

Proceso
Sentencia.

De: <satje.manabi@funcionjudicial.gob.ec>
Para: <procdpmanabi@iess.gob.ec>

Fecha: Lunes, 29 de octubre de 2018 15:23
Asunto: Juicio No: 13283201801304 Nombre Litigante: INSTITUTO ECUATORIANO SEGURO SOCIAL IESS

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 13283201801304

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 13283201801304, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1
Casillero Judicial No: 0
Casillero Judicial Electrónico No: 0
Fecha de Notificación: 29 de octubre de 2018
A: INSTITUTO ECUATORIANO SEGURO SOCIAL IESS
Dr / Ab:

SALA DE FMNA DE LA CORTE PROVINCIAL DE MANABI

En el Juicio No. 13283201801304, hay lo siguiente:

Portoviejo, lunes 29 de octubre del 2018, las 15h03, VISTOS.- No. -2018-01304.- Mediante sorteo de Ley llega a conocimiento de este Tribunal de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincia de Justicia de Manabí la presente Acción de Protección propuesta por el Abogado Jonás Vespaciano Obregón Meza, en su calidad de Coordinador General Defensorial Zonal 4 de la Defensoría del Pueblo del Ecuador; Abogado Ruben Pavón Pérez y Sergio Luis Gutiérrez G Servidores de la Defensoría del Pueblo, indicando que la persona afectada corresponde a los nombres de Jose Alexander Vargas Barcia, de cédula de ciudadanía 1316007689, domiciliado en el sitio "Bravo Chico" del Cantón Chone, Provincia de Manabí, de estado civil soltero, de ocupación estudiante, acción constitucional de protección dirigida en contra de las siguientes personas: Ab. Carlos Alberto Vallejo Burneo, en su calidad de Director General del IESS o quien ocupe dicho cargo; la Ministra de Salud Pública, Dra. Verónica Espinoza Serrano; y, el Procurador General del Estado, a través de su Director Regional Ab. Jaime Robles Cedeño. PRIMERO.- INTEGRACION DEL TRIBUNAL Y COMPETENCIA.- El Tribunal Constitucional está integrado por los señores Jueces: Dr. Marco Vinicio Ochoa Maldonado, Juez Ponente; Ab. Carlos Zambrano Navarrete y Ab. Magno Intriago Mejía quien asume la titularidad de Juez de esta Sala mediante acción de personal N°4205-DNTH-2018_MG de fecha 05/09/2018, Tribunal que debidamente integrado es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto en la presente Acción de Protección, conforme a lo preceptuado en el segundo inciso del numeral 3 del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- Se declara la validez procesal por cuanto de autos no aparece que se haya omitido solemnidades de las

determinadas en el Art. 86 numeral 3 inciso segundo de la Constitución de la República y en el Art. 24, 43 y 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **TERCERO.- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTACION DEL DERECHO PRESUNTAMENTE VIOLADO.-** Manifiesta en el texto de su acción constitucional el Señor Coordinador General Defensorial Zonal 4 de la Defensoría del Pueblo del Ecuador: ".comparecemos con la finalidad de obtener la protección y tutela del derecho a la salud, seguridad social, integridad personal del ciudadano José Alexander Vargas Barcia, quien desde hace aproximadamente 1 año 7 meses, padece de LINFOMA DE NO HODGKIN TIPO ESCLEROSIS NODULAR, con síntomas B, quien es beneficiario del Seguro Social Campesino, ya que su abuela Juana Yolanda Barcia Rodríguez, de cédula de ciudadanía N° 130645636-7, es afiliada a dicho seguro; teniendo, por ende, derecho a que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le brinde atención médica integral, lo que implica el suministro oportuno de los medicamentos que le prescriban sus médicos tratantes, necesarios para tratamiento de su enfermedad catastrófica. Debido a su enfermedad, fue transferido por medio del IESS al Hospital de SOLCA, el 08 de noviembre de 2016, tal como consta en el historial clínico N° 299848 (notas de evolución - hospital SOLCA Portoviejo), facilitado por esta institución, presentando un cuadro de fiebre de 4 meses de evolución más adenopatías, pérdida de peso, sudoración nocturna y tos; encontrando ante exploración, paquete ganglionar en la región cervical duro adherido a las paredes posteriores y planos profundos no doloroso de superficie irregular. Por indicación del médico tratante Dr. Richard Geovanny Cedeño Mera, se le realizó una biopsia incisional de conglomerado supraclavicular derecho, diagnosticando con fecha 15 de noviembre de 2016, Linfoma Hodgkin, esto es un tipo de cáncer catalogado como enfermedad catastrófica, por lo que el equipo de Oncohematología decide iniciar el tratamiento con quimioterapia. Posteriormente se le realizan dos ciclos de esquema OEPA, finalizados los cuales se realizó una evaluación de la enfermedad con pet scan en el que se objetiva nueva progresión de la misma por lo que recibe tratamiento de tercera línea con esquema ESHAP. El día 12 de enero de 2018, se le realiza estudio PET-CT que evidencia progresión de la enfermedad tumoral nodal supra diafragmática por lo que se decide realizar RTP (radioterapia) ante la imposibilidad a otras terapias y tiempo de premura, que culmina el día 26 de marzo de 2018, realizándosele a continuación nueva evaluación con PET SCAN y evidenciando progresión de la enfermedad. Con fecha 11 de mayo de 2018, el referido médico tratante, ante la finalización de la RTP y evidencia de progresión de la enfermedad tumoral metabólicamente activa, nodal supra e infra diafragmática y extra nodal, ósea, decide, como textualmente reza a pág. 208 del historial clínico detallado ut supra "(...) derivación a su centro IESS para buscar la posibilidad de recibir tratamiento con anti-cd30 en vista de que no está en el CNB y no existe en nuestro hospital, en el entre tanto ofrecemos tratamiento de sostén con gencitabina mas vinorelbine (tampoco esta en CNMB y no hay en SOLCA Portoviejo) y dexemetasona". Acto seguido Usía, SOLCA Manabí realizó la contra transferencia al IESS, por ser ésta la línea de tratamiento luego de la evolución progresiva de su padecimiento, a fin de que gestione ante la Coordinación de Salud Zonal No. 4 la dotación del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, puesto que la normativa emitida por el Ministerio de Salud Pública no permite a esta institución la adquisición o suministro de medicamentos que no consten en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos (CNMB). Con fecha 18 de mayo de 2018, mediante transferencia Nro. 0501, la Dra. Tania Espinales Castro, Coordinadora Provincial de Prestaciones del Seguro Social De Manabí, solicita al Dr. Fausto Bernardo Heredia Villacreses, Coordinador Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud IESS - GUAYAS, se atienda la petición realizada por el médico tratante del IESS Portoviejo-SOLCA Manabí, la misma que fue rechazada, indicándole verbalmente a su señora madre, Verónica María Vargas Barcia, de cédula de ciudadanía No. 131128494-5, que el medicamento no está en el cuadro nacional básico y que no es razón para derivar el paciente y lo reenvían a SOLCA, "sin considerar la evolución de su enfermedad". Ante esta respuesta desfavorable y considerando que el joven José Alexander Vargas Barcia tiene derecho al acceso gratuito a medicamentos, por ser una persona con enfermedad catastrófica, conforme lo consagra el Art. 50 de la Constitución de la República del Ecuador, acudió a la Defensoría del Pueblo

con la finalidad que se tutelen sus derechos, se atienda su requerimiento y no se interrumpa su tratamiento integral, lo que ha ocasionado malestares en su salud. En virtud de ello, procedimos a dar inicio a la investigación defensorial N° 6194-2018, al Representante Legal del SOLCA Manabí que dentro del término de cinco días: 1) Informe sobre el tratamiento médico integral que estaba recibiendo José Alexander Vargas Barcia, para el tratamiento de su enfermedad catastrófica, debiéndose identificar los medicamentos que le habían sido prescritos y suministrados para para dicho efecto; 2) Remita copia certificada de su historial clínico, respecto a dicha enfermedad, el cual se ha expuesto en líneas anteriores; 3) Informe sobre la prescripción del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN para su tratamiento médico integral, debiéndose indicar la fecha de prescripción del mismo y si en el CNMB existe o no alguna otra alternativa efectiva de medicamento; 4) Informe si han realizado trámite administrativo alguno para la adquisición de tal medicamento o derivado al IESS para que tal entidad adquiera el mismo. En caso de haber realizado algún tipo de trámite administrativo, proporcionar copias certificadas del mismo; 5) Indique las razones médicas o administrativas por las cuales no se le ha suministrado de manera gratuita dicho medicamento al peticionario, conforme lo prescrito por su médico tratante. De igual manera se le solicitó al Representante Legal del Instituto Ecuatoriano de seguridad social que dentro del término de cinco días nos informe lo siguiente: 1) sobre el trámite dado para atender el requerimiento de suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN a José Alexander Vargas Barcia, para el tratamiento de su enfermedad; 2) Nos informe si han procedido al suministro del medicamento a José Alexander Vargas Barcia. En caso de no haberse suministrado el mismo, se le solicitó que dentro de dicho termino informe las razones por las cuales no han procedido a tal suministro, ello considerando que el peticionario es una persona que atención especializada, prioritaria y gratuita, conforme a los Arts. 35 y 50 de la Constitución de la República del Ecuador. Dentro del término concedido, el Dr. José Bosco Barbarán Mera, representante legal del SOLCA Portoviejo, contesta nuestro requerimiento deslindando cualquier tipo de responsabilidad de su representada, puesto que como textualmente manifiesta en lo principal: "mi representada ha cumplido por los procedimientos administrativos a efectos de dotar el medicamento descrito en su providencia al paciente señor José Alexander Vargas Barcia, que aqueja de LINFOMA DE NO HODGKIN TIPO ESCLEROSIS NODULAR III B CON SINTOMAS B a efectos como se indica en los documentos que aparejo se realizó la CONTRA TRANSFERENCIA al IESS por ser la línea de tratamiento que continua después de la evolución progresiva de su enfermedad con la finalidad de que gestione ante la Coordinación de Salud zonal No. 4 la dotación del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, por cuanto la normativa dictada emitida por el MSP no permite la adquisición de medicamentos que no consten en el cuadro nacional de medicamentos básicos (CNMB), (...)". Pese del término concedido, no hemos obtenido respuesta del Representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, hecho que evidencia la omisión del IESS de proceder en garantía de los derechos del afectado, ya que hasta la presente fecha se le suministra el medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, que el médico tratante le ha prescrito, a cuyo suministro tiene derecho conforme a la normativa nacional e internacional de derechos humanos que a continuación de manera argumentada y fundamentada se expone, que se relaciona con el derecho a la salud, a la seguridad social, derechos de las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria, derecho a la integridad física y a la vida. Como referencia vale decir que de acuerdo a la información presentada por varias Organizaciones Salud que se detallan ut infra, dedicadas a la investigación, tratamiento, difusión de información y prevención del cáncer a nivel mundial, apreciamos que: El linfoma no Hodgkin es una enfermedad en la cual se forman células cancerosas dentro del sistema linfático y empiezan a crecer de forma descontrolada. Existen varios tipos de linfomas. Algunos contienen un tipo de células linfoides (denominadas "células de Reed Stenberg") y se agrupan bajo el nombre de linfoma de Hodgkin. Todas las demás formas de linfoma pertenecen al grupo de no Hodgkin. Las distintas formas de linfoma no Hodgkin se caracterizan por el crecimiento maligno de los "linfocitos" (un tipo de glóbulos blancos), que se alojan en los ganglios linfáticos. Después del diagnóstico de linfoma no Hodgkin,

