

Juicio No. 01204202200699 Nombre Litigante: COMITE NACIONAL VALUADOR. DRA. CONSUELO MENESES. DRA. MARIA GONZALEZ MORALES Y DR. RAYDELJORGE LEDESMA

satje.azuay@funcionjudicial.gob.ec <satje.azuay@funcionjudicial.gob.ec>

Vie 17/6/2022 15:11

Para: LUIS MIGUEL SAGNAY NOVILLO <luis.sagnay@iess.gob.ec>

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 01204202200699

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 01204202200699, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 175

Casillero Judicial Electrónico No: 0

Fecha de Notificación: 17 de junio de 2022

A: COMITE NACIONAL VALUADOR. DRA. CONSUELO MENESES. DRA. MARIA GONZALEZ MORALES Y DR. RAYDELJORGE LEDESMA

Dr / Ab:

**SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES
INFRACTORES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE AZUAY**

En el Juicio No. 01204202200699, hay lo siguiente:

VISTOS: El Juez de la Unidad de Familia, Niñez y Adolescencia, convertido en Juez constitucional, Dr. Juan Carlos Paz Mena, emite sentencia y **declara sin lugar la acción de protección** propuesta por el ciudadano **Cleber Gonzalo Calle Gómez** en contra del director General del IESS y la Comisión Valuadora del IESS.

En conocimiento de la Sala, convocamos a audiencia para escuchar a los sujetos procesales de acuerdo al art. 76.7 literal c) C.R.E. Luego el 29 de abril de 2022, el accionante por medio de su defensa técnica, presenta el desistimiento del recurso de apelación, el mismo que no fue aceptado por la Sala ya que el accionante nunca reconoció su desistimiento y además que no estamos en las circunstancias del art. 15.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LO.G.J.C.C) ya que no se trata del desistimiento de la acción, y se dispuso que se resuelve como lo señala el art. 24 ibídem por el mérito del expediente.

Una vez revisadas las constancias procesales, y con base en las alegaciones realizadas por los sujetos procesales constitucionales en aplicación del artículo 76 numeral 7) literal c de la Constitución (C.R.E.), cumpliendo con la obligación de motivar la decisión en aplicación de lo

dispuesto en el artículo 76 literal l), ibídem para resolver, se considera:

PRIMERO: De la Jurisdicción y Competencia.- El Primer Tribunal Fijo de la Sala de familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, , en razón del sorteo de ley se encuentra conformada por las Juezas, Dra. María Augusta Merchán Calle, Dra. Alexandra Vallejo Bazante y el Juez Dr. Mateo Ríos Cordero en calidad de Ponente, , tenemos jurisdicción y competencia para conocer y resolver el recurso de apelación de la sentencia de acción de protección al amparo de lo dispuesto en los artículos 167, 178.2, No. 3, inciso 2º del artículo 86 de la Constitución, en relación con el artículo 24 de la LOGJCC); y, 151, 159, 160.1.2 y 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDO: De la Validez del Proceso. - La demanda de acción de protección de derechos se ha sustanciado observándose las normas constitucionales previstas para las garantías jurisdiccionales que señala el artículo 86 literales a) y b) de la Constitución, del debido proceso y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin que se haya omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que, se declara su validez.

TERCERO: De las pretensiones y argumentos de los intervinientes en el proceso constitucional. -

4.1.- De los fundamentos expuestos por el accionante:

Relata en su demanda que desde el año 2000 fue diagnosticado de "*diabetes mellitus, no insulito dependiente*". Desde el 2017 es dependiente de la insulina. Que la enfermedad es crónica, degenerativa, incurable y progresiva.

Que la enfermedad ha desencadenado una serie de complicaciones en su salud física, afectando riñones, circulación, especialmente sus ojos, por la disminución progresiva de su visión, que en más de tres ocasiones ha sufrido accidentes de tránsito con dirección a su trabajo.

En el año 2017, le diagnosticaron **RETINOPATIA DIABETICA PROLIFERATIVA**, enfermedad ocular causada por la diabetes es grave que puede causar la pérdida de la visión total. Que se encuentra en la etapa más avanzada de la enfermedad ocular diabética, que produce que la retina comienza a desarrollar nuevos vasos sanguíneos, estos vasos nuevos son frágiles a menudo sangran hacia el vítreo, si sangran mucho bloquean toda la visión y el tejido cicatrizante y puede causar problemas con la macula o derivar en un desprendimiento de retina, lo cual le ha ocurrido en muchas ocasiones; siendo el más afectado su ojo izquierdo, pues 13 de marzo de 2019, pese a ser intervenido con la cirugía (vitrectomía) no fue exitosa, y jamás recuperó la visión, siendo diagnosticado **con CEGUERA2 DEL OJO IZQUIERDO, y HEMORRAGIA VITREA3** , patologías que evidencian el empeoramiento progresivo de su visión.

Los Especialistas en Oftalmología del IESS, han indicado que: "*no existe mejoría con tratamiento médico ni quirúrgico*", pues sus enfermedades son irreversibles e incurables, así consta expresamente en su Historia Clínica.

El Ministerio de Salud, mediante el correspondiente carnet del Ministerio de Salud Pública, ha calificado su **discapacidad visual en el 66%, considerada como grave**, por lo tanto, pertenece al grupo de atención prioritaria, tiene una protección constitucional reforzada, lo que obliga a la administración pública ante cualquier situación a valorar su situación de vulnerabilidad que en la especie jamás se consideró

Que, se desempeña como **Medico General de Primer Nivel de Atención del Seguro Campesino del IESS**, Dispensarios de Mayancela y Ochoa León. Su actividad laboral requieren de su visión para cumplir las tareas de su trabajo, que conforme el certificado de la Unidad de Talento Humana son: *"Brinda atención integral de salud a las personas con enfoque biológico, psicológico y social durante todas las etapas de su ciclo vital; Identifica, evalúa y trata problemas de salud de /os pacientes y su familia sin distinción de sexo, edad o problemas de salud; Ejecutar planes de promoción de salud y prevención de enfermedades en el marco propuesto en el modelo de atención integral al individuo familia y comunidad; Realizar visitas comunitarias, domiciliarias, cuidado y/o ingresos en el hogar e intrahospitalarias, urgencia y emergencias médicas; Aplica a su actividad profesional /os conocimientos docentes, investigativos y de dirección que respondan a las necesidades de la comunidad, familia e individuo; Realiza /as demás actividades requeridas por su inmediato superior dentro del ámbito de su acción".* Los Dispensarios del Seguro Social Campesino del Azuay, se encuentran distantes de la ciudad, teniendo que viajar un promedio de 45 minutos por vías rurales para llegar a /os mismos y riesgos de bioseguridad.

Dentro de sus funciones, debe revisar el Quipux, enviar informes de labores desde la computadora, llenar matrices, **hacer visitas domiciliarias a varios pacientes que no pueden asistir al Dispensario**, debiendo trasladarse en su propio vehículo a 30 o 45 minutos para llegar a las comunidades, por ello en el certificado de labores se menciona las largas distancias que debe conducir y los riesgos a los que está expuesto, los accidentes de tránsito han sido camino a su trabajo.

