJO-CC, antes señalado.

SEXTO. - ANÁLISIS DE LAS HIPÓTESIS FÁCTICO-JURÍDICAS VERIFICADAS EN EL CASO EN CONCRETO, SOBRE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

6.1.- ¿Existió o no en contra de la ciudadana Alicia Margarita Echeverría Angulo, la violación del derecho a la salud, previsto en los Arts. 32 en concomitancia con los Arts. 35, 50 y 363 Núm. 7, de la CRE, dentro de los actos descritos por la accionante?

En este punto es imprescindible analizar tales derechos en conjunto, pues el uno se encuentra concatenado con los otros, siendo además que los derechos cuya vulneración se alega se fundamentan en los mismos cargos y tienen lugar a raíz de los mismos actos descritos por el accionante.

La Norma Suprema (Constitución del Ecuador) y el conjunto de normas ecuatorianas brindan importancia especial a la salud, pues es reconocida como un derecho constitucional fundamental (art. 32) y a la vez, como uno de los deberes primordiales del Estado (art. 3.1) que debe ser garantizado a través políticas, programas y servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud que se encuentran contenidas y en cierto modo definidas en el Título VII, Régimen Del Buen Vivir, Capítulo primero, sección segunda de la Carta Magna, y que debe regirse por los principios de calidad, eficiencia, eficacia y precaución.

Bajo este orden de ideas la Corte Constitucional en sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados (Derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces) refiere, cito “... La Constitución, en sus artículos 359, 360 y 363, establece que el sistema de salud garantizará la promoción de salud, entre otras medidas, con la prevención y en base a la atención primaria de salud. De igual modo, la ley de la seguridad social establece, entre los lineamientos de política, la

prevención (junto con la atención), que debe estar debidamente financiada...”.

En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por sus Estados Parte, en la sesión 22º realizada en Ginebra el 25 de abril a 12 de mayo de 2000, efectuó uno de sus apartados la Observación 14, que titula El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párrafo 4, cito “...Un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades... el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud...”.

Siendo menester y obligatorio acotar que el derecho a la salud está además reconocido en numerosos instrumentos de derecho internacional que son vinculantes para el Ecuador, tales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.iv.e); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 y 12. 1); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24.1); la Convención sobre la Protección de los trabajadores migratorios y sus Familiares (artículo 28); el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 25), y otras más.

La Corte Interamericana ha precisado que la obligación general respecto del derecho a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud garantizando una prestación médica eficaz y de calidad, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población y más aun tratándose de personas y grupos de atención prioritaria; bajo esta misma idea, la Observación 14, arriba señalada en su párrafo 25, al respecto menciona, cito“...25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general N° 6 (1995), reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad...”.

Con este compendio de normas, jurisprudencia y convenios internacionales (De los cuales Ecuador es suscriptor), se tiene un enfoque claro de la suma importancia de la salud en el ser humano y en especial atención de las personas que poseen un estado de doble vulnerabilidad, como en el presente caso.

En el presente caso, es menester indicar como antecedente que la accionante el 17 de mayo del 2023 al no evidenciarse mejoría en su salud con las quimioterapias recomendadas por su médico tratante, proceden a solicitar al IESS y Hospital Teodoro Maldonado Carbo que se compre la medicina “POLATUZUMAN VEDOTINA” nombre comercial “POLIVY”, la cual no se encuentra en el cuadro nacional de medicamento básicos (CNMB), solicitud que fue negada mediante memorando Nro. IESS-HTMC-DT-2023-4339-M, de fecha 20 de septiembre del 2023, que en su parte medular prescribe, cito

“... se evidencia que la misma no cumple con los criterios de evaluación establecidos en el anexo 4 (Lista de chequeo del informe del Comité de Farmacia y Terapeuta) ...”.

Ante aquella situación, la afectada presenta una segunda insistencia administrativa en la petición de adquisición del medicamento en mención a fecha 20 de octubre del 2023, es decir 5 meses después de haber sido negada su primera petición, la cual, hasta la fecha de proposición, calificación y admisión a trámite de esta demanda constitucional, no recibía respuesta de su segunda petición, lo cual desde ya genera una seria incertidumbre y angustia de no saber qué sucederá con su salud, vida y demás derechos a que convergen de estos, si no tiene a alcance los medicamentos que requiere.