los médicos tratarán de averiguar si se ha propagado y si es así, a qué distancia. Este proceso se llama estadificación (o determinación de la etapa). La etapa (estadio) de un cáncer describe cuánto cáncer hay en el cuerpo, y ayuda a saber qué tan grave es el cáncer, así como la manera de tratarlo. Los médicos también utilizan la etapa del cáncer cuando hablan sobre las estadísticas de supervivencia. Las etapas (estadios) por lo general se clasifican con números romanos del I al IV (1-4). A los linfomas en etapa limitada (I o II) que afectan a un órgano que está fuera del sistema linfático (un órgano extraganglionar) se les agrega la letra E (por ejemplo, etapa IIE). Existen 4 tratamientos principales para el LNH: Quimioterapia; Radioterapia; Inmunoterapia, como anticuerpos monoclonales, inhibidores de control inmunológico y células T con CAR; Terapia dirigida con medicamentos más nuevos que bloquean determinadas funciones de la célula del linfoma. En ocasiones, el médico y el paciente pueden considerar una cirugía o el trasplante de células madre. A menudo, los pacientes reciben una combinación de estos tratamientos. Si los tratamientos estándar dejan de ser eficaces en el tratamiento del LNH o el linfoma vuelve a aparecer dentro de los 6 meses posteriores al tratamiento estándar, se denomina LNH refractario. La elección del tratamiento para el LNH refractario depende de 4 factores: Dónde se encuentra el cáncer; El subtipo de linfoma; El tipo de tratamiento administrado previamente; La salud general del paciente. Para el LNH, los anticuerpos monoclonales constituyen la forma principal de terapia usada en el plan de tratamiento. Un anticuerpo monoclonal reconoce una específica y se une a esta, pero no afecta las células que no tienen esa proteína. La brentuximab vedotina es otro tipo de anticuerpo monoclonal, denominado conjugado fármacos con anticuerpos. Los conjugados de fármacos con anticuerpos se unen a los objetivos en las células cancerosas y, luego, liberan una pequeña cantidad de quimioterapia u otras toxinas directamente en el tumor. La brentuximab vedotina se aprobó en 2011 para el tratamiento del linfoma anaplásico sistémico de células grandes en pacientes que no se beneficiaron de, al menos, 1 tipo de quimioterapia. El medicamento también se aprobó para pacientes con linfoma de Hodgkin que no se beneficiaron del trasplante de células madre o que no pudieron someterse a un trasplante de células madre. En la actualidad, se está investigando sobre otros anticuerpos monoclonales más nuevos para el linfoma. Como se ha visto su Señoría, el LINFOMA NO HODGKIN, es un tipo de cáncer de la sangre, poco común y que se desarrolla en el sistema linfático que es parte del sistema inmunológico, este tipo de cáncer afecta a ciertos tipo de linfocitos, como los B en el presente caso, que se convierten en cancerosos y se agrupan en las glándulas linfáticas del cuerpo. Así, la información citada, observamos que las principales técnicas empleadas en los pacientes diagnosticados con esta enfermedad, de acuerdo a su progreso (estadio), son la quimioterapia, la radioterapia y la inmunoterapia. El BRENTUXIMAB VEDOTIN, medicamento que interfiere con el crecimiento y propagación de las células cancerosas, se utiliza como parte de la inmunoterapia y se administra luego de haber probado sin éxito otros tratamientos, como en el caso que nos ocupa, siendo en la línea del tratamiento médico del Sr. José Alexander Vargas Barcia, lo hoy recomendado por su médico tratante de SOLCA ante el estado refractario de su linfoma. IV.- Derechos constitucionales que están siendo vulnerados por la autoridad pública.- El Ecuador de acuerdo al Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lo que implantó un cambio radical en lo que a tratamiento de derechos humanos se refiere. Propiamente, las obligaciones estatales de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos se han constituido en el principio y fin del accionar estatal; tanto así, que en el Art. 3 numeral 1 de la CRE se establece como uno de los deberes primordiales del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. Es por ello que en el numeral 3 del artículo 11 de la CRE se ordena que "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de

parte"; y, en su artículo 424 se establece que la Constitución es la norma suprema y en su 426, se repite el enunciado de que las autoridades administrativas o judiciales están en la obligación de aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. a) Derechos de las personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria-Protección especial en salud: En la Constitución de la República del Ecuador se consagra que: "Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad." "Art. 50.- El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente." Al respecto la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia N° T-239-15, ha señalado que: "las personas que padecen de cáncer, por tratarse de una enfermedad que tiene un gran impacto negativo en su salud y su vida digna, gozan de una protección especial y reforzada de su derecho a la salud, convirtiendo en indispensable la prestación del servicio de manera integral, brindándole todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones. En el mismo sentido, el derecho al diagnóstico adquiere una relevancia especial al tratarse de personas afectadas por la mencionada enfermedad." De igual manera, en la sentencia T-381/16 esta Corte señala: "Para la Sala la acción de tutela resulta procedente en los casos en los cuales el actor es una persona diagnosticada con cáncer, por el impacto que dicha enfermedad tiene en la salud y vida, y porque la suspensión, demora en la entrega o cambio del medicamento o retraso irreversible en la orden para el tratamiento o cirugía puede suponer un deterioro irremediable e irreversible de la salud e incluso la muerte de quienes sufren enfermedades catastróficas, de ahí que exigirle agotar un trámite judicial ordinario para la reclamación podría suponer un riesgo para la vida." "El principio de continuidad tiene como objeto proteger el derecho de los usuarios a recibir el medicamento o tratamiento en las condiciones y tiempo señaladas por el médico tratante y que cualquier cambio en la prescripción médica les sea informado. Al respecto, esta Corporación ha señalado que "Tal obligación se encuentra asociada con el principio de eficiencia, "previsto en el artículo 48 de la Constitución política, y que ha sido concebido por la jurisprudencia constitucional como "la disposición del sistema para conseguir la plena realización de los fines asignados al sistema social". En la sentencia T-314 de 2015 se dijo: que en materia de prestación de la atención en salud, los usuarios gozan de la garantía de no interrupción del tratamiento médico iniciado. Esta es la faceta de continuidad del derecho fundamental a la salud. A propósito, en el apartado [4.4.6.4.] de la sentencia T-760 de 2008, [3] La Corte sostuvo que todos los usuarios del Sistema Público de Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran (medicamentos, procedimiento o exámenes) en la cantidad ordenada por el médico tratante, con la calidad necesaria para el restablecimiento de su salud, y sin que existan interrupciones injustificadas en el suministro". Ello notablemente se refiere a la atención oportuna e integral que se les debe brindar a las personas que adolecen de enfermedades catastróficas, como el cáncer, y a las repercusiones que implica la no continuidad del tratamiento o la demora del suministro de los medicamentos prescritos por los médicos tratantes. El no suministro oportuno del medicamento conlleva consecuencias en muchos casos irreparables. Son aquellas consecuencias que queremos evitar y lograr curarnos o llevar una vida digna con la enfermedad. b) Derecho a la salud y beneficios de la seguridad social. Respecto al derecho a la salud, en el artículo 32 de la Constitución se ha establecido que: "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.". Nuestra Corte Constitucional en la sentencia N° 364-16-SEP-CC, CASO N° 1470-14-EP, pagina 28, ha señalado respecto a este derecho, que: "... el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud. De igual forma, el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. Por tanto, resulta necesario que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud." (El resaltado me pertenece). Como se puede apreciar a continuación, este derecho también se encuentra reconocido en la normativa internacional de derechos humanos, así en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 11 se ha establecido: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 10 se señala: "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado...". En el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se establece que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."; concomitantemente, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce el derecho a la salud física y mental, estableciéndose en su literal d) del numeral 2do como medida que deben adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho: "La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En desarrollo al contenido del derecho a la salud, en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud-Art, 12", el Comité ha indicado que: "I. 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". Nótese que no solo se ha

reconocido este derecho, sino que se ha impuesto la obligación al Estado que adopte políticas e instrumentos jurídicos concretos que desarrollen, garanticen y protejan al mismo. Al respecto, en el Art. 359 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador se ha establecido lo siguiente: "Art. 358.- El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional. Art. 359.- El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social. 360.- El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad. Art. 361.- El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios. Art. 363.- El Estado será responsable de: ...7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales...". Se trata de un derecho en el que es fácil identificar su interdependencia con otros derechos (Art. 11 numeral 6 de la CRE). He aquí donde se vincula también al derecho a la seguridad social previsto en el Art. 34 de la CRE y Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya que este derecho incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, sin discriminación, con el fin de obtener protección entre otras cosas, en contra de los gastos excesivos de atención de salud, por lo cual la cobertura que se le brinde debe ser integral. De esta manera en la CRE se ha establecido: "Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. (...). Art. 370.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.". Respecto a este derecho en la Observación General N° 19, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "El derecho a la Seguridad Social", ha manifestado que: "A. Elementos del derecho a la a la seguridad social 10. Si bien los elementos del derecho a la seguridad social pueden variar según las diferentes condiciones, hay una serie de factores fundamentales que se aplican en todas las circunstancias, según se indica a continuación. Al interpretar estos aspectos, debe tenerse presente que conviene considerar la seguridad social como un bien y no principalmente como un mero instrumento de política económica o financiera. 1. Disponibilidad - sistema