Que, ha solicitado su jubilación por invalidez por algunas ocasiones, en el año 2017 negaron su solicitud. Ahora con fecha 03 de diciembre de 2021 ha sido notificado otra vez con la negativa de la Comisión Valuadora, quienes han opinado que puede seguir realizando sus actividades como médico.

En la resolución de la CV, no se analiza su entorno laboral y como este influye afectando su salud, y lo que es peor empleando argumentos incompletos niegan la jubilación por invalidez.

Los informes de los Especialistas (Oftalmología), cumplen un papel fundamental, y es precisamente evitar la arbitrariedad en la decisión del órgano que resuelve, información previa que debe ser valorada y considerada por C.V, pues así lo exige la resolución CD 553, situación que en la especie nunca sucedió, violando el procedimiento reglado en la resolución en referencia, incurriendo en graves arbitrariedades ya que los médicos de la Comisión Valuadora no son oftalmólogos.

Su condición, afecta a su salud física y también emocional y mental, ya que los episodios de ceguera, han desencadenado temor, preocupación y ansiedad, siendo diagnosticado con TRASTORNOS DE PANICO, que con la ayuda del Psiquiatra ha salido adelante y TRASTORNO DEPRESIVO MAYOR MODERADO, ya que debe seguir trabajando, sabiendo que esos esfuerzos visuales constantes frente al computador, conducción de vehículo, estrés, pueden llevarle a la ceguera total.

4.1.1.- Derechos Vulnerados medidas de reparación. –

Derecho a la seguridad jurídica (art. 82 C.R.E.); derecho a la seguridad social (arts. 3.1, 367 al 371); derecho al debido proceso en la garantía de la motivación (art. 76.1 y 7 l) C.R.E); derecho a la vida digna (art. 66.2 C.R. E); protección a las personas de atención prioritaria (art. 35 C.R.E); derecho a la salud (art. 33 C.R.E).

Como medida de restitución, que el IESS, garantice el acceso a la jubilación por invalidez.

Como medida de rehabilitación, que el IESS, designe tratamiento para las aflicciones que han afectado su salud emocional e integridad psíquica.

Como medida de satisfacción, que el IESS, pida disculpas públicas en la página de la institución y redes sociales de la entidad.

Como medidas de reparación económica material e inmaterial, los gastos por la cirugía realizada el 7 de diciembre de 2021, gastos por la presentación de la acción de protección.

4.2.- De los fundamentos expuestos por la defensa de la institución accionada:

4.2.1.- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. -

Respecto a la jubilación por invalidez, se encuentra determinado en la Ley de Seguridad Social (arts. 186 inciso final, 4,5) se considera en estado de invalidez, el asegurado que, por enfermedad, por alteración física o mental, se hallará incapacitado para realizar las funciones propias de su labor.

La resolución No. 553 del IESS (arts. 3,13.2 inciso 3°), establece que solo el Comité Nacional Valuador, tiene competencia para determinar la invalidez de un trabajador, revisando el historial clínico y la labor que ejecuta el solicitante, también para determinar incapacidad permanente y absoluta. Las razones por la cual se concede la jubilación por invalidez; la invalidez es la situación por la que un empleado después de haber sido sometido a un tratamiento, **presenta lesiones definitivas, que le impiden realizar la actividad**, cuando se encuentra incapacitado por completo para el ejercicio de su labor; entendiéndose cuando la actividad es incapacitante para la actividad fundamental de su ocupación o profesión habitual.

El primer proceso de jubilación por invalidez fue en el año 2017 y mediante la resolución No. 2018-1816 f2, los Vocales indican que el paciente mantiene remanente visual en los dos ojos, por lo que no hay criterio de incapacidad y no procede la invalidez. Luego en la impugnación le respondieron que el paciente tiene diabetes pero que es controlado mediante tratamiento farmacológico y quirúrgico por lo cual se ratifica en que no está inválido para el trabajo, se negó a la jubilación por invalidez porque tiene un remanente visual que no le impide realizar sus actividades diarias.

El 22 de junio del 2021, **nueva solicitud de jubilación**, se hace la revisión por parte del Médico especialista que indica en su diagnóstico, que presenta ceguera en ojo izquierdo que limita a la conducción de vehículo, pero que no considera la jubilación por invalidez, por cuanto no se limita las condiciones para ejercer sus labores cotidianas. Luego de esto el Comité Nacional emite sus criterios técnicos y establece, el Vocal 1 contingencia oftalmológica con remanente en ojo derecho lo cual le permite un adecuado desempeño de sus funciones dado que la misma no demanda altos requerimientos visuales, Vocal 2 condición que le dificulta realizar actividades en alturas que ponen en riesgo su vida o la de terceros personas, así como visión de profundidad las mismas que no son inherentes pues no se sustenta su incapacidad laboral. La resolución cumple con la motivación conforme determina la Corte Constitucional. La resolución fue notificada pero no apelada.

Sobre el carnet de discapacidad, tiene una discapacidad grave del 66%, pero eso no quiere decir no porque una persona sea discapacitada considerada inválida para su trabajo, la discapacidad de

la edad la atención prioritaria le confiere ciertos beneficios tributarios, circunstancias especiales, pero ello trabajar puedo tener 100% de discapacidad pero de trabajar no estoy inválido, para realizar un trabajo hay por ejemplo algunos funcionarios públicos de la Función Judicial que son discapacitados pero no por ello no trabajan.

Sobre las funciones que realiza el hoy accionante, con certificación de fecha 14 de febrero del 2022 quién dice lo siguiente: Realiza visitas domiciliarias, realiza actividades de promoción de salud, temas de bioseguridad, brinda atención médica preventiva, realizar reportes de COVID 19, asiste a talleres de promoción en ningún momento indica que su actividad de trabajo es manejar, claro que existe un certificado pero si usted revisa el certificado que consta de autos, no está dentro del listado de actividades, medición que actualmente de fundamento porque él hoy accionante actualmente trabaja en Mayancela y tiene su domicilio en los condominios de Bemani que están a una distancia aproximada de 6 minutos, son vías de primer orden. También adjunto el Evan que es un formato mediante el cual se evalúa los funcionarios públicos, que dice que el accionante realiza visitas domiciliarias en el año 2021, de enero a diciembre a realizó un total de 205 visitas, realiza actividades de promoción de salud dando un total de 49 al año, realiza dos informes al año, realiza reportes de COVID que hasta el momento no ha realizado ninguno, estas actividades **demuestran que no se requiere de un sobre esfuerzo visual** por parte del accionante.

Sobre los accidentes de tránsito que ha sufrido, corresponden exactamente a los años 2014 y 2016, se ha revisado el RUC del accionante pudiendo establecer que tenía actividades privadas, entonces para ir al Seguro Campesino si tengo problemas de visión, pero para realizar actividades de manera privada no las tengo, lo cual genera una controversia y una situación que llama la atención.

Respecto a la afectación psicológica, el certificado no establece cuál sería esta supuesta afectación, indica que el IESS habría vulnerado un derecho en la atención de la salud del compareciente, pero es de resaltar y hacer conocer a su autoridad que cuando el accionante tuvo una situación de una operación se hizo el debido proceso y por parte del IESS se le delego a un prestador del servicio de salud en la ciudad de Quito.