En la especie se tiene como acto vulneratorio la falta de celeridad oportuna al trámite administrativo de la adquisición del medicamento “POLATUZUMAN VEDOTINA” nombre comercial “POLIVY” que necesita la señora Alicia Margarita Echeverría Angulo; que, si bien es cierto, existe un procedimiento establecido, este debe atender de manera celeridad u oportuna tales peticiones, tal como dispone la sentencia constitucional No. 679-18-JP/20 y acumulados, cito “...167.Lo dispuesto en los párrafos anteriores son parámetros bajo los cuales el MSP y los órganos competentes deben adecuar sus procedimientos con la finalidad de que respondan oportunamente a las situaciones de las personas que requieran medicamentos...”; pues en caso contrario la esencia misma de esta sentencia jurisprudencial perdería su finalidad y objeto.

El testimonio dado por el médico tratante es importante, pues este señaló, cito “...El caso de la paciente fue presentado en el staff de oncología, nosotros tenemos un staff con los médicos de servicio, en el cual se expuso que la paciente está en su cuarta línea de tratamiento, y persiste la enfermedad, por dicho motivo la paciente era candidata a esta línea de tratamiento con “POLATUZUMAN VEDOTINA” nombre comercial “POLIVY”. el trámite que se hizo fue que se levantó el trámite modular como anexo 1, la cual fue enviada y devuelta para subsanación sobre actualización de formulario y fue enviada nuevamente. Fue enviada a mi jefe de la jefatura de hematología, se emitió a farmacia, me indicaron que fue devuelta por devolución de formulario y yo ya envié la semana pasada. Se encuentra en trámite la documentación, estamos esperando enviarla desde la jefatura hasta el comité de farmacia...”. Con ello se evidencia la necesidad imperiosa, de que dicho medicamento sea suministrado de manera celeridad, ya que la afecta se le ha tratado ya en cuatro líneas de tratamiento y la enfermedad sigue su avance, quedando dicho medicamento como la única posibilidad de enfrentar la enfermedad que padece.

La institución accionada menciona que la señora Alicia Margarita Echeverría Angulo, afectada en esta acción de protección, sigue siendo atendida en el hospital y está en constante comunicación con el médico tratante; bajo esta lógica argumentativa, no puede

entenderse al derecho a la salud como únicamente la atención, comunicación y acceso a los servicios de salud, sino que estos deben ser de manera integral, es decir, debe ser una concatenación, entre todos derechos y aspectos que rigen el derecho universal y fundamental a la salud, pues de ello depende la vida de un ser humano. De ello la sentencia constitucional No. 679-18-JP/20 y acumulados señala cito, "...197.El derecho al cuidado integral permite la realización del disfrute del más alto nivel posible de salud cuando las personas y sus familias "se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y el alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas...". En este mismo sentido la Corte Constitucional de Colombia como derecho comparado a manifestado en sentencia T-099 DE 2023, Referencia: Expediente T-8.993.777, cito "...La Corte Constitucional ha señalado que el tratamiento integral implica una atención en salud de forma "ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad". En el mismo sentido, la prestación del servicio debe cumplir con todas las órdenes de los médicos tratantes en las condiciones estipuladas...". Por lo que, el derecho a la salud no solo radica en los diversos aspectos de atención sino en lo esencial de la existencia del ser humano LA VIDA.

La defensa técnica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo también refirió, cito "...cabe mencionar que la sentencia 679 de la Corte Constitucional del párrafo 76 indica que he estado tiene el deber de respetar, y no se puede alterar el estado del acceso de medicamentos y si el paciente tiene la provisión y medios para acceder a los mismos, el estado no puede acceder, el estado no puede adquirir un medicamento que en este caso es el seguro general de salud. En virtud de la prueba documental y de la normativa citada, se solicita mediante sentencia dictar la improcedencia de la acción de procedencia de conformidad de los art. 42 numerales 1,2,3,4, y 5 de la LOGJCC...".

El suscrito bajo esa línea argumentativa, no ha encontrado elemento probatorio en el que se pueda evidenciar que la señora Alicia Margarita Echeverría Angulo, posea medios propios o mediante un seguro privado que le permita adquirir el medicamento prescrito por su médico tratante; al contrario, se ha visto en la imperiosa necesidad de activar una vía jurisdiccional, a efectos de exigir al Estado se tutele sus derechos y resguarde la integridad de su vida, haciendo efectivo su derecho a la salud y demás que convergen de este.