de seguridad social 11. El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, compuesto ya sea 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. Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho. 2. Riesgos e imprevistos sociales 12. El sistema de seguridad social debe abarcar las siguientes nueve ramas principales seguridad social. a) Atención de salud. 13. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud. En los casos en que el sistema de salud prevé planes privados o mixtos, estos deben ser asequibles de conformidad con los elementos esenciales enunciados en la presente observación general. El Comité señala la especial importancia del derecho a la seguridad social en el contexto de las enfermedades endémicas como el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo, y la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas. b) Enfermedad. 14. Deben proporcionarse prestaciones en efectivo durante los períodos de pérdidas de ingresos a las personas imposibilitadas de trabajar por razones de salud. Los períodos prolongados de enfermedad deben dar derecho a percibir prestaciones de invalidez." Como apreciarse el Estado ecuatoriano es responsable de brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución, como en el presente caso; además, es responsable de garantizar la disponibilidad y acceso a los medicamentos de calidad, seguros y eficaces. Obligación que en el presente caso la cumplir el IESS, entidad que debe garantizar la plena realización de la enfermedad catastrófica del joven José Alexander Vargas Barcia. Derecho que bajo ningún concepto puede ser interpretado de manera restrictiva, sino de manera amplia, de modo tal que a través de la atención médica brindada se garantice efectivamente su salud, y a través de este se protejan otros derechos como son vida (vida digna) y la integridad física. Debiéndose manifestar que el medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN fue prescrito por su médico tratante del Hospital de SOLCA, es decir, la decisión de suministro de dicho medicamento no es una decisión unilateral del afectado, sino que es una decisión de los médicos que conocen a fondo su caso y virtud de ello, con la finalidad de garantizar su salud y vida, decidieron cuál era el tratamiento más idóneo. Nuestra Corte Constitucional en la sentencia N° 364-16-SEP-CC, CASO N° 1470-14-EP, que versa sobre un caso de falta de prescripción o suministro de medicamentos que forman parte del tratamiento integral de salud a una persona que adolece de una enfermedad de alta complejidad, VIH, ha dado un paso enorme al dictar la siguiente jurisprudencia vinculante: "...5. Esta Corte Constitucional, en aplicación de su atribución para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, emite las siguientes reglas a ser observadas por parte de los órganos jurisdiccionales que conocen garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales: ...5.2. Cuando la jueza o juez conozca una garantía jurisdiccional constitucional con fundamento en un patrón fáctico similar al presente caso; esto es, en el que se haya demostrado la falta de prescripción o suministro de un medicamento antirretroviral a una persona portadora de VIH, que forma parte de su tratamiento médico integral por parte de un centro de la red pública de salud, debido a causas ajenas a las estrictamente médicas, deberá declarar la vulneración del derecho constitucional a la salud." La Corte Constitucional ecuatoriana ha reconocido que la prescripción y suministro de medicamentos a personas que adolecen de enfermedades de alta complejidad (y por ende es extensivo a las personas que adolecen de enfermedades catastróficas en razón de la normativa constitucional- Art. 50 CRE), debe ser integral, oportuno, continuo, no pudiendo estar sujeta tal prescripción o suministro a cuestiones que no sean las estrictamente médicas, esto, porque la Corte comprendió que el profesional que sabe tratamiento médico es el profesional de la salud, quienes han analizado profundamente el caso del paciente y en razón de ello han prescrito o suministrado determinado medicamento. Además, la Corte Constitucional, en su sentencia No. 074-16-SIS-CC, del 12 de diciembre de 2016, desarrolla también el

estándar del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud con elementos como el acceso a las medicinas y el derecho a intentar, en conexidad con otros derechos como la vida e integridad personal. En ese orden de ideas, se apoya en el criterio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en sus sentencias No. T-418-11 y No. T-057-15. Corte Constitucional del Ecuador cita el precedente de la Corte Constitucional colombiana en los siguientes términos: "[...] este Organismo comparte el criterio en la sentencia No. T-418-11 dictada por la Corte Constitucional de Colombia, en lo referente a que: [...] el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro (...) si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se afectada la salud, la integralidad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentren efectivamente disponibles en el mercado[...]. Así también, este Organismo comparte lo manifestado por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia No. T-057-15, en lo referente al derecho "innominado" "a intentar", en tanto lo relacionó con la debida observancia y garantía de vigencia del derecho a la salud, así como con el respeto de la dignidad humana. [...]. El derecho a intentar ha sido objeto de recientes desarrollos legislativos en cinco Estados de la Unión Americana (Colorado, Montana, Missouri, Arizona y Luisiana) y cuenta con algunos fallos judiciales (...). En esencia, se trata de que se agoten todas las posibilidades científicas existentes, incluso de carácter experimental (...) para los casos desesperados en los cuales no parece existir otra opción, bien sea de recuperación o de evitar un inminente fallecimiento del paciente. Se trata, en consecuencia, de "situaciones límite". En este orden de ideas, esta Corte Constitucional es enfática en señalar la obligación constitucional que tiene el Estado por intermedio de sus instituciones de realizar toda gestión necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos por el constituyente, incluyéndose entre estos el de intentar, toda vez que conforme lo manifestado en párrafos precedentes guarda estrecha relación el derecho a la salud así como también con el respeto a la dignidad humana." Como ha quedado sustentado, el suministro de medicamentos solo puede estar condicionado a cuestiones estrictamente médicas, determinadas así por el o los médicos tratantes, incluso si éstos no cuentan con registro sanitario. Debiendo el Estado por intermedio de sus instituciones de realizar toda gestión necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos por el constituyente, incluyéndose entre estos el de intentar, toda vez que conforme lo manifestado en párrafos precedentes guarda estrecha relación el derecho a la salud así como también con el respeto a la dignidad humana." Por lo cual, la no realización de trámite administrativo alguno para la importación, adquisición y suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN se constituye en una evidente vulneración a su derecho a la salud, a la seguridad social y se constituye en una amenaza a su derecho a la integridad física y vida. c) Derecho a la vida e integridad física. No obstante que se tratan de dos derechos diferentes, se hace referencia a ellos en conjunto por el inminente riesgo de resultar afectados por la vulneración al derecho a la salud. Estos derechos están previstos en el Art. 66 numerales 2 y 3 de la CRE, respectivamente. En el ámbito internacional el derecho a la vida ha sido reconocido en el Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De igual manera, el derecho a la integridad personal (psíquica y moral), ha sido reconocido en la Carta Internacional de Derechos Humanos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 7 PIDCP y Art. 5 CADH), siendo la finalidad de este derecho el proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. Para las personas que adolecen de una enfermedad catastrófica o de alta complejidad, sea VIH o cáncer, inminentemente está en peligro su integridad física o su vida, ya que se ven afectadas por el no suministro de los medicamentos que son necesarios para el tratamiento de tales enfermedades. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, de fecha 01 de septiembre de 2015, respecto a las afectaciones a persona por la falta de atención médica adecuada, ha manifestado: "171. En lo que respecta a la relación

del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana¹⁹⁶, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención¹⁹⁷. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación (...). Es imprescindible que se garanticen oportunamente estos derechos humanos, de tal modo que mi delicada salud y derechos en cuestión no resulten más violados y amenazados. V.- Vía idónea, eficaz y apropiada para la protección y tutela de los derechos de personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria. De acuerdo a lo previsto en el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Acción de Protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, pudiendo interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial. El Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en su numeral 1, establece que la acción de protección procede contra "1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, o anule su goce o ejercicio.". La Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia N° 115-14-SEP-CC, caso N° 1683-12-EP, respecto a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, ha señalado en la página 12 y 13 lo siguiente: "A fojas 1, 34 y vuelta, 37, del expediente formado en el Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, caso N° 316-2012, y fojas 23 del expediente de la Corte Provincial de justicia de Pichincha, Segunda Sala de Garantías Penales, caso N° 195-2012, se evidencia que el legitimado activo es una persona con discapacidad y adulto mayor de 83 años de edad, circunstancias que, por mandato de los artículos 3 numeral 1, 11 numeral 1 y, 35 y 36 de la República, exige un tratamiento y procedimiento efectivo e inmediato indubio pro actione-, esto es, la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones que se traduce en obtener una tutela directa y eficaz de los derechos reconocidos en constitución de la República. La omisión o inobservancia a circunstancias de las personas pertenecientes a un grupo de atención prioritaria, obviamente no daría lugar a la garantía jurisdiccional de protección, es decir, desatendería la tutela de estas personas. Por tanto, esta Corte, como máximo órgano de control e interpretación constitucional, una vez admitida a trámite la acción extraordinaria de protección, está facultada para generar normas judiciales para los casos en los cuales, de no admitirse la acción, se provoque un perjuicio grave e irreparable para el accionante, permitirle el mecanismo procesal de acción de protección. En el presente caso, el titular del derecho reclamado se encuentra dentro del grupo de atención prioritaria por tratarse de una persona con discapacidad, ubicándose en el grupo vulnerable de la sociedad, situación que le permite ser usuaria y destinataria de la acción constitucional.". Criterio que ha sido mantenido en la sentencia N° 273-15-SEP-CC, caso No. 0528-11-EP, de fecha 19 de agosto de 2015, manifestando la Corte en la página 25 de referida sentencia, lo siguiente: "En observancia a los derechos reconocidos y garantizados en la Constitución, este Organismo, en su jurisprudencia, ha señalado que en casos que el recurrente de una acción de protección sea una persona perteneciente a un grupo de atención prioritaria se "(...) exige un tratamiento y procedimiento efectivo e inmediato -in dubio pro actione-, esto es, la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones que se traduce en obtener una tutela directa y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República. La omisión o inobservancia a las circunstancias de las personas pertenecientes a un grupo de atención prioritaria, obviamente no dará lugar a la garantía jurisdiccional de protección es decir, se desatendería la tutela de estas personas...". De lo que se puede colegir que la acción de protección es el mecanismo establecido por el constituyente para proteger y reparar las vulneraciones a los derechos constitucionales, constituyéndose en la vía idónea y eficaz para la protección inmediata de los derechos de las personas o grupos de personas pertenecientes a cualquiera de los grupos de atención

prioritaria, conforme lo consagra la Constitución en la normativa antes señalada y en sus artículos 3 núm. 1; 32; 34; 35; y, 50. Como acontece en el presente caso, en donde se ha denunciado la violación al derecho a la salud, a la seguridad social y amenaza al derecho a la integridad personal y a la vida, siendo una persona que adolece de enfermedad catastrófica. Como punto final, cabe resaltar Usía, que por el suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, han sido resueltas ya dos acciones de protección con elementos análogos al presente caso, proceso Nro. 17283-2018-09808 y 17986-2018-00521, en los cuales los juzgadores constitucionales han sido coherentes en aceptar las acciones planteadas, considerando que de no garantizar el suministro de dicho medicamento como mejor opción médica de tratamiento en personas diagnosticadas con enfermedad de Linfoma de Hodgkin, considerada como catastrófica, y una vez ésta sigue avanzando y se vuelve refractaria, podría suponer un riesgo para la vida del paciente y su dignidad humana; haciendo énfasis ambas decisiones en el derecho a intentar, desarrollado en líneas anteriores, que guarda estrecha relación con el derecho a la dignidad humana; ante lo cual, en ambas decisiones se dispone al Estado Ecuatoriano garantizar el derecho a la vida y a la salud de estos ciudadanos que merecen atención prioritaria, mediante la disponibilidad y el suministro inmediato de dicho medicamento.