Termina solicitando que se declara sin lugar la presente acción de protección.

4.2.2.- Intervenciones del Comité Nacional Valuador. –

a). - Doctora Consuelo Meneses, en su calidad de Presidenta de la Sala 1 del Comité Nacional Valuador. No es lo mismo la solicitud de jubilación por invalidez, que jubilación por discapacidad, ya que no entra en un criterio técnico evaluador la discapacidad que es una condición que tiene una persona por una enfermedad o una condición física mental o de salud que se produzca que pueda afectar en su actividad en la vida diaria conducir, caminar, conversar, comer, vestir, etcétera.

La invalidez es transmitida por enfermedades que no sean laborables es decir enfermedades comunes están reguladas en la resolución No. 553 que es el reglamento de jubilación por invalidez que está anclado el artículo 186 de la Ley de Seguridad Social **se** refiere a la condición producida por una enfermedad que ocasiona limitaciones temporales o definitivas para actividades laborables, y no son cualquier actividad corresponde a la actividad específica que realiza una persona.

La defensa técnica confunde, no están diciendo que son todas las actividades está señalando que el profesional médico accionante que es un médico general de dispensario urbano del Seguro Social Campesino, **por lo tanto su actividad fundamental es atender pacientes en consulta**

externa no es un profesional de cirugía, no es un profesional de emergencias que sutura tampoco es un profesional especialista oftalmólogo u otorrinolaringólogo para que se pretenda señalar aquí, que su actividad fundamental es el examen de especialidad que se dice aquí. No es chofer ni utiliza los aparatos médicos que se han señalado ni suturas heridas. Por tanto, el accionante no cumple con los requisitos para lo que viene solicitando **por cuánto tiene un remanente visual con él que puede trabajar para las actividades fundamentales que él realiza y por tanto no se encuentra incapacitado para realizar las mismas.**

b). - Doctora María Concepción González, Vocal 1 del Comité Nacional Valuador.

Cuando nosotros procedemos a evaluar el caso el sistema del IESS cuenta con una historia clínica única en la cual se plasma todo lo que tiene que ver a la evaluación de un paciente a nivel médico, si uno puede encontrar en este historial consultas de cualquier fecha y de cualquier tipo de especialidad, cuando nosotros comenzamos a evaluar este paciente, nos encontramos que la primera consulta de oftalmología era de fecha primero de noviembre del 2017, en la cual el especialista menciona que el paciente tenía una agudeza visual sin corrección en el ojo derecho 20/100 en el ojo izquierdo 20/80 tenía una agudeza visual en el ojo derecho que usando lentes no mejoraba, también especialista refiere que el paciente tenía una catarata pero que podría mejorar con el debido tratamiento quirúrgico, **por lo que el Comité indica de que su condición no es incapacitante para laborar y que aún era susceptible de tratamiento quirúrgico, razón por la cual se niega la solicitud de jubilación por invalidez presentada por el accionante.**

En abril del 2019 el accionante acude a una nueva consulta en la cual el especialista que lo atiende, **indica que tiene una agudeza visual con corrección en ojo derecho en 20/30 y en el ojo izquierdo 20/70** lo cual denota una mejoría importante en la agudeza visual del accionante. Cuando se produce una evaluación en el año 2021 nos encontramos con 3 consultas subsecuentes de oftalmología en las cuales cada una presenta diferentes resultados en cuanto a sus agudezas visuales, la primera de abril del 2021 no se refiere que tiene una agudeza visual con corrección ojo derecho 20/20 o sea completamente normal, después una consulta de oftalmología del 15 de julio en la cual el especialista que lo revisa indica que tiene una agudeza visual sin corrección en el ojo derecho **20/200 lo cual es considerado ceguera en el ojo izquierdo** indica que tiene un movimiento de manos de la cara, o sea solo de abril a Julio hay 3 meses y en ese tiempo se pierde totalmente la agudeza visual del accionante, y en una consulta del 30 de agosto del 2021 nos encontramos que otro especialista describe que el accionante tiene una agudeza visual sin presión en el ojo derecho 20/50 que mejora con corrección 20/30 lo cual se considera como apta para poder ejercer sus funciones como médico **y en el ojo izquierdo si se presenta una ceguera** pero el paciente presenta un remanente visual adecuado para poder cumplir con sus funciones, razón por la cual fue debidamente negada la solicitud por parte del comité nacional valuador.

SEXTO: Análisis de la Sala^[1].

6.1.- La acción de protección es un recurso constitucional sencillo y rápido que se presenta ante los jueces o juezas "constitucionales" para amparar a las personas de actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales o particulares que amenacen o violen sus derechos y por lo tanto se adopten las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral de aquel o aquellos derechos vulnerados, brindar protección oportuna o evitar daños que podrían ser irreversibles.

Deducir una acción constitucional implica el cumplimiento de ciertos requisitos conforme los artículos 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y

esto con el único afán de no desnaturalizar la garantía jurisdiccional^[2], en donde es imperativa y obligatoria la aplicación para el juzgador o juzgadora, dado que es inexorable, considerar si [la acción constitucional] reúne los requisitos o de lo contrario es improcedente, debiendo sostener que aquel análisis debe ser exhaustivo, en relación a lo que implica la protección de derechos y no evadir o evitar el conocimiento de fondo con análisis impertinentes y fuera del contexto de lo que significa una garantía jurisdiccional.

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto a la acción de protección ha dicho en su sentencia **No. 016-13-SEP-CC** "(...) que procede cuando se verifique una real vulneración de los derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si, por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria (...)"

Para resolver la acción de protección, además debemos considerar la regla jurisprudencial vinculante, que ha desarrollado la Corte Constitucional del Ecuador en el precedente No. 001-16-PJO-CC:

"...1. 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..."

Entonces estamos obligados como jueces constitucionales a verificar adecuadamente si las vulneraciones alegadas les corresponden a un derecho o derechos constitucionales, es decir, si la vulneración del derecho evidentemente afectó el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado, para lo cual debemos observar el contenido del art. 11.9 C.R.E. que establece que el más alto deber del Estado, consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

6.2.- Hechos relevantes demostrados:

En el proceso que analizamos, tenemos los siguientes hechos inobjetables, el accionante, Dr. Clever Gonzalo Calle González de **62 años de edad**. En su estado de salud física presenta "**diabetes mellitus, no insulito dependiente**" y como consecuencia "Retinopatía diabética", en el presente caso con afección de los dos ojos con pérdida de visión y ceguera en el ojo izquierdo. En su salud mental tiene como diagnóstico **trastornos de pánico y depresivo moderado**; el primero con tratamiento desde el 06 de agosto de 2020 y el otro desde el 5 de enero de 2022, cuales no quedan duda que están relacionados con su estado de salud física. Además, tiene una **discapacidad visual con un porcentaje del 66%** con un grado de discapacidad grave.