En consecuencia y virtud del análisis realizado en líneas que anteceden, al encontrarse conculcado el derecho constitucional y fundamental a la salud, el derecho a las personas de atención prioritaria y derecho de las personas que padecen enfermedades catastróficas, este juzgador concluye que es una persona que se encuentra en doble estado de

vulnerabilidad, por lo tanto, este juzgador declara con lugar la vulneración de estos derechos

constitucionales.

6.2.- ¿Existió o no en contra de la ciudadana Alicia Margarita Echeverría Angulo, la violación del derecho a la vida digna, previsto en los Arts. 66 Núm. 2, de la CRE, dentro de los actos descritos por la accionante?

Debiendo tener congruencia en lo analizado en la hipótesis factico jurídica que antecede, donde se encontró vulnerado el derecho fundamental a la salud, y este debe entenderse como un derecho humano indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos; y, todo ser humano tiene derecho a un goce sin limitaciones en cuanto a la salud y que este le de paso a vivir sin ninguna restricción y dignamente. De este modo, el derecho a la salud implica no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral.

La Corte Interamericana ha precisado que la obligación general respecto del derecho a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud garantizando una prestación médica eficaz y de calidad, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por sus Estados Parte, en la sesión 22^o realizada en Ginebra el 25 de abril a 12 de mayo de 2000, efectuó uno de sus apartados la Observación 14, que titula El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párrafo 12, señalo cito "...La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley...".

Bajo este mismo orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Cuadernillo de Jurisprudencia de Derechos Humanos No. 21 del año 2021, recuerda el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, en su Pág. 8 cita "...162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir

condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria...".

Para el suscrito no es difícil evidenciar que ha existido un menoscabo a su derecho a una vida digna, pues al verse vulnerado su derecho a la salud correlacionadamente se vulneran otros derechos conexos, como es el derecho a vivir dignamente; en la especie la legitimada pasiva al no brindar celeridad a su petición de adquirir un medicamento prescrito por su médico tratante, lleva consigo que se mermen o anulen en esencia, no solo el derecho fundamental a la salud, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna, más aun al tratarse de una persona de la tercera edad y con una enfermedad catalogada como catastrófica (CÁNCER), las cuales necesitan una protección especial. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia como derecho comparado a manifestado en sentencia SU-508 de 2020 lo siguiente, cito “...El carácter de especial protección implica, por una parte, que los derechos fundamentales de los adultos mayores deben interpretarse en concordancia con el principio de dignidad humana (...) y, por otra parte, que la protección de dichos derechos es prevalente. En otras palabras, la defensa de los derechos fundamentales de los adultos mayores es de relevancia trascendental...”.

Sin más argumentos que precisar, el suscrito Juzgador declara con lugar el menoscabo del derecho constitucional a la vida digna, pues este se encuentra estrechamente relacionado con los derechos constitucionales anteriormente analizados.

6.3 . – CONSIDERACIONES DE ANÁLISIS TÉCNICO JURÍDICO

Para saber si la Acción de Protección es la vía adecuada y eficaz se debe en primer lugar verificar la existencia o no de la violación de algún derecho de constitucional, si después del análisis se colige que los hechos no conllevan una vulneración del derecho constitucional entonces ahí el juez debe señalar cuál es la vía jurisdiccional adecuada.

Lo antes señalado, ha sido reafirmado por la Corte Constitucional en múltiples sentencias, siendo el principal el precedente jurisprudencial No. 001-16-PJO-CC, donde se establece:

“...Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán

determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido...”.

Por lo tanto, en este caso concreto han quedado demostradas las graves violaciones de derechos constitucionales por parte de los legitimados pasivos en contra de la señora Alicia Margarita Echeverría Angulo, por las circunstancias ya explicadas en los acápite que anteceden.

Por lo tanto, en la especie la UNICA vía idónea y eficaz para tutelar los derechos constitucionales vulnerados por parte de INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL; HOSPITAL DE ESPECIALIDADES TEODORO MALDONADO CARBO; y MINISTERIO DE SALUD PUBLICA que son: derecho a la salud, derecho a las personas de atención prioritaria, derecho de las personas con enfermedades catastróficas y derecho a la vida digna; es la PRESENTE ACCION DE PROTECCION. En palabras simples, no existe otra vía adecuada y eficaz que no sea la presente acción de protección, para proteger y tutelar los derechos constitucionales antes señalados.