VI.- Declaramos bajo juramento que por estos mismos hechos no hemos interpuesto otra garantía jurisdiccional en contra de los accionados. VII.- Pruebas: Para demostrar nuestras argumentaciones, adjunto se servirá encontrar documentos como prueba de nuestra parte: -Copia certificada del expediente defensorial N° 6194-2018. -Historia clínica N° 299848 (Notas de evolución) en copias certificadas proporcionadas por SOLCA Manabí Núcleo Portoviejo. -Transferencia N° 0501 de la Coordinación Provincial de Prestaciones del Seguir de Salud de Manabí hacia Coordinación Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud IESS Guayas. Solicito que en la audiencia se recepte la declaración de la Sra. Verónica María Vargas Barcia de cedula de ciudadanía N° 131128494-5, madre del ciudadano José Alexander Vargas Barcia. De considerarlo necesario, usted señor/a Juez/a dispondrá que se actúen las pruebas se requiera en el desarrollo del presente proceso. Para esto se deberá tomar en cuenta el principio de que los hechos alegados por el accionante deben ser considerados como ciertos a menos que el demandado demuestre lo contrario, este mandato Constitucional está recogido en el artículo 86 de la Constitución: "Las garantías jurisdiccionales se registrarán, en general, por las siguientes disposiciones: (...) 3.- Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información." (El subrayado es nuestro). VIII.- Identificación clara de la pretensión. a) Solicito que en sentencia se declare la vulneración de los derechos constitucionales a la salud previsto en el Art. 32 de la Constitución República del Ecuador; a la seguridad social previsto en el Art. 34 ibídem; así como se declare la amenaza al derecho a la integridad personal, previsto en Art. 66 numeral 3 ibídem, y derecho a la vida previsto en el mismo artículo en su numeral 2; por la falta de suministro oportuno del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN como parte del tratamiento integral de salud que está obligado a prestarle el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al joven José Alexander Vargas Barcia. b) Se ordene su reparación integral, debiéndose disponer que de manera inmediata (máximo dentro del término de cinco días) el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social proceda a la adquisición y suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, a fin que la dosis respectiva le sea suministrada al afectado conforme a lo prescrito por su médico tratante de SOLCA; debiendo el Ministerio de Salud Pública conceder la autorización respectiva de manera inmediata. Lo que deberá ser cumplido y comunicado a su autoridad, término antes solicitado. c) Como medida de no repetición se solicita que en caso de prescripción de nuevos medicamentos, para el tratamiento integral de su enfermedad, éstos le sean suministrados de manera oportuna, adecuada y preferente. Así como se disponga que en casos análogos el IESS proceda en garantía de los derechos de sus usuarios/as, valorando cada caso en particular, cumpliendo con el tratamiento médico integral prescrito por el

médico tratante, debiendo realizar los trámites administrativos respectivos a fin que los medicamentos prescritos sean suministrados gratuitamente y de manera oportuna.

CUARTO.- CONTESTACION DE LA ENTIDAD ACCIONADA.- Dentro de la audiencia llevada a cabo ante el Juez de primer nivel la Abogada MALENA ALANNA CARDONA BATALLAS, en representación de la parte demandada expuso: "... Señor Juez, si bien es cierto hemos escuchado de manera atenta también con lo que significa para un ser humano que un joven que está empezando a vivir se encuentre en una situación de alto riesgo debido a una enfermedad, nos referimos a un linfoma, en este aspecto es necesario clarificar ciertos puntos que se han expuesto aquí, que no se apega a las medidas administrativas de lo que se pudo haber hecho o de lo que se hizo o de lo que no se hizo dentro de las instancias correspondiente en ese sentido la Constitución de la Republica en el artículo 66 numeral 2, establece claramente los derechos que tiene las ecuatorianas y los ecuatorianos a gozar de una seguridad social universal, en este caso el joven ALEXANDER VARGAS, el accede a través del IESS y dentro de esta situación el seguro como tal a acogido los requerimientos del joven ALEXANDER VARGAS a través del seguro prestación que tiene el IESS hay que destacar una situación también que establece la normativa legal, el artículo 111 de la Ley de Seguridad Social, establece la permisibilidad de poder contratar servicios a prestadores internos en caso de que nuestro instituto no tenga la facilidad o la facultad de hacerlo en temas puntuales, hablamos de temas oncológicos, esto es de conocimiento público que nuestra institución no posee esta especialidad de oncología es así que hemos llegado hacer varios contratos de prestadores externos con SOLCA y el ultimo que tenemos realizados con ellos, establece claramente cuáles son los derechos deberes y las responsabilidades como prestadores externos, que lo son siendo así el joven ha sido auscultado, efectivamente fue acogido y fue derivado a SOLCA, sociedad de lucha contra el cáncer, quien entendemos una vez obligada la responsabilidad por ser prestadores externos y tener la obligación de hacerlo haber podido realizar todo lo administrativamente posible a fin de que el joven pueda restablecer su salud de la manera inmediata y eficaz más sin embargo al escuchar el testimonio de la parte actora y de la señora madre del joven parecería que no fuera así, digo parecería porque no consta en ninguna parte del expediente, no sé si de repente me ayuda el Abogado de la defensoría que haya habido algún trámite administrativo dentro del IESS a efecto de que esto haya sucedido, el IESS ha recibido una contra referencia hacia la ciudad de Guayaquil pero también consta en el expediente que se le dijo de manera verbal a la señora madre del joven JOSE ALEXANDER VARGAS BARCIA, que no había la necesidad de poder derivarlo, o en este caso hacer la compra respectiva, pregunto yo, acaso el IESS tiene la facultad de poder hacer la compra de una medicina de la cual el joven JOSE ALEXANDER VARGAS BARCIA, no estaba bajo nuestro tratamiento, acaso el IESS no tiene un prestador externo que se llama SOLCA que son especialista en tratar este tipo de enfermedad catastrófica para que le den la atención necesaria y se pueda salvar la vida de este joven JOSE ALEXANDER VARGAS BARCIA, esto lo ratifica la misma normativa dentro de un acuerdo ministerial número 0158-A-2017- que establece en su parte pertinente relacionada a expedir el reglamento sustitutivo para utilizar la adquisición de medicamento que no consten en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos como efectivamente no lo constan de este medicamento que requiere el joven que es el BRENTUXIMAB pero por eso este acuerdo ministerial artículo 2 establece que en caso de emergencia artículo 4, los establecimiento del salud o en este caso de atención de la salud y de complementación en el marco de prestación a pacientes derivados que son de emergencias y requieran un medicamento que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos vigente esto es ante un situación crítica si bien es cierto en caso del joven para la vida del paciente que necesita una situación crítica eminente dentro de la siguientes 24 horas y siempre que existan argumentos científicos en este caso que las alternativas presentes y que estén vigentes, son eficaces para la patología en cuestión y podrán adquirirlo utilizar el medicamento de manera inmediata bajo la responsabilidad del médico prescripto y del comité de fármaco terapia, previo aprobación de la máxima autoridad de establecimiento de salud en este caso estamos hablando de SOLCA que llevaba directamente el tratamiento del joven JOSE

ALEXANDER VARGAS BARCIA, tenía la obligación de apegarse a este Acuerdo Ministerial para poder en el plazo de 24 horas comprar este medicamento y seguir el tratamiento del joven pero SOLCA no ha hecho esto, de lo contrario no estuviéramos en esta audiencia quiero dejar claro que el IESS nunca se ha deslindado ni deslindara responsabilidades en cuanto a las prestaciones médicas en esa área y más que nada que se trata del grupo de atención medica prioritaria queremos que nos haga conocer en el caso de existir un documento donde se establezca la responsabilidad del IESS en cuanto que haya recibido de manera escrita y se le haya respondido de la misma forma en el sentido de que no íbamos a dar esta prestación, esto creo que no ha acontecido, SOLCA es que le está otorgando el tratamiento al joven por eso son prestadores externos del IESS, mal podría el IESS adoptar un tratamiento que obviamente no vaya de acorde a las necesidades de un joven que tiene una situación de gravedad en su salud y se le pueda por cumplir otorgar un medicamento que no está prescrito y que en este caso el médico tratante no lo haya establecido como tal, hago la entrega del Acuerdo Ministerial a la coordinación de procuraduría no llego nunca ninguna información ni documentación de ningún lado y por ultimo le hago llegar una copia del contrato con SOLCA como prestador externo, pido poder y ratificación de gestión por un término de 10 días si usted lo considera conveniente. A continuación el Abogado CARLOS EDUARDO VELEZ CEDEÑO, expuso : Señor Juez, ofreciendo poder y ratificación de gestiones de la Doctora Verónica Espinoza Serrano en calidad de Ministra de Salud Pública, dentro de esta acción propuesta 13283-2018-01304, por la coordinación General Defensoría Número 4 de la Defensoría del Pueblo del Ecuador en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, manifiesto: como vendrá a su conocimiento y tal como consta en el cuaderno procesal de fojas 44 a 52 encontramos la demanda constitucional donde claramente se hace mención a la persona afectada el joven Jose Alexander Vargas Barcia, en el cual aproximadamente en 1 año 7 meses padece de LINFOMA DE NO HODGKIN TIPO ESCLEROSIS NODULAR y que su médico tratante para su tratamiento le da la medicina de BRENTUXIMAB VEDOTIN, el cual no se encuentra en el cuadro nacional de medicamentos básicos, la misma que es la materia de la Litis en esta audiencia. Señor Juez me permito indicar que dentro de la presente acción Constitucional como Ministerio de Salud Pública no hemos sido demandados y por lo tanto su autoridad nos deberá excluirlo de la misma garantizando el debido proceso consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 76 y 4 respectivamente, debiendo también su autoridad en calidad de juez garantista, garantizar la seguridad jurídica estatuida en el Art 82 de nuestra Constitución ya que sin sustento alguno su autoridad de oficio nos conmina a ser parte de esta demanda Constitucional en la cual el Ministerio de Salud Pública no ha sido demandado, señor Juez por lo consiguiente con lo que le compete al Ministerio de Salud Pública como norma Constitucional se ha determinado que la autoridad Sanitaria Nacional de Salud será la encargada de formular la Política Nacional de salud y normara, regulara y controlara todas las actividades relacionadas con la salud en este sentido señor Juez y bajo este precepto Constitucional es que el Ministerio de Salud Pública puede normar el control de medicamento que requiera el paciente y medicamentos que no estén en el Cuadro Nacional de Medicamento básicos en base a lo indicado se expidió el acuerdo ministerial 0158-A-2017, de fecha Quito Distrito Metropolitano, Quito 11 de diciembre del 2017, donde acuerda o expide el Reglamento Sustitutivo para la Adquisición de Medicamento que no estén el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, el artículo 4 señala los establecimiento de salud de segundo y tercer nivel de atención que pueden adquirir tales medicamentos, bajo este precepto constitucional no existe causa alguna para que el Ministerio de Salud haya sido llamado a esta acción será su autoridad en calidad de Juez garantista determinar si existe alguna afectación y determinar quién causo esta afectación, adjunto del BRENTUXIMAB VEDOTIN y el Acuerdo Ministerial, y el criterio técnico basado en evidencias del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, para mis notificaciones las recibiré en los correos electrónicos mcpjuridicozona4@hotmail.com. Carlosvelez86@hotmail.es concediéndole por razones de distancias un término prudencial de 15 días para poder legitimar mi intervención. A continuación la Procuraduría General