6.2.1.- El Diagnóstico de **Retinopatía diabética** lo encontramos a lo largo de la historia clínica del IESS (fs. 8 a 16), sin que haya variado o mejorado dicha realidad, ya que tiene ceguera en su ojo izquierdo y en el otro ojo disminución visual. Así tenemos lo siguiente:

a.1.- El 01 de noviembre de 2017, la **oftalmóloga**, Dra. Liliana Francisca Calle Luna, respecto al diagnóstico describe, retinopatía diabética, catarata diabética, visión subnormal de ambos ojos

"(...) Como consecuencia de esta condición de salud, el paciente presenta disminución significativa de la visión de ambos ojos, recibió tratamiento con fotocoagulación con laser en ambos ojos, presenta una campimetría fuera de límites, con una discapacidad visual del 80%, que no mejora con lentes ni con cirugía por lo que el pronóstico es reservado.

El paciente se desempeña como médico de familia en el Centro de Salud perteneciente a Gualaceo, pero por la enfermedad de base y las lesiones que presenta en ambos ojos, le dificulta a seguir realizando sus actividades diarias por lo que le sugiero la jubilación por invalidez (...)

a.2.- Luego el 28 de marzo de 2019, otra **oftalmóloga** Dra. Marisa Arcos, escribe como diagnóstico definitivo "1.-H353 Otros trastornos de la retina: degeneración de la macula y del polo posterior del ojo. 2.- H360 Trastornos de la retina en enfermedades clasificadas en otra parte / RETINOPATIA DIABETICA" (fs. 9).

La misma profesional en oftalmología, en fecha 10 de abril de 2019, confirma una vez más el diagnóstico H360 Trastornos de la retina en enfermedades clasificadas en otra parte / RETINOPATIA DIABETICA" (fs. 9 vta.).

a.3.- El accionante al acudir a valoración médica para jubilación por invalidez, obtiene el mismo diagnóstico, pero con diferentes conclusiones:

En fecha 30 de agosto de 2021 (fs. 11 vta.) el **oftalmólogo**, médico Morell Zuleta René de Lorenzo, escribe como diagnóstico definitivo:

"1.- H360 Trastornos de la retina en enfermedades clasificadas en otra parte / RETINOPATIA DIABETICA.2.- H431 Trastornos del cuerpo vítreo: hemorragia del vítreo". 3.- Ceguera y deficiencia visual (binocular o monocular): ceguera monocular"

En las observaciones generales, tenemos, *"...Paciente con ceguera de ojo izquierdo que le limita para conducción de vehículos por alteración de la visión binocular"*

El 22 de octubre de 2021, la Dra. Rosa Andrea Llivicura Rodríguez médica **general** (fs. 12 vta.), respecto al diagnóstico una vez más confirma

"1.- H360 Trastornos de la retina en enfermedades clasificadas en otra parte / RETINOPATIA DIABETICA.2.- H431 Trastornos del cuerpo vítreo"

A pesar del diagnóstico, la recomendación fue que **"no considere la jubilación por invalidez, por cuanto la contingencia del afiliado no le limita para ejercer su actividad actual"** (fs. 13) (lo resaltado nos pertenece).

a.4.- Esta última recomendación es observada por los miembros de la Comisión Nacional quienes consideran:

"VOCAL 1: *"...CONTINGENCIA OFTALMOLOGICA CON REMANENTE VISUAL EN OJO DERECHO, CONDICION QUE LE PERMITE UN ADECUADO DESEMPEÑO DE LA ACTIVIDAD LABORAL DECLARADA DADO QUE LA MISMA NO DEMANDA ALTOS REQUERIMIENTOS VISUALES (...)* **VOCAL 2...** *PACIENTE CON CEGUERA MONOCULAR DE OJO IZQUIERDO, PERO CON ADECUADO*

REMANENTE VISUAL DE OJO DERECHO, CONDICIÓN QUE LE DIFICULTA REALIZAR ACTIVIDADES EN ALTURA QUE PONGA EN RIESGO SU VIDA O LA DE TERCERAS PERSONAS ASI COMO VISION DE PROFUNDIDAD, LAS MISMAS QUE NO SON INHERENTES A SU PROFESION, POR LO QUE NO SE SUSTENTA INCAPACIDAD LABORAL POR ESTA CAUSA (...) **VOCAL 3** (...) CONDICION QUE LE DIFICULTA REALIZAR ACTIVIDADES EN ALTURAS QUE PONGAN EN RIESGO SU VIDA O LA DE TERCERAS PERSONAS ASI COMO VISION DE PROFUNDIDAD, LAS MISMAS QUE NO SON INHERENTES A SU PROFESION, POR LO QUE NO SE SUSTENTA INCAPACIDAD LABORAL POR ESTA CAUSA..." (fs. 144 vta y 146).

Con fecha Quito, 3 de diciembre de 2021 la Sala 1 del Comité Nacional Valuador resuelve:

"De conformidad al análisis de la Sala 1 del CNV se trata de un solicitante de 62 años de edad, desde hace 10 años labora como médico general del Seguro Social Campesino, calificado por segunda solicitud de jubilación por invalidez, primera negada hace 3 años por la misma contingencia, retinopatía diabética, con pérdida de visión del ojo izquierdo hace 2 años, y remanente visual del ojo derecho, agudeza visual con corrección de ese ojo 20/30, y reducción concéntrica del campo visual, que de acuerdo a la evaluación de oftalmología se encuentra limitado para labores que requieran visión de profundidad y conducción de vehículos, que no implica su actividad laboral, toda vez que de acuerdo al certificado médico realiza labores de promoción y atención de salud en dispensario de dicho Seguro. Contingencia oftalmológica no incapacitante para la labor que realiza, mantiene remanente visual del ojo derecho; con estos antecedentes, se niega la prestación solicitada por no cumplir con los criterios establecidos en el artículo 13, numerales 2; incisos 2 y 3 de la Resolución No. C.D. 553 que contiene el Reglamento para la calificación, determinación y revisión de la jubilación por invalidez y del subsidio por incapacidad, expedida el 8 de junio de 2017, que expresamente señala: "ART. 13 **De la solicitud de calificación de subsidio transitorio por incapacidad, y jubilación por invalidez.** Las solicitudes de subsidio transitorio por incapacidad jubilación, y por invalidez deberán seguir el siguiente trámite: 2. El medico calificador de incapacidad revisará el estado de salud del paciente, elaborará la historia clínica o la analizará y actualizará, para efectos de la concesión de la prestación de subsidio transitorio elaborará la historia clínica o la analizará y actualizará, para efectos de la concesión de la prestación de subsidio transitorio por incapacidad y de la jubilación por invalidez del Seguro General de Invalidez, Vejez y Muerte, se considerará las enfermedades comunes o generales que cumplan con los siguientes criterios: (...) Inc 2 Que haya recibido tratamiento previamente y no obstante de este haya quedado una secuela o falta de respuesta al tratamiento; Inc. 3 **Que sea incapacitante para su actividad fundamental de su ocupación o profesión habitual;** (...)". Por éstas consideraciones, esta autoridad administrativa RESUELVE NEGAR la solicitud de jubilación por invalidez del señor **CALLE GOMEZ CLEVER GONZALO...**"

En torno a estas circunstancias debemos resolver como Juez y Juezas Constitucionales si la negativa de la COMITE NACIONAL VALUADOR del IESS, que tiene sustento en un acto administrativo, esto es la Resolución No. IESS-CNV-2021-9347-S1 que se encuentra sujeto a un control de legalidad jurisdiccional puede ser restrictiva de derechos fundamentales para entonces ser conocida en jurisdicción constitucional. Para lo cual vamos a analizarla los siguientes derechos constitucionales.