En este mismo sentido la sentencia constitucional No. 679-18-JP/20 y acumulados, determina, cito "...Las obligaciones estatales de respetar y garantizar (exigir) derechos requieren de entidades públicas competentes y, principalmente, de jueces y juezas imparciales e independientes para garantizar la tutela efectiva de derechos. Esta Corte, como se explicará más adelante, considera que la vía adecuada y eficaz para atender violación al derecho al acceso y disponibilidad de medicamentos es la acción de protección, sin que esto implique que las personas puedan utilizar vías administrativas u otras vías jurisdiccionales que consideren idóneas y eficaces, que sean disponibles...".

SEPTIMO: RESOLUCIÓN. -

Por el análisis y las consideraciones expuestas y en aplicación de los derechos de tutela judicial efectiva debido proceso, seguridad jurídica, verdad procesal, establecidos en los Arts. 8, 9, 23, 25 y 27 del COFJ, en vinculación directa con los art. 75, 76, 78 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; sin ser necesario referirse a otras constancias procesales, ya que de la revisión del proceso, así como de las intervenciones realizadas por los sujetos procesales durante la audiencia pública se ha podido evidenciar la violación de derechos constitucionales, por lo que SÍ cumple con los requisitos establecidos en los Art. 88 de nuestra Constitución y los Arts. 40; y, en concordancia con el Art. 41 numerales 1, de la Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional, por lo tanto este juzgador "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO

DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" dicta la presente sentencia y resuelve:

1.-DECLARAR CON LUGAR la acción de protección presentada por la ciudadana Alicia Margarita Echeverría Angulo.

2.- ORDENAR como medida reparadora que en el término de 03 días (al tiempo que fue dictada oralmente esta sentencia) se conformen el Comité Interno de Farmacoterapéutico del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, Médico Tratante, en conjunto con el delegado del Ministerio de Salud Pública y delegado del SERCOP, a efectos de que se entable las gestiones pertinentes y legales para la adquisición del medicamento POLATUZUMAN VEDOTINA con nombre comercial "POLIVY". Agotado los 03 días deberán presentar el informe de este

Comité, ante el organismo competente, efectos de que continúe con la gestión de compra o adquirente del medicamento en cuestión.

3.- DISPONER que en el término judicial de 15 días (al tiempo que fue dictada oralmente esta sentencia) se informe a este juzgador sobre el avance de la gestión de la adquisición del medicamento, que por emergencia se requiere.

4.- DISPONER como medida de no repetición, que a través de la Defensoría del Pueblo se dicten dos seminarios sobre derechos fundamentales en lo que respecta a trámites para la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamento básicos (CNMB), el cual debe dirigirse a los funcionarios de las Instituciones accionadas, esto es, Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social; Hospital De Especialidades Teodoro Maldonado Carbo; Y Ministerio De Salud Publica.

5.- DISPONER como medida de satisfacción que el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social (IESS); Hospital De Especialidades Teodoro Maldonado Carbo (HTMC); y, Ministerio De Salud Pública (MSP), ofrezcan disculpas públicas a la accionante/afectada señora Alicia Margarita Echeverría Angulo, a través de sus páginas web institucionales, por un tiempo de 30 días.

6.- DISPONER que la Defensoría del Pueblo cumpla en vigilar el cumplimiento de la decisión dictada en la presente sentencia.

Notifíquese de esta sentencia a todas las partes procesales a los correos y casillas que han sido señaladas para el efecto. En razón de la apelación efectuada de manera oral por los legitimados pasivos y de conformidad con lo estipulado en el Art. 24 de la LOGJCC, se acepta el recurso de

apelación, debiendo la secretaria del despacho remitir a la brevedad posible el presente expediente a los jueces superiores.

Forme parte de los autos el escrito de fecha 21 de marzo del 2024 presentado por el Mgs. Luis Caguana Mejia, coordinador general jurídico del Ministerio de Salud Pública, quien solicita se tenga ratificadas las gestiones de la Abg. Maria Moore Garcia en la audiencia llevada a cabo en este proceso; en atención al mismo téngase considerada como validadas las intervenciones de la antes mencionado abogada en representación del Ministerio de Salud Pública. Actúe la Abg. Evelyn Pachano Molina, Secretaria del despacho. Notifíquese y Cúmplase

VALVERDE GUEVARA JEAN DANIEL

JUEZA(PONENTE)