del Estado a través de la Ab. Mariuxi Ximena Roldan Morales, expuso en su parte pertinente: " Señor Juez, comparezco de conformidad a lo que manifiesta a artículo 13 literal c y el artículo 5 literal c de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, comparecemos a esta audiencia en carácter de supervisor del correcto desenvolvimiento de esta audiencia al tener el Instituto de Seguridad Social personería jurídica a ellos le compete la defensa de la misma. QUINTO.- JUSTIFICACION PROCESAL Y VERACIDAD DE LOS HECHOS AFIRMADOS.- 1) En el numeral VIII del texto de la acción constitucional el actor identifica su pretensión en los siguientes términos: "...a) Solicito que en sentencia se declare la vulneración de los derechos constitucionales a la salud previsto en el Art. 32 de la Constitución República del Ecuador; a la seguridad social previsto en el Art. 34 ibídem; así como se declare la amenaza al derecho a la integridad personal, previsto en Art. 66 numeral 3 ibídem, y derecho a la vida previsto en el mismo artículo en su numeral 2; por la falta de suministro oportuno del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN como parte del tratamiento integral de salud que está obligado a prestarle el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al joven José Alexander Vargas Barcia. b) Se ordene su reparación integral, debiéndose disponer que de manera inmediata (máximo dentro del término de cinco días) el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social proceda a la adquisición y suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, a fin que la dosis respectiva le sea suministrada al afectado conforme a lo prescrito por su médico tratante de SOLCA; debiendo el Ministerio de Salud Pública conceder la autorización respectiva de manera inmediata. Lo que deberá ser cumplido y comunicado a su autoridad, término antes solicitado. c) Como medida de no repetición se solicita que en caso de prescripción de nuevos medicamentos, para el tratamiento integral de su enfermedad, éstos le sean suministrados de manera oportuna, adecuada y preferente. Así como se disponga que en casos análogos el IESS proceda en garantía de los derechos de sus usuarios/as, valorando cada caso en particular, cumpliendo con el tratamiento médico integral prescrito por el médico tratante, debiendo realizar los trámites administrativos respectivos a fin que los medicamentos prescritos sean suministrados gratuitamente y de manera oportuna ". La parte accionante para justificar su pretensión acompaña a su acción como prueba de su parte: Copia certificada del expediente defensorial N° 6194-2018. -Historia clínica N° 299848 (Notas de evolución) en copias certificadas proporcionadas por SOLCA Manabí Núcleo Portoviejo. -Transferencia N° 0501 de la Coordinación Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud de Manabí hacia Coordinación Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud IESS Guayas. Dentro de la prueba presentada por el actor y que no ha sido objetada de manera motivada por la parte accionada el Tribunal considera oportuno destacar la investigación defensorial N° 6194-2018, en la parte pertinente manifiesta las actividades que realizó la defensoría para obtener la información necesaria para iniciar esta acción, en lo pertinente dice que solicitó: "...al Representante Legal del SOLCA Manabí que dentro del término de cinco días: 1) Informe sobre el tratamiento médico integral que estaba recibiendo José Alexander Vargas Barcia, para el tratamiento de su enfermedad catastrófica, debiéndose identificar los medicamentos que le habían sido prescritos y suministrados para para dicho efecto; 2) Remita copia certificada de su historial clínico, respecto a dicha enfermedad, el cual se ha expuesto en líneas anteriores; 3) Informe sobre la prescripción del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN para su tratamiento médico integral, debiéndose indicar la fecha de prescripción del mismo y si en el CNMB existe o no alguna otra alternativa efectiva de medicamento; 4) Informe si han realizado trámite administrativo alguno para la adquisición de tal medicamento o derivado al IESS para que tal entidad adquiera el mismo. En caso de haber realizado algún tipo de trámite administrativo, proporcionar copias certificadas del mismo; 5) Indique las razones médicas o administrativas por las cuales no se le ha suministrado de manera gratuita dicho medicamento al peticionario, conforme lo prescrito por su médico tratante. De igual manera se le solicitó al Representante Legal del Instituto Ecuatoriano de seguridad social que dentro del término de cinco días nos informe lo siguiente: 1) sobre el trámite dado para atender el requerimiento de suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN a José Alexander Vargas Barcia, para el tratamiento de su enfermedad; 2) Nos informe si

han procedido al suministro del medicamento a José Alexander Vargas Barcia. En caso de no haberse suministrado el mismo, se le solicitó que dentro de dicho término informe las razones por las cuales no han procedido a tal suministro, ello considerando que el peticionario es una persona que atención especializada, prioritaria y gratuita, conforme a los Arts. 35 y 50 de la Constitución de la República del Ecuador. Dentro del término concedido, el Dr. José Bosco Barbarán Mera, representante legal del SOLCA Portoviejo, contesta nuestro requerimiento deslindando cualquier tipo de responsabilidad de su representada, puesto que como textualmente manifiesta en lo principal: "mi representada ha cumplido por los procedimientos administrativos a efectos de dotar el medicamento descrito en su providencia al paciente señor José Alexander Vargas Barcia, que aqueja de LINFOMA DE NO HODGKIN TIPO ESCLEROSIS NODULAR III B CON SINTOMAS B a efectos como se indica en los documentos que aparejo se realizó la CONTRA TRANSFERENCIA al IESS por ser la línea de tratamiento que continua después de la evolución progresiva de su enfermedad con la finalidad de que gestione ante la Coordinación de Salud zonal No. 4 la dotación del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, por cuanto la normativa dictada emitida por el MSP no permite la adquisición de medicamentos que no consten en el cuadro nacional de medicamentos básicos (CNMB), (...)" Pese del término concedido, no hemos obtenido respuesta del Representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social..." De la pruebas expuestas se deduce que no hubo por parte del IESS la debida atención a este caso y lo más importante no hubo la debida diligencia en lograr la adquisición del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN en la cantidad y la oportunidad debidas que son necesarias para proteger el derecho a la salud y garantizar el derecho a la vida del actor de esta acción constitucional conforme a sus derechos fundamentales que la Constitución de la República le garantizan plenamente como lo argumenta este Tribunal a continuación. SEXTO.- MARCO CONCEPTUAL, LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO.- Conforme nuestro sistema constitucional de derechos y justicia, en toda sentencia, requisito indispensable de un juzgador constitucional es el de motivar debidamente su fallo; la sentencia de la Corte Constitucional en la Causa N."0919-13-F.P nos ilustra debidamente lo que debe entenderse por motivación, en lo pertinente dice: "...En ese sentido, la motivación se configura como la piedra angular de las decisiones judiciales, ya que gracias a la justificación racional y lógica que realiza el juzgador, en la fundamentación de sus fallos, esta se transforma en un filtro contra la arbitrariedad, garantizando a su vez, el derecho a la defensa de las partes, al permitirles conocer certeramente los motivos por los cuales se adopta una resolución.- Por lo expuesto, la motivación no consiste únicamente en el anuncio de hechos, normas y su confrontación; sino que debe sustentarse, bajo parámetros que permitan evidenciar la utilización de la lógica y la argumentación jurídica, y que las partes y el auditorio social en general, adviertan que la decisión adoptada ha sido fruto de un verdadero ejercicio intelectual. Bajo esta lógica, la Corte Constitucional ha establecido tres requisitos a ser cumplidos de manera indispensable por las decisiones judiciales, para considerar que estas se encuentran debidamente motivadas: Razonabilidad, el cual implica que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, referentes tanto a la competencia como a la naturaleza de la acción b) Lógica, en el sentido de que la decisión se encuentre estructurada de forma sistemática, en la cual las premisas que la conforman mantenga un orden coherente y, c) Comprensibilidad, requisito que exige que todas las decisiones judiciales sean elaboradas con un lenguaje claro y sencillo, que permita su efectivo entendimiento por parte del auditorio social.- Por tal motivo, debemos tomar en cuenta que toda sentencia o auto se considerará debidamente motivado mientras cumpla con los tres criterios que se deben verificar en relación a la garantía de la motivación, teniendo presente que la falta de uno de ellos, acarreará la vulneración de la misma y consecuentemente, del derecho al debido proceso.- Pues, la existencia de una motivación suficiente, en función de los aspectos jurídicos que se susciten de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, representa una garantía sustancial para los derechos de los justiciables, toda vez que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que llevaron a los órganos judiciales a adoptar su decisión, permite apreciar el examen de las razones contenidas en la resolución judicial. Bajo este esquema

de fuentes normativas y jurisprudenciales, la Corte Constitucional procede a realizar el test de motivación bajo el cumplimiento de los tres parámetros establecidos: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.- Razonabilidad: Dentro del test de motivación, el análisis de razonabilidad debe ser entendido como un juicio de adecuación de la resolución judicial respecto a los principios y normas consagrados por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la Corte Constitucional tiene la tarea de identificar si los juzgadores fundamentaron su decisión y construyeron su criterio sobre la base de las fuentes del derecho inherentes a la naturaleza de la causa.- De esta manera, a través del examen de razonabilidad necesariamente se debe constatar la identificación por parte de los jueces de las normas que les conceden competencia dentro del caso concreto; además, se debe verificar que las disposiciones normativas invocadas en la decisión judicial se relacionen a la naturaleza y objeto de la controversia, de esta forma se tendrá certeza respecto de las fuentes del derecho que han dado lugar a la decisión judicial y se podrá establecer si se trata o no de una sentencia razonable(...).- Lógica: El requisito de la lógica debe entenderse como la coherencia de las conclusiones jurídicas respaldadas por las premisas que componen la resolución, vinculadas por medio de juicios establecidos en base a reglas. La lógica complementa el requisito de la razonabilidad, en cuanto permite que las fuentes jurídicas sean aplicadas en el caso concreto en un esquema argumentativo concatenado, evitando que las conclusiones sean incoherentes con sus respectivas premisas, lo cual, es fundamental como ejercicio de motivación..." Siendo el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia, es necesario referirnos a la relación entre Derechos Humanos y Estado en cuanto éste a través de sus servidores pueden ser los causantes de violaciones a los derechos y garantías de los ciudadanos, por ello la Convención Americana de los Derechos Humanos establece como una obligación del Estado, el respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Convención. En la obra "El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos Aspectos Institucionales Y Procesales", del autor Héctor Faúndez Ledesma, encontramos esta referencia que debe ser considerada para el caso que nos ocupa: "En el Derecho de los derechos humanos, se reconoce al individuo un conjunto de derechos y es el Estado quien asume las obligaciones correlativas. En tal sentido, en el sistema interamericano, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 1 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el Estado el que está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y es el Estado el que debe organizar el poder público de manera que pueda garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Por consiguiente, es la conducta del Estado, a través de cualquier persona que actúe en el ejercicio de la autoridad pública, la que puede caracterizarse como una violación de los derechos humanos". El Capítulo III, Sección I, Artículo 86 de la Constitución de la República de manera clara prescribe que, cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en ella, determinando además las reglas respecto a la competencia y estableciendo el trámite correspondiente. Sus disposiciones prescriben la necesidad de que una vez presentada la acción, la jueza o juez convoque inmediatamente a audiencia pública, estando facultado para en cualquier momento ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas; presumiéndose ciertos los fundamentos de la parte accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. En caso de constatarse vulneración de derechos, en sentencia, la jueza o juez deberá declararla y ordenar la reparación integral, material e inmaterial, especificando las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial. En este contexto, el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala como su finalidad, la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la declaración de su trasgresión y la reparación integral consecuente, regulando de esta forma la acción de protección entre otras Garantías Constitucionales. Es necesario referirse al análisis que deben hacer los jueces cuando conocen materia constitucional para establecer conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia Vinculante sentencia No. 001-16-P.JO-CC con relevancia constitucional dictada el 22 de marzo de 2016 caso n. 0