SÉPTIMO. - Derechos Vulnerados. -

7.1.- Derecho a la Seguridad Social:

7.1.1.- Normativa sobre la seguridad social. -

Tras la adopción del estado constitucional de derecho (Constitución de la República de 2008) la actividad estatal conforme los planes nacionales de buen vivir de los años 2009-2013; 2013-2017; y, 2017-2021; ha desarrollado una nueva propuesta de desarrollo apostando a situar al ser humano y a la naturaleza en el centro de la gestión pública, priorizando, como resultado, que se garanticen plenamente los derechos de hombres, mujeres, niños, jóvenes y adultos mayores, para construir una sociedad motivada por la diversidad y las relaciones armónicas.

De manera general, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante O.I.T) ha definido el derecho a la seguridad social como *"(...) la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso [al sistema de pensiones], en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia"*.

La Corte IDH en su desarrollo jurisprudencial ha considerado que para identificar los derechos derivados del Art. 26 de la Convención Americana de Derechos del Hombre en relación al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (entre ellos la seguridad social) debemos remitirnos a la lectura de la CARTA DE LA OEA, la que en su Art. 3.j) al señala que *"la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera"*; artículo "45.b) el trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar"; Art. 45."h) el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo"; conforman el bloque constitucional supranacional por el que los Estados convienen en dedicar esfuerzos a la aplicación de ciertos principios y mecanismos, entre ellos el "h) desarrollo de una política eficiente de seguridad social".

La Corte IDH, sostiene además que: *"...En particular, de los distintos enunciados se deduce que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas"*. (Caso Muelle Flores Vs. Perú).

Asimismo, el artículo XVI de la DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE permite identificar el derecho a la seguridad social al referir que toda persona tiene derecho *"a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia"*. De igual manera, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador establece que *"1) [t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. (...)"*

En el ámbito universal, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que *"toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la Cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad"*. De igual forma, el artículo 25

destaca que *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado [...] y a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"*. Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también reconoce "el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social" (Sentencia (ANCEJUB-SUNAT vs. PERÚ. Sentencia de 21 de noviembre de 2019))

Con este *corpus iuris internacional* la Corte IDH determinó que el derecho a la seguridad social está reconocido tanto en la "Organización Internacional del Trabajo como *"...la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso al sistema de pensiones, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia"*.

De igual forma, la Observación General No. 19 del Comité DESC ha establecido como elementos fundamentales de la seguridad social:

a) Disponibilidad: El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, con independencia de que esté compuesto de uno o varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. ***Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz.***

b) Riesgos e imprevistos sociales: debe abarcar nueve ramas principales a saber: i) atención en salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi) prestaciones familiares; vii) maternidad; viii) discapacidad, y ix) sobrevivientes y huérfanos.

c) Nivel suficiente: las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden.

d) Accesibilidad: la cual a su vez incluye: i) cobertura: todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, sin discriminación. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos; ii) condiciones: las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes; iii) asequibilidad: si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos; iv) participación e información: los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema. ***El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente,*** y v) acceso físico: las prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, y hacer las cotizaciones cuando corresponda.

e) Relación con otros derechos: el derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales.

Recogiendo toda esta normativa internacional nuestra Constitución en el Art. 34 considera a la seguridad social como un *derecho irrenunciable; deber y responsabilidad primordial del Estado; que se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación*. Al que además lo considera como un derecho de libertad a través del cual se efectiviza una vida digna (Art. 66.2); cuyo desarrollo es de competencia exclusiva del Estado Central a través del régimen del buen vivir cuyo sistema nacional de inclusión y equidad social entendido como "...el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo..." (Art. 340 CRE) es el encargado de direccionar la política pública.

El órgano responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley con capacidad legislativa propia.

7.1.2.- Adecuación al caso concreto. -

Ha sido necesario el repaso de la normativa nacional y supranacional, para dejar claro que la seguridad social es un derecho con reconocimiento universal, que se erige como uno de los derechos del buen vivir, que la justicia y la seguridad social son base de la paz duradera, que las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes, que dentro de las contingencias ha ser atendidas por la seguridad social, se encuentra la **invalidéz**, la cual en el presente caso debió ser tratada y entendida **desde la enfermedad del accionante y su discapacidad**, no por referirnos a las discapacidad decimos que la jubilación es por discapacidad, lo que debió haber considerado el IESS es la atención preferente de una persona con discapacidad.

Ahora bien, existe un hecho incontrovertible a lo largo del desarrollo profesional del accionante, Dr. Clever Gonzalo Calle Gómez en sus labores diarias para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, consistente en el deterioro de su salud visual a consecuencia del padecimiento de una enfermedad degenerativa como es la DIABETES MELLITUS con consecuencias degenerativas diagnosticadas como RETINOPATIA DIABETICA PROLIFERATIVA, lo que incluso a determinado en trastornos de pánico y depresión, además de su discapacidad demostrada del 66%, lo que en conjunto a no dudarle impiden realizar las actividades de **médico general de primer nivel de atención**.

Respecto a las actividades que desarrolla el accionante, como médico general de primer nivel para el seguro social campesino, debemos tener en cuenta que el accionante con fecha **22 de junio de 2021**^[3] presenta su nueva solicitud de jubilación por invalidez y mediante certificación suscrita por Wendy Palacios Reinoso, Responsable de la Unidad de Talento Humano Seguro Social Campesino del Azuay (fs. 5), documento que no fue objetado por el IESS.

Dicha certificación que data de fecha 19 de julio de 2021, informa lo siguiente:

Que el accionante "(...) *labora en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la Coordinación Provincial del Seguro Social Campesino del Azuay, en calidad de MEDICO/A GENERAL DE PRIMER*

NIVEL DE ATENCIÓN, desde el 01 de octubre del 2012 hasta la presente fecha, cumple 8 horas de trabajo, en el horario de 07:30 a 16:00 de Lunes a Viernes en los dispensarios Mayancela y Ochoa León, brindado atención primaria en salud (...)"

" (...) con las siguientes actividades: Brinda atención integral a las personas con enfoque biológico y social durante todas las etapas de su ciclo vital. Identifica evalúa y trata problemas de salud del individuo y su familia sin distinción de sexo, edad o problema de salud. Ejecuta planes de promoción de la salud y prevención de enfermedades en el marco propuesto en el modelo de atención integral al individuo familia y comunidad. Realiza visitas comunitarias, domiciliarias, cuidado y/o ingresos en el hogar e intrahospitalarias, urgencias y emergencias médicas. Aplica a su actividad profesional los conocimientos docentes, investigativos y de dirección, que respondan a las necesidades de la comunidad, familia e individuo...(...)"

De acuerdo a las actividades descritas, atención integral, identificar evaluar y tratar problemas de salud, planes de promoción de salud, urgencias y emergencias, visitas comunitarias, no hay duda alguna que se necesitan el contacto directo y visual en cada una de dichas actividades. Nos preguntamos, un médico con ceguera legal del ojo izquierdo, con dificultad visual en el ojo derecho, calificado con un grado de discapacidad grave visual del 66%, puede brindar un servicio de salud de calidad, eficiencia, eficacia, como lo exige el art. 32 C.R.E., a las personas de la comunidad y sus familias. La respuesta es no, por estar imposibilitado de realizar dichas actividades por su condición de salud descrita. La relación médica/paciente es un vínculo estrecho, que nace del conocimiento personal y de la confianza que se prolonga con el médico a través de los años, así como de los actos médicos realizados en la atención al paciente como auscultar, revisar, **ver al paciente**^[4], no entendemos cómo puede hacerlo el accionante.

Para el derecho penal, el actuar médico es "(...) el ejercicio de una actividad, que está ubicada entre las que son imprescindibles para conservar la vida humana (...)"^[5], entonces los actos médicos pueden acarrear responsabilidad penal, por no observar el deber objetivo de cuidado, que para explicarlo de manera sencilla, diremos es el deber de diligencia ante una situación de riesgo o peligrosa, cómo el accionante puede cumplir aquel deber objetivo de cuidado en casos de urgencias, emergencias o cualquier otra situación que presente un paciente en la atención médica a la que está obligado en brindar ya que debe identificar, evaluar y tratar problemas de salud. El Código Orgánico Integral Penal, tipifica conductas como el homicidio culposo (art. 146 COIP) o lesiones (art. 152 inciso 2° COIP) que se derivan de inobservar el deber objetivo de cuidado, por lo tanto, la Comisión Valuadora, debió proteger no solo al médico que no puede realizar sus actividades de médico, sino también de los pacientes para contar con un profesional de la salud que cumpla con el deber objetivo de cuidado y la aplicación del lex artis, que son las reglas del arte del médico, que si bien no se encuentran escritas, son técnicas de aplicación del conocimiento cuyo progreso es permanente, lo cual no podemos exigirle a quien lo que desea es jubilarse.

Ahora bien, por parte de la institución accionada, se pretende mediante un certificado de fecha 14 de febrero del 2022 (fs. 185), confundir a la autoridad judicial y hacer creer que el accionante no cumple las funciones de **médico general de primer nivel de atención**, funciones que las hemos revisado en líneas precedentes y que las funciones que se encuentran en dicho certificado el accionante sí las puede realizar, esas son: "(...) Realiza visitas domiciliarias. Realiza actividades de promoción de salud. Realiza entrega de informes a tiempo y de forma adecuada. Aplica normas de bioseguridad. **Refiere a pacientes a niveles de mayor complejidad**. Brinda atención médica preventiva. Asiste a taller de promoción de salud. Realiza reportes de COVID 19. Elabora de

diagnóstico participativo comunitario (...)". Pero la institución en su afán de confundir, no consideró que referir o enviar a pacientes a niveles de mayor complejidad, necesitan la revisión del paciente, la aplicación del *lex artis* y del deber objetivo de cuidado del médico como lo hemos explicado anteriormente.

Pero, además, la Comisión Valuadora, por medio de los vocales médicos no consideró, a pesar que contaba en la historia clínica, que 2 profesionales en oftalmología Dra. Lilibiana Francisca Calle Luna en el año 2017 y luego el Dr. Morell Zuleta René de Lorenzo el 30 de agosto de 2021, opinaron la primera que no podía realizar sus actividades de médico y el segundo que no puede conducir el vehículo, lo que una vez demuestra que desde el 2017 tenía dificultades para realizar actividades y posterior en el año 2021 no pude conducir su vehículo, fácil es inferir que avanza la enfermedad de la diabetes mellitus y que a pesar de las intervenciones médicas, su condición de salud se encuentra disminuida y por lo tanto le impiden su capacidad laboral, como lo hemos explicado anteriormente. Lo que hizo la Comisión Valuadora, es dar su criterio normativo cuando lo que debía es evaluar lo que dicen los especialistas y la propia realidad del accionante, no limitarse a decir que el accionante pueda seguir realizando sus tareas.

7.2.- Derecho a la salud en relación con la seguridad social:

Para analizar el derecho a la salud, es necesario, tener en cuenta el preámbulo de la constitución de la Organización Mundial de la Salud:

"(...) la salud se define como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades"

Al revisar el ordenamiento constitucional, sobre el derecho a la salud tenemos el artículo 32^[6] de la Constitución:

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

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

La salud, por lo tanto, es un derecho de orden constitucional que debe ser garantizado y resguardado por el Estado, que se encuentra vinculado con otros derechos como el agua, alimentación, seguridad social, vida digna, etc., lo que involucra el acceso a la prestación de servicios hospitalarios, al diagnóstico, tratamiento de las enfermedades, la provisión de medicinas **y acceder a una jubilación por su estado de salud**, todo aquello se traduce en una atención integral del derecho a la salud.

En ese orden de ideas, el accionante tiene el derecho a que el Estado le asegure su derecho a la salud, a través de una prestación del contingente de jubilación por invalidez de conformidad con el art. 3 de la Ley de Seguridad Social, ya que como lo hemos analizado después de haber sido sometido a tratamiento, presenta lesiones definitivas que le impide realizar cualquier actividad

como médico tratante que es su nombramiento. Su estado de salud "diabetes millitus" lo ha llevado a la ceguera de su ojo izquierdo, perdida de visibilidad significativa de su ojo derecho e incapacidad visual del 66%, entonces lo que necesita el accionante es acceder a su jubilación por invalidez para buscar llegar a un nivel más alto de salud a pesar de que su enfermedad es progresiva, pues como lo hemos visto, aparte de la realidad de su salud física, se encuentra afectado en su salud psicológica.

7.3.- Derecho a la Vida digna. -

La valoración individual y social de las personas y el ejercicio de sus derechos, radica en el principio de la dignidad humana, siendo el hecho de existir como ser humano la base y sustento para dicho principio, debido a que es intangible, intrínseco e inherente al individuo, consagrando así su valor esencial con respecto a los demás en condiciones de igualdad y armonía social.

Este principio se constituye en el fundamento de los derechos humanos universales, sirve para justificar el ejercicio pleno de los derechos de manera generalizada, este no debe ser sistematizado para ciertos grupos sociales, que dejen en desventaja a otros, pues, se entiende que la dignidad humana pertenece a todos los seres humanos, por el simple hecho de existir. La vida digna, irradia el desarrollo de otros derechos, en la presente causa los derechos a la salud, seguridad social, igualdad, sin que esto signifique que dejemos de lado otros derechos constitucionales, como la nutrición, agua potable, vivienda, etc., hoy lo hacemos de manera particular con los derechos a la salud en sus distintos componentes, y seguridad social.