0530-10-jp.- 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. Debiendo para esto considerar aspectos como los que se exponen: Partiendo de lo señalado en el Art. 1 de la Constitución, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; la Corte señala que esta consideración comporta varias implicaciones, quizá la más relevante se refiere a que el Estado encuentra su fundamento en el respeto y tutela de los derechos constitucionales, considerados normas directamente aplicables por y ante cualquier servidora o servidor público; la acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, motivo de análisis de este caso, es un mecanismo procesal judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual la acción de protección es la realización de un derecho constitucional - humano en sí mismo; en la sentencia No. 016-13-SEP-CC emitida en la causa No. 1000- 12-EP del 16 de mayo de 2013, por la Corte Constitucional se señaló: "... la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado". La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido desarrollando su jurisprudencia al respecto y entre otras cosas ha señalado que: "El derecho de toda persona 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 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. La garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. No basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos" (LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Por: Rodrigo Trujillo Orbe INREDH) Por su parte el artículo 25 de la Convención Americana, que también garantiza el acceso a la justicia dispone lo siguiente: "1.Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso." El artículo 25, antes citado, establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, derechos fundamentales que pueden estar reconocidos en la Convención Americana o por la propia

ley interna. Los requisitos para la procedencia de una acción de protección señalados en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el Art. 40, establece: "...Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado"; Por tanto, el primer requisito que exige la referida norma es la existencia de la vulneración de un derecho constitucional, esto es que la autoridad pública o persona particular haya menoscabado, vulnerado o causado daño a un derecho de una o varias personas. Que los efectos de esta acción u omisión de autoridad pública o persona particular produjeran un detrimento en el goce de un derecho constitucional. Si no puede verificarse la existencia de un daño, producto de la vulneración de un derecho constitucional, la acción de protección no procede; en cuanto al numeral 2, Precisamente, si la acción de protección es considerada una garantía jurisdiccional de protección de derechos constitucionales (denominados así a partir de la dimensión constitucional del derecho), su activación cabe siempre y cuando esté de por medio un desconocimiento del ámbito constitucional del derecho vulnerado; solo en esos casos cabría la invocación de la justicia constitucional, pues no todos los conflictos de derechos que se presentan en la vida real pueden ser ventilados en ese ámbito. Finalmente, con relación a la "inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado", al igual que, "Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz", previsto en numeral 4 del Art. 42, esta Corte Constitucional, bajo las mismas consideraciones, interpreta condicionalmente que pueden ser invocadas por el juez constitucional únicamente luego del mínimo recaudo probatorio, que le permite el acceso a la sustanciación de la garantía jurisdiccional de los derechos, es decir, deberá hacerlo vía sentencia racionalmente fundamentada. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho vulnerado exige pues la verificación de dos situaciones puntuales. La primera que el derecho que se invoca no cuente con otra vía de tutela en la justicia constitucional; es decir, que no esté amparado por una vía procesal constitucional especial que se pueda considerar más idónea. Lo cual quiere decir que el Juez o Jueza constitucional debe analizar si la vulneración del derecho constitucional que se invoca es objeto de protección en otras garantías jurisdiccionales, por ejemplo la libertad y la vida e integridad física de las personas privadas de libertad en el hábeas corpus, en la acción de acceso a la información pública, la información e intimidad personal en el habeas data, etc. Pues si en efecto, el derecho invocado cuenta con una vía especial en la justicia constitucional, esa debe ser considerada la vía idónea y eficaz para amparar el derecho vulnerado.- En el Estado Constitucional de Derechos, las garantías centran su atención en la protección y justiciabilidad de derechos fundamentales o constitucionales; a medida de que los operadores de justicia y la Corte Constitucional han ido desarrollando en varias resoluciones e incorporando situaciones doctrinarias a los fallos, se ha llegado a determinar que las garantías jurisdiccionales establecen una fundamental obligación en cuanto a que los derechos constitucionales son y valen, lo que son y valen sus garantías. La concepción del tratadista Luis Ferrajoli del derecho como "sistema de garantía", encuentra en la Carta Fundamental la exigencia de este ordenamiento jurídico denominado Ley de Garantías Jurisdiccionales que da cuenta de estos principios frente a la tutela del Estado, para ello incorporó recursos sencillos y rápidos ante los Jueces que le permitan amparar frente a los actos u omisiones para que sean reconocidos los mismos. Esta garantía constitucional de carácter jurisdiccional es conocida porque establece nuevos principios para activar el camino de protección dirigido a las autoridades, servidores y al estado, entre otros que los derechos serán plenamente justiciables sin poder alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, no tiene carácter restrictivo y los servidores judiciales en este caso, deben aplicar la norma de interpretación que más favorezca a su vigencia, se suma a lo anterior el hecho que son de igual jerarquía y se van desarrollando de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y la política pública, en esta proclama son

aplicables a la acción de protección varias de ellas como aplicar los principios pro-homines directamente de la constitución. En definitiva, la acción de protección como lo establece el Art. 88 de la Constitución de la República, constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección inmediata directa y eficaz para proteger derechos constitucionales, encontrándonos entonces frente a una categoría más amplia que los derechos fundamentales en especial de los derechos subjetivos. SEPTIMO.- ANALISIS SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE PROTECCION.- En la sentencia de precedente constitucional obligatorio No. 001-010-JPO-CC, la Corte hizo una primera aproximación respecto de la naturaleza y procedencia de la acción de protección, y estableció lo siguiente: [...] las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales provenientes de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia [...]; por aquello se establece que la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa. A partir de entonces, la Corte Constitucional ha mantenido este criterio y lo ha ido desarrollando, diferenciando de cuándo se debe acudir a la justicia ordinaria para la solución de una controversia. En su pronunciamiento acerca de la acción de protección, la Corte Constitucional del Ecuador, de forma categórica, ha manifestado que: "...la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales.- No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria..."- De modo que el máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país ya ha determinado claramente que cuando ocurre una vulneración de un derecho constitucional la única vía posible es la acción de protección. No existe, por tanto, otra vía idónea o eficaz puesto que la Constitución de la República ha sido clara en determinar que esta garantía opera únicamente para el amparo de derechos reconocidos en la Constitución. Por tanto, si existe otra vía posible que además resulta adecuada o eficaz es probablemente porque no se trata de un derecho de índole constitucional y el ordenamiento jurídico ha establecido para ella un procedimiento específico.- (Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 001-10-JPO-CC, de 22 diciembre 2010, dentro del Caso No. 999-09-JP. Karla Andrade Quevedo). Por ello, de acuerdo con lo determinado por la jurisprudencia constitucional, la acción de protección no constituye una acción que se pueda escoger como vía frente a cualquier vulneración de un derecho, sino únicamente para aquellos derechos de fuente constitucional, y aquellas controversias que se suscitan en el ámbito de la legalidad no tienen cabida en esta acción. Es preciso determinar cuál es la naturaleza de los derechos que se encuentran protegidos por medio de esta garantía jurisdiccional, en el caso en concreto, la acción de protección cuenta con la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva, expedita e imparcial en la justicia ordinaria, con la distinción de que si la controversia versa sobre aplicación de normativa infraconstitucional, la persona afectada debe acudir a las instancias jurisdiccionales correspondientes pues la justicia constitucional no se encuentra facultada para resolver problemas legales que no acarren la vulneración de derechos constitucionales, quedando descartada, por tanto, toda posibilidad de que la acción de protección sea procedente para resolver asuntos de estricta legalidad o que constituya una vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones infraconstitucionales o contractuales, cualquiera que sea su naturaleza, pues para ello, el ordenamiento ha previsto acciones ordinarias específicas, y a la hora de conocer una demanda de acción de protección, lo primero que deberán verificar es que efectivamente se trate de un tema de constitucionalidad y no de un conflicto de mera legalidad, lo que constituye un elemento sumamente importante, ya que queda establecido que es al juez constitucional a quien le corresponde determinar si, por la naturaleza del derecho violentado, la vía constitucional constituye la vía idónea para la resolución de la

controversia y esto solo se logra con el estudio del caso concreto. Entonces si se trata de una controversia enmarcada en el ámbito de la legalidad, porque de dicho estudio se observa que existen las vías adecuadas y eficaces fuera de la justicia constitucional para que dicha controversia sea resuelta, el Juez deberá ya sea inadmitir o declararla improcedente según lo determine el caso; de tal manera que, como jueces constitucionales deberán analizar si se trata de la vulneración de un derecho de ámbito constitucional y de modo fundamentado determinar su competencia, esto basado en las pretensiones del accionante, siendo indispensable que éste justifique plenamente que se trata de un derecho constitucional y sustentar que no existe otro medio adecuado y eficaz de impugnación en la justicia ordinaria. Es decir que en el presente caso le correspondía a la parte actora demostrar que acudió a esta garantía jurisdiccional por la vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente, siendo competencia netamente del juzgador, verificar y determinar si existe o no la vulneración de un derecho susceptible de acción de protección, pues de no serlo su competencia se desvanece y debe dar paso a la justicia ordinaria, pues es esta la que cuenta con los procedimientos adecuados e idóneos para su resolución. En el caso que nos ocupa, dentro de los fundamentos de hecho de la acción se dice que "...el joven JOSE ALEXANDER VARGAS BARCIA, desde hace aproximadamente 1 año 7 meses, padece de LINFOMA DE NO HODGKIN TIPO ESCLEROSIS NODULAR, con síntomas B, quien es beneficiario del Seguro Social Campesino, ya que su abuela Juana Yolanda Barcia Rodríguez, de cédula de ciudadanía N° 130645636-7, es afiliada a dicho seguro; teniendo, por ende, derecho a que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le brinde atención médica integral, lo que implica el suministro oportuno de los medicamentos que le prescriban sus médicos tratantes, necesarios para tratamiento de su enfermedad catastrófica. Debido a su enfermedad, fue transferido por medio del IESS al Hospital de SOLCA, el 08 de noviembre de 2016, tal como consta en el historial clínico N° 299848 (notas de evolución - hospital SOLCA Portoviejo), facilitado por esta institución, presentando un cuadro de fiebre de 4 meses de evolución más adenopatías, pérdida de peso, sudoración nocturna y tos; encontrando ante exploración, PAQUETE GANGLIONAR EN LA REGIÓN CERVICAL DURO ADHERIDO A LAS PAREDES POSTERIORES Y PLANOS PROFUNDOS NO DOLOROSO DE SUPERFICIE IRREGULAR. Por indicación del médico tratante Dr. Richard Geovanny Cedeño Mera, se le realizó una BIOPSIA INCISIONAL DE CONGLOMERADO SUPRACLAVICULAR DERECHO, diagnosticando con fecha 15 de noviembre de 2016, LINFOMA HODGKIN, esto es un tipo de cáncer catalogado como enfermedad catastrófica, por lo que el equipo de oncohematología decide iniciar el tratamiento con quimioterapia. Posteriormente se le realizan dos ciclos de esquema OEPA, finalizados los cuales se realizó una evaluación de la enfermedad con PET SCAN en el que se objetiva nueva progresión de la misma por lo que recibe tratamiento de tercera línea con esquema ESHAP. Que el día 12 de enero de 2018, se le realiza estudio PET-CT que evidencia progresión de la enfermedad tumoral nodal supra diafragmática por lo que se decide realizar RTP (radioterapia) ante la imposibilidad a otras terapias y tiempo de premura, que culmina el día 26 de marzo de 2018, realizándosele a continuación nueva evaluación con PET SCAN y evidenciando progresión de la enfermedad. Con fecha 11 de mayo de 2018, el referido médico tratante, ante la finalización de la RTP y evidencia de progresión de la enfermedad tumoral metabólicamente activa, nodal supra e infra diafragmática y extra nodal, ósea, decide, como textualmente reza a pág. 208 del historial clínico detallado ut supra "(...) derivación a su centro IESS para buscar la posibilidad de recibir tratamiento con anti-cd30 en vista de que no está en el CNB y no existe en nuestro hospital, en el entre tanto ofrecemos tratamiento de sostén con gencitabina mas vinorelbine (tampoco esta en CNMB y no hay en SOLCA Portoviejo) y dexametasona". Acto seguido, SOLCA Manabí realizó la contra transferencia al IESS, por ser ésta la línea de tratamiento luego de la evolución progresiva de su padecimiento, a fin de que gestione ante la Coordinación de Salud Zonal No. 4 la dotación del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN, puesto que la normativa emitida por el Ministerio de Salud Pública no permite a esta institución la adquisición o suministro de medicamentos que no consten en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos (CNMB)..". La afectación que denuncia el actor es la falta de suministro oportuno del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN como parte del

tratamiento integral de salud que está obligado a prestarle el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al joven José Alexander Vargas Barcia, por ello solicito que en sentencia se declare la vulneración de los derechos constitucionales a la salud previsto en el Art. 32 de la Constitución República del Ecuador; a la seguridad social previsto en el Art. 34 ibídem; así como se declare la amenaza al derecho a la integridad personal, previsto en Art. 66 numeral 3 ibídem, y derecho a la vida previsto en el mismo artículo en su numeral 2; Queda claro entonces para el Tribunal que el fundamento de hecho propuesto por el actor en esta acción es el respeto y la vigencia plena de su derecho a la salud ante la enfermedad catastrófica que debe ser atendida por el Estado a través de sus entidades de salud, recordemos que " El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.", por tanto es su obligación, a través de las entidades prestadoras de salud, cumplir debidamente con la protección que requiere todo ciudadano y de manera preferente para casos como el de la especie en donde el IESS es la entidad llamada a proporcionarle los medicamentos que requiere el accionante en resguardo de su salud, y es ésta y no otra la entidad de salud que debe cumplir con esta obligación dado que José Alexander Vargas Barcia es afiliado al Seguro Social Campesino y por tanto, como a todo ciudadano le asiste el derecho el derecho a la Seguridad Social, así lo prescribe el Art. 34 de la Constitución de la República: " El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.- El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo."; en la especie, el accionante realiza actividades en el sector campesino y por tanto le asiste el derecho a reclamar del IESS el cumplimiento de los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas, debiendo este Tribunal hacer efectivo el texto constitucional que prescribe que "los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". Respecto de la procedencia de una acción constitucional de protección, la Corte Constitucional ha determinado que para resolver lo que fuere, el Juzgador debe analizar primeramente cada una de las causales determinadas en el Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así determinó que las causales de los numerales 1 , 2, 3, 4 y 5 son causales de procedencia que deben ser verificadas por parte de los jueces constitucionales dentro de una sentencia, mientras que los numerales 6 y 7 se constituyen en causales de admisibilidad de la acción de protección, así en el Caso N.0 1 773- 1 1 -EP en lo pertinente manifiesta: " Los jueces constitucionales son los protagonistas de la protección de derechos que puedan ser o hayan sido vulnerados, son a quienes les corresponde juzgar qué conductas u omisiones han generado tal vulneración, así como también ordenar el resarcimiento de los daños efectuados a través de la figura de la reparación integral. Bajo esta concepción, la Corte Constitucional, en sus decisiones, ha realizado una interpretación integral de las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que distinguen tanto las causales de admisibilidad como de improcedencia de la acción de protección, con el objetivo de que la acción de protección se constituya en una verdadera garantía de derechos. En este sentido, la Corte Constitucional reiteradamente ha señalado que los operadores de justicia tienen el deber de efectuar una verificación de la vulneración de derechos constitucionales, y no evadir su responsabilidad de ser garantes de derechos, negando sin fundamento alguno esta garantía jurisdiccional. Siendo así, en lo que respecta al artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional, en la sentencia N.0 1 02- 1 3-SEP-CC5, estableció que las causales de los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 son

causales de procedencia que deben ser verificadas por parte de los jueces constitucionales dentro de una sentencia, mientras que los numerales 6 y 7 se constituyen en causales de admisibilidad de la acción de protección. En tal sentido, en las decisiones dictadas dentro de las garantías jurisdiccionales, los jueces deben proceder a fundamentar y exponer las razones por las cuales consideran que a partir del análisis jurídico de los hechos fácticos puestos a su conocimiento, la acción analizada compete o no conocer a la justicia constitucional. Este criterio fue expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia N.0 098-13-SEP-CC: "Consecuentemente, para que la acción de protección cumpla con su papel de tutelar derechos constitucionales, los operadores de justicia deben someter el caso concreto en que se alegue la vulneración de derechos como fundamento para presentar la acción, a un análisis constitucional pormenorizado, que dé una respuesta lógica y coherente acerca de la existencia o no de dicha vulneración; es decir, deben motivar su sentencia de tal manera, que tanto las partes procesales como todo el auditorio social, puedan tener certeza de las razones constitucionales por las cuales se acepta o rechaza la acción de protección". El artículo 32 de la Constitución prescribe: que la salud es un derecho que garantiza el Estado 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. El Tribunal considera que el acceso al tratamiento y los medicamentos que necesita el accionante con la premura que el caso lo requiere debe ser resguardado desde el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional ha considerado que "(...) implica que cuando una persona pretende la defensa de sus derechos o intereses legítimos, debe ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas". Es decir, el contenido de este derecho implica garantizar tanto el acceso a los órganos de justicia, como el derecho al debido proceso del accionante, el que incluye que la decisión se encuentre debidamente motivada, así como la observancia de procedimientos mínimos, y que se convierte en el derecho a la justicia obtenida en un procedimiento, superando las falencias que hacen ineficaz este derecho constitucional y además en el que prevalecen los principios sobre las reglas.. (Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 024-09-SEP-CC, CASO No. 009-09, de septiembre 29 del 2009) En la referida sentencia, la Corte Constitucional, expone: "..con el fin de precautelar los derechos de las personas, particularmente de los beneficiarios de las garantías jurisdiccionales y considerando las vulneraciones a los derechos a la motivación y tutela judicial efectiva que se generaron en el caso sub iudice, estima necesario construir un nuevo problema jurídico relacionado con el contenido y alcance de dos disposiciones normativas contenidas en los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el fin de evitar que en la tramitación de las acciones de protección de los derechos vuelvan a ocurrir las situaciones fácticas y jurídicas atentatorias a los derechos constitucionales analizados en el problema jurídico precedente. (...) El artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece las causales para que una acción de protección no proceda, señalando en su inciso final que en dichos casos, de manera sucinta, la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede. Ahora bien, y a pesar de que el inciso final del mencionado artículo señala que de manera sucinta se declarará inadmisibile la acción, en este punto se torna necesario realizar un ejercicio hermenéutico, al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República, es decir, la obligación de todas las autoridades públicas de motivar sus decisiones". La corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.º 102-13-SEP-CC caso N.º 0380-10-EP establece condiciones y requisitos explícitos que permite a los operadores de justicia aplicar de manera expedita la admisibilidad o no de una acción y la procedencia o improcedencia de la misma al tenor del análisis que efectúa respecto del contenido del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:" En la prenombrada sentencia, dispone la

interpretación condicional con efecto erga omnes del mencionado Art., nos dice: "...En este sentido, una interpretación conforme a lo dispuesto por la Constitución y del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el fin de garantizar una adecuada administración de justicia constitucional, lleva a esta Corte Constitucional, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 436 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República, a interpretar condicionalmente, con efectos erga omnes el referido artículo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el siguiente sentido: El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión, previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será al calificar la demanda mediante auto. En tanto, las causales de improcedencia de la acción de protección, contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas, mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional." OCTAVO: ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ACCION: La Corte Constitucional en la sentencia N. 0 016-13-SEP-CC emitida en la causa N. 0 1000-12-EP del 16 de mayo de 2013, ha pronunciado: "... la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales...". En el presente caso, al realizar una revisión íntegra del proceso este Tribunal de alzada constata de manera veraz la vulneración de derechos constitucionales a la salud previsto en el Art. 32 de la Constitución República del Ecuador; a la seguridad social previsto en el Art. 34 ídem; así como se verifica la amenaza al derecho a la integridad personal, previsto en Art. 66 numeral 3 ídem, y el derecho a la vida previsto en el mismo artículo en su numeral 2, afectación que es atribuible a la omisión en que incurren los facultativos y empleados administrativos del IESS al no haber efectuado las gestiones que tiendan a obtener y suministrar el medicamento BRENTUXIMAB VEDOTIN como parte del tratamiento integral de salud que está obligado a prestarle el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social al joven José Alexander Vargas Barcia, por lo que la acción de protección resulta la vía idónea y eficaz para la reparación de dicha vulneración, coincidiendo con el juez a quo, es procedente la acción de protección propuesta. Al respecto en un caso similar, en el cual se encontraba comprometida la salud, integridad física en conexidad con el derecho a la vida, específicamente el Caso GONZALES LLUY Y OTROS VS ECUADOR, el mismo que se sustanció en instancia internacional, obtuvo sentencia favorable de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 1 de septiembre de 2015, al respecto de lo cual, señaló: En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...] para el] desarrollo de una política eficiente de seguridad social". En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el