Bajo este espectro de protección, al remitirnos a la ley superior, específicamente, lo dispuesto en el artículo 11 numeral 7, se materializa a la dignidad humana como principio que viabiliza el ejercicio de los derechos, determinando que todos los principios que surgen del ordenamiento jurídico nacional e internacional de protección de derechos humanos, no podrán excluirse a los derechos que derivan de la dignidad de las personas.

Entonces, el principio de la dignidad humana juega un papel relevante en la fundamentación del derecho a la salud. En la especie, la vida digna, al igual que el derecho a la salud, se encuentran afectados, es necesario partir de la consideración del accionante en relación a su situación de discapacidad debidamente calificada por el órgano rector de la salud pública, al considerar que la misma bordea el 66%; lo cual conlleva a un análisis de la casuística por parte de la administración pública bajo una perspectiva de protección integral y tuitiva acorde a lo señalado en la norma constitucional en su Art. 47 de la CRE numeral 5 que señala como obligación del Estado garantizar a las personas con discapacidad:

"(...)El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas (...)"

No cabe duda que el accionante se incorporó al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como médico para prestar servicios de atención médica "...apropiada desde el punto de vista científico y médico, así

como también ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas..." (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 14 disfrute del

más alto nivel posible de salud (art. 12), párr. 12)

Participación inicial del accionante en el sector de la salud pública que en el transcurso de su proyecto de vida se viera alterada por la presencia de una enfermedad como la DIABETES MELLITUS cuyo deterioro progresivo conllevó un diagnóstico en el año 2017 de RETINOPATIA DIABETICA PROLIFERATIVA, que debió llamar la atención del empleador público IESS en relación con las medidas determinadas en el Art. 48 numeral 5 de la CRE, en tanto determinar:

"...El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia..."

A través de su unidad de Talento Humano, y en este punto debió centrarse la prueba de la institución demandada, en tanto demostrar al juez constitucional como la actuación administrativa en relación con la situación propia del accionante CLEVER GONZALO CALLE GOMEZ y el progresivo deterioro de su salud era atendido en condiciones prioritarias; mas lo que el Tribunal analiza es una serie de pronunciamientos médicos de la Comisión Valuadora que en esencia no responden a un criterio humano tuitivo.

La pérdida de visión afecta gravemente la calidad de vida del accionante ya que su grado de participación en la prestación del servicio público de salud se ve deteriorada generándole estados de depresión y ansiedad ante la imposibilidad de cumplir con las funciones detalladas en el certificado constante de fs. 185; las que además conllevan actividades de traslado fuera del dispensario sujetas a eventualidades no prevenidas por el accionante que comportan situaciones de riesgo para su integridad así como elaboración de diagnósticos participativos comunitarios y de medicina preventiva.

Por su parte la Corte Constitucional ha considerado que "*(...)entre las medidas que las instituciones del Estado deben adoptar para la protección de las personas con discapacidad se encuentran aquellas que permitan lograr y mantener la máxima independencia de la persona con discapacidad (...)*" (Sentencia No. 1504-19-JP/21)

Esta máxima independencia ha sido la que ha motivado al accionante a pedir por dos ocasiones se considere su condición para la calificación de invalidez que le de paso para su independencia laboral a través de una prestación jubilar por invalidez; sin tener una respuesta efectiva; ahondando más la situación de depresión y ansiedad del accionante que ha sido debidamente corroborada con los certificados médicos acompañados; es decir, su estado de situación de salud se ha deteriorado en relación con su condición de vida digna.

En este contexto, el Tribunal considera que la resolución emitida por la Sala 1 del Comité Nacional Valuador integrada por los doctores María del Consuelo Meneses Moreno, María Concepción González Morales y Raydel Jorge Ledesma es constitucionalmente lesiva del derecho a una vida digna del accionante CLEVER GONZALO CALLE GOMEZ; toda vez que los parámetros expuestos "*...que de acuerdo a la evaluación de oftalmología se encuentra limitado para labores que requieran visión de profundidad y conducción de vehículos, que no implica su actividad laboral, toda vez que de acuerdo al certificado médico realiza labores de promoción y atención de salud en dispensario de dicho Seguro. Contingencia oftalmológica no incapacitante para la labor que realiza, mantiene remanente visual del ojo derecho; con estos antecedentes, se niega la prestación solicitada por no cumplir con los criterios establecidos en el artículo 13, numerales 2; incisos 2 y 3*

de la Resolución No. C.D. 553..."; no se sujetan a la realidad fáctica en la que se desenvuelve el accionante como lo ha percibido este Tribunal con el simple análisis del certificado constante de fs. 185, toda vez que el accionante ha sido sometido a tratamientos médicos e incluso procedimientos quirúrgicos previos los que en nada han beneficiado su estado de salud y que ha puesto en riesgo su integridad al tener que realizar actividades fuera de su lugar de trabajo.

No cabe duda, sin ser expertos en el área medica pero de la constatación procesal se tiene que el estado de salud del accionante CLEVER GONZALO CALLE GOMEZ con el transcurso del tiempo va deteriorándose sin existir tratamiento médico ni quirúrgico preventivo o definitivo que le proporcione independencia en el ejercicio de sus actividades como funcionario público dedicado a la prestación de salud pública; lo cual también transgrede a lo dispuesto en el Art. 4 y 5 del Código Orgánico Administrativo en relación con la eficiencia y calidad de la prestación del servicio público de salud en el área del Seguro Campesino por parte del IESS.

7.4.- Derecho a la atención prioritaria a las personas con discapacidad. -

En el caso que examinamos, además tenemos la vulneración de los derechos de trato prioritario de la persona con discapacidad contenidos en la Constitución y Ley Orgánica de Discapacidades.

El art. 35 C.R.E., reconoce que las personas adultas mayores, **con discapacidad**, en situación de riesgo, entre otras, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

El art. 58. 7 C.R.E, con relación a las personas con discapacidad, establece que el Estado debe tomar medidas que aseguren *"La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad"*

La Corte Constitucional del Ecuador en el caso No. 889-20-JP sobre la atención prioritaria ha dicho:

"La atención prioritaria significa que, entre varias personas usuarias, quienes están en situación de vulnerabilidad tienen derecho a ser atendidas con preferencia. Entre varias personas que tienen derecho a recibir cualquier tipo de atención, las personas enumeradas en el artículo 35 de la Constitución tienen derecho de precedencia frente al resto"

En el caso de del accionante, esa atención prioritaria a una persona con un grado de discapacidad visual grave con un porcentaje del 66% fue incumplida, precisamente por la resolución de fecha 03 de diciembre de 2021 que la Comisión Valuadora niega la jubilación por invalidez, pues aquella respuesta que dio el IESS vulneraron los derechos constitucionales de la persona con discapacidad a gozar de su derecho a la jubilación.

En definitiva, el IESS, no garantizó de forma adecuada y eficiente el derecho del titular de derechos a recibir una atención prioritaria en los servicios públicos.

OCTAVO: Reparación Integral. -

En cumplimiento del 86 numeral 3, primer inciso de la Constitución de la República, una vez que se ha establecido en la presente acción de protección, la existencia de vulneración al derecho al trabajo y a la igualdad, debemos determinar qué medidas de reparación integral resultan más apropiadas para alcanzar una efectiva protección de los derechos vulnerados [Art. 86 de la C.R.E.- *Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: (...) 3. (...) La*

jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse (...)”].

Al respecto, la Corte Constitucional, al interpretar el contenido del artículo 11, numeral 9, segundo inciso de la Norma Suprema, se refirió a la reparación integral en los siguientes términos: *“En la Constitución del año 2008 se establece a la reparación integral como un derecho y un principio, por medio del cual las personas cuyos derechos han sido afectados, reciben por parte del Estado todas las medidas necesarias, a fin de que se efectúe el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de dicha vulneración”* [Corte Constitucional, sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso N.0 1773-11-EP].

Continuando con el argumento de la reparación integral, debemos remitirnos al pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia publicada en la Gaceta Constitucional 013, de número 146-14-SEP, que sobre el tema dice: *(...).....En este contexto, la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos. De esta forma, se logra que las garantías constitucionales no sean vistas como simples mecanismos judiciales, sino como verdaderos instrumentos con que cuentan todas las personas para obtener del Estado una protección integral de sus derechos. Ante ello, los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de la persona. De esta forma, los operadores de justicia deben asumir un rol activo a la hora de resolver una garantía constitucional, buscando los medios más eficaces de reparación que cada caso requiera, sin que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sea aplicada de forma restrictiva para ello, puesto que si bien su objetivo es determinar las posibles formas de reparación integral, estas no se agotan en las dispuestas en los artículos 18 y 19, debido a que la amplia variedad de derechos constitucionales implica que su vulneración pueda efectuarse de diversas formas, y por ende generar variadas consecuencias que requieran de reparaciones adicionales a las determinadas en la Ley (...)*”.

Estos son los fundamentos que la Sala utiliza para desarrollar la reparación integral.

NOVENO. - Por lo expuesto, este Primer Tribunal Fijo de la Sala de Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores, de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resolvimos:

Declara la vulneración de los derechos constitucionales **a la seguridad social, salud en relación con la seguridad social, vida digna y la atención prioritaria a las personas con discapacidad.**

Revocar la sentencia dictada por el Juez A quo.

Como reparación integral:

- La primera medida de reparación, constituye la presente decisión con la motivación sobre la violación de los derechos constitucionales.
- Por cuanto la resolución No. IESSCNV-2021-9347S1 de fecha 3 de diciembre de 2021, suscrito por el Comité Valuador, conforme el art. 424 de la Constitución de la República, es contraria a los principios y normas constitucionales carece de eficacia jurídica, por tanto, se la declara ineficaz y no surtirá efecto alguno.
- El pago inmediato por parte del IEES de la prestación de jubilación por invalidez desde el 3 de diciembre de 2021, fecha que fue negada la jubilación por invalidez, sin que esto implica afectar la remuneración mensual unificada recibida en estos meses, ya que es otra forma de reparación.
- Como medida de Reparación material y por no dar por parte del IEES, las respuestas adecuadas, oportunas, motivadas en cumplimiento de los derechos humanos alegados y declarados vulnerados, el pago de mil dólares a favor del titular de los derechos constitucionales.
- Para el seguimiento de lo dispuesto en esta resolución, se oficiará a la Defensoría del Pueblo, para que, a través del funcionario correspondiente, supervise e informe sobre el cumplimiento de la sentencia, todo lo cual tanto la defensoría como la parte accionante en un plazo no mayor a los quince días deberán indicar el cumplimiento de esta decisión.
- Como medida de no repetición se dispone que se publique en la página WEB del IEES la presente sentencia.

De conformidad con el artículo 86. 5 de la Constitución y artículo 25 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, remítase copias a la Corte Constitucional para su conocimiento y eventual selección y revisión. Notifíquese y Cúmplase.

1. [^] En este punto es preciso hacer referencia a la Sentencia No. 224-16-SEP-CC / 0346-12-EP que sobre la actuación judicial refiere lo siguiente: "En el modelo constitucional adoptado, el juez adquiere un rol protagónico en tanto debe velar por la eficiencia de los derechos consagrados en la Constitución de la República. Al respecto, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 102-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0380-10-EP, determinó que: En este punto sobra recordar que la nueva corriente del constitucionalismo, en la que el Ecuador está inmerso, cuestiona la posición del juez como un simple "director del proceso" o espectador, pues mira al juzgador avocado al activismo judicial en miras de precautelar los derechos constitucionales, cumplimiento (sic) un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento."
2. [^] Sentencia No. 001-16-PJO-CC. neutraliza la posibilidad de que la acción de protección sea interpretada como una garantía de carácter residual, así: "(...) la acción de protección se erige en el mecanismo judicial adecuado y eficaz para resolver sobre el derecho constitucional vulnerado. Lo cual trae como consecuencia que cualquier otro mecanismo en la vía constitucional o en la justicia ordinaria se convertiría en una vía ineficaz para resolver sobre el

derecho conculcado, pues se trata de un acto u omisión que lesiona arbitraria, ilegítima y manifiestamente la dimensión ius fundamental de un derecho consagrado en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (...) Así pues, esta garantía constitucional se erigiría en un mecanismo residual que provocaría la ordinarización de la justicia constitucional, ya que al perder su aptitud para proteger los derechos de manera directa y eficaz, se convertiría en una simple parte del todo que compone la justicia ordinaria, contraviniendo el carácter supremo de la Constitución, al vulnerar el contenido del artículo 88 de su texto, que considera a la acción de protección como el mecanismo idóneo para lograr el amparo directo y eficaz de los derechos consagrados en la Constitución.”.

3. ^ Fecha que consta en el numeral 4° de los antecedentes de la Resolución No. IESS-CNV-2021-9347-SI de 3 de diciembre de 2021.
4. ^ Dentro de los parámetros del Juramento Hipocrático tenemos lo siguiente “ **Dirigir el tratamiento con los ojos puestos en la recuperación del paciente, en la medida de mis fuerzas y de mi juicio, y abstenerme de toda maldad y daño**”
5. ^ Cfr. TERRAGNI MARCO ANTONIO, “El delito culposo en la praxis médica”, Editores Rubinzal-Culzoni 2003, pág. 29.
6. ^ El derecho a la salud considerado dentro de los derechos del buen vivir o llamados también derechos sociales, se garantiza a través de políticas públicas y el acceso efectivo a programas, acciones, servicios de promoción y atención integral de salud. Las políticas públicas las encontramos en los artículos 358 al 366 de la Constitución. El derecho a la salud está también normado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que son parte del ordenamiento jurídico interno del Ecuador. así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

f: RIOS CORDERO ESTEBAN MATEO, JUEZ PROVINCIAL; VALLEJO BAZANTE BLANCA ALEXANDRA, JUEZA PROVINCIAL; MERCHAN CALLE MARIA AUGUSTA, JUEZA PROVINCIAL

Lo que comunica a usted para los fines de ley.

PADRON CORREA VIVIANA PATRICIA
SECRETARIA

Link para descarga de documentos.

[Descarga documentos](#)

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirige y no puede ser usada, reproducida o divulgada

por otras personas.

Si usted no es el destinatario de este mail, le rogamos se sirva eliminarlo.

***** UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN *****