Ecuador el 25 de marzo de 1993 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. En la sentencia de precedente constitucional obligatorio No. 001-010-JPO-CC, la Corte hizo una primera aproximación respecto de la naturaleza y procedencia de la acción de protección, y estableció lo siguiente: [...] las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales provenientes de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia [...]; por aquello se establece que la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existen vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa. A partir de entonces, la Corte Constitucional ha mantenido este criterio y lo ha ido desarrollando, diferenciando de cuándo se debe acudir a la justicia ordinaria para la solución de una controversia.- De modo que el máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país ya ha determinado claramente que cuando ocurre una vulneración de un derecho constitucional la única vía posible es la acción de protección. No existe, por tanto, otra vía idónea o eficaz puesto que la Constitución de la República ha sido clara en determinar que esta garantía opera únicamente para el amparo de derechos reconocidos en la Constitución. Por tanto, el Tribunal considera que en la especie, en tratándose de afectación a los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida, la vía expedita y rápida por la urgencia del caso, no es otra que la acción constitucional de protección que se constituye en la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. Es pertinente al caso que nos ocupa, el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, en cuanto a que todos los usuarios del Sistema Público de Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran (medicamentos, procedimiento o exámenes) en la cantidad ordenada por el médico tratante, con la calidad necesaria para el restablecimiento de su salud, y sin que existan interrupciones injustificadas en el suministro. Así mismo, En la sentencia T-314 de 2015 se establece que en materia de prestación de la atención en salud, los usuarios gozan de la garantía de no interrupción del tratamiento médico iniciado. Esta es la faceta de continuidad del derecho fundamental a la salud; por tanto, no existe justificativo alguno que pueda ser aceptable frente a la obligación de garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos proporcionando los servidores del IESS, por ello en el caso que nos ocupa, es imperativo para esta Institución brindar el tratamiento y los medicamentos que se requieran con la oportunidad y la cantidad que sean necesarios para garantizar el bienestar del accionante, quien manifiesta en el texto de su demanda que es afiliado al Seguro Social Campesino, lo cual no ha sido rebatido por la parte demandada. El Art. 373 de la Constitución de la República expresa que El seguro social campesino, que forma parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, será un régimen especial del seguro universal obligatorio para proteger a la población rural y a las personas dedicadas a la pesca artesanal; se financiará con el aporte solidario de las personas aseguradas y empleadoras del sistema nacional de seguridad social, con la aportación diferenciada de las jefas o jefes de las familias protegidas y con las asignaciones fiscales que garanticen su fortalecimiento y desarrollo. El seguro ofrecerá prestaciones de salud y protección contra las contingencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte y por otra parte, es evidente la responsabilidad que tiene el Estado, en este caso a través del IESS de proporcionarle al accionante el tratamiento médico y los medicamentos que requiere José Alexander Vargas Barcia como se encuentra prescrito en el num. 7 del Art. 363.- El Estado será responsable de: ...7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales...". DECISION: En mérito de lo expuesto, el Tribunal

Constitucional de la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescente Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, analizadas las circunstancias de hecho y derecho, así como las pruebas aportadas por las partes, teniendo en cuenta que el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece cuál es la finalidad de las garantías jurisdiccionales entre las cuales está la Acción de protección, indicando que a más del amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, dispone la reparación integral de sus derechos frente a los daños causados por su violación. Por su parte, el Artículo 18 de la mencionada Ley textualmente indica: "-Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida (...)".

A este respecto, esta Sala considera que, el reconocimiento y resarcimiento del daño a la víctima debe considerarse como pilar fundamental dentro de una acción constitucional de protección a través de la reparación integral, la que a más de constituirse en un mecanismo de protección, se constituye en una garantía y un derecho constitucional, cuyo objetivo es otorgar por parte del Juez las medidas requeridas al actor para que sus derechos vulnerados sean reparados a través de medidas que procuren ubicar a la persona en una situación de dignidad similar o igual a la que tenía previo a la vulneración de tales derechos. En este sentido, siendo la reparación integral el medio para resarcir la afectación, sus mecanismos deben ser acordes a los daños causados, tal como lo ha indicado La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Cantoral Benavidez vs. Perú, sentencia del 3 de diciembre del 2001, en la que respecto a la reparación ha indicado: "Su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en el plano material como inmaterial...". A este particular, la Corte Constitucional en la sentencia N° 146-14-SEP-CC, determinó que: "... la reparación integral incluye tanto una reparación material como inmaterial del daño causado, cuyo objetivo es que las personas cuyos derechos han sido vulnerados, gocen y disfruten del derecho que les fue privado, de la manera más adecuada posible, procurándose que se restablezca a la situación anterior a la vulneración y se ordenen las compensaciones atinentes al daño sufrido. En los casos en que por las circunstancias fácticas de cada caso, el derecho no pueda ser reestablecido, el juez constitucional debe establecer la medida que más se aproxime a garantizar el resarcimiento del daño provocado". En cuanto a las garantías de no repetición, estas pretenden buscar formas preventivas que impidan que estas violaciones de derechos constitucionales se sigan cometiendo a futuro. En este punto, es preciso citar los argumentos de la Corte Constitucional, en la sentencia N° 016-16-SEP-CC, Caso N° 2014-12-EP, de fecha 13 de enero del 2016 que sobre esto refiere: "Garantía de que el hecho no se repita. La garantía de que el hecho no se repita tiene como fin que ante la vulneración de derechos constitucionales por un determinado acto u omisión, se asegure que estos hechos no vuelvan a generarse. Esta medida reparatoria, a criterio de esta Corte, es simbólica, en el

sentido de que se exterioriza el compromiso del Estado de ser garante de los derechos constitucionales y por ende, promover su efectiva protección conforme lo manda la Constitución de la República". Como medidas de no repetición y con fundamentos en la sentencia T-314 de 2015 que en lo pertinente manifiesta: que en materia de prestación de la atención en salud, los usuarios gozan de la garantía de no interrupción del tratamiento médico iniciado. Esta es la faceta de continuidad del derecho fundamental a la salud. A propósito, en el apartado [4.4.6.4.] de la sentencia T-760 de 2008, [3] La Corte sostuvo que todos los usuarios del Sistema Público de Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran (medicamentos, procedimiento o exámenes) en la cantidad ordenada por el médico tratante, con la calidad necesaria para el restablecimiento de su salud, y sin que existan interrupciones injustificadas en el suministro". Por lo expuesto ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, confirma la sentencia venida en grado y declara la afectación a los derechos fundamentales del ciudadano José Alexander Vargas Barcia como es el previsto en el Art. 32 de la Constitución República esto es El derecho a una vida digna, que asegure la salud del referido ciudadano así como al establecido en el Art. 35 ibídem a favor de quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, como el caso que nos ocupa, quienes recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado así como el derecho a la seguridad social previsto en el Art. 34 ibídem; dado que se ha demostrado en autos que el accionante es afiliado al Seguro Social Campesino y por tanto le asiste el derecho a acceder a las prestaciones de la seguridad social. Para aplicar las medidas de reparación integral, en reivindicación de la afectación a los derechos fundamentales mencionados, el Tribunal efectúa las siguientes consideraciones: Se dispone adicionalmente que el IESS, a través de sus representantes legales, ofrezca las debidas disculpas públicas al accionante, por medio de comunicación escrita en la que conste el compromiso de la referida institución de tomar todas las medidas necesarias en coordinación con el Ministerio de Salud para que se cumpla a cabalidad con el requerimiento de esta acción constitucional de protección respecto de que deberán proporcionar en forma oportuna y cuantas veces el actor lo requiera de los medicamentos que deba recibir el accionante para resguardar su derecho a la salud debiendo contar con la debida provisión de los mismos para evitarle afectaciones por la carencia de los mismos. El Tribunal considera así mismo, que la presente sentencia constituye una medida de satisfacción simbólica, ya que dentro de la sentencia de primera instancia, así como en el presente fallo, se ha reconocido la vulneración de los derechos constitucionales del accionante, y se ha ordenado la restitución de sus derechos a través de los mecanismos de reparación integral que se detallan en este fallo, Que los accionados, Director General del IESS y el Señor Ministro de Salud Pública, de forma oportuna y eficiente, coordinen la adquisición de los medicamentos que requiera el accionante y que garanticen durante el tiempo que se requiera, la provisión suficiente de los medicamentos necesarios. Así también, se le brindará la asistencia y tratamiento psicológico que requiera, a efectos de sobrellevar no solo los impactos de su enfermedad, sino las afectaciones recibidas como consecuencia de la falta de atención por parte de la entidad accionada. Que las autoridades pertinentes del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) en resguardo de la salud y la vida de sus afiliados que padecen enfermedades catastróficas, cumplan debidamente y efectúen el control de medicamentos que los pacientes lo requieran y que no estén en el Cuadro Nacional de Medicamento Básicos mediante la aplicación del acuerdo ministerial 0158-A-2017, del Ministerio de Salud, de fecha Quito Distrito Metropolitano, Quito 11 de diciembre del 2017, que contiene el Reglamento Sustitutivo para la Adquisición de Medicamento que no estén el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos. Para el cumplimiento de esta sentencia al tenor de lo dispuesto en el inc. 3 del Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se delega el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo para que pueda deducir las acciones que sean necesarias para cumplir esta delegación. Conforme lo dispone el Art. 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, se dispone que se remita el proceso al inferior para que ejecute la presente decisión. Ejecutoriada que fuere esta Sentencia, se

dispone que la Señorita Secretaria, cumpla con lo previsto en el numeral 5 del Artículo 86 de la Constitución de la República.- NOTIFIQUESE.

f: OCHOA MALDONADO MARCO VINICIO, JUEZ; INTRIAGO MEJIA MAGNO GABRIEL, JUEZ DE CORTE PROVINCIAL; ZAMBRANO NAVARRETE CARLOS ALFREDO, JUEZ DE CORTE PROVINCIAL

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

CARRILLO CARRILLO ALEXANDRA MARGARITA
SECRETARIA RELATORA

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 dirija 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 *****

