



**REPÚBLICA DEL ECUADOR  
FUNCIÓN JUDICIAL  
www.funcionjudicial.gob.ec**

Juicio No: 09281202201690

Casillero Judicial No: 44

Casillero Judicial Electrónico No: 0928617133

cristiancobo10@hotmail.com, kenia.ramirez@iess.gob.ec, patjuddpg@iess.gob.ec

Fecha: viernes 07 de julio del 2023

A: MGS MARIO ANIBAL VASCONEZ FLORES EN CALIDAD DE DIRECTOR PROVINCIAL DEL  
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL GUAYAS

Dr/Ab.: CRISTIAN DAVID COBO GRANDA

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

En el Juicio Especial No. 09281202201690, hay lo siguiente:

**VISTOS:** Elevado en grado por el respectivo sorteo de Ley, correspondió a esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto por las partes, a la sentencia dictada por el Ab. Gustavo Alfredo Guerra Aguayo, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en Delitos de Flagrancia de Guayaquil, provincia del Guayas, quien declara “PARCIALMENTE CON LUGAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN propuesta por la ciudadana: JULIA RAQUEL ARCOS RAMOS”. En virtud de lo anterior, en cumplimiento al Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJYCC) y, en mérito del expediente constitucional, esta Sala para resolver realiza las siguientes consideraciones:

**PRIMERO: COMPETENCIA.** – La competencia de esta Sala para conocer el Recurso de Apelación está dada en razón de los arts. 8 numeral 8<sup>[1]</sup> y 24<sup>[2]</sup> de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJYCC”), y numeral tercero inciso segundo del Art. 86 de la Constitución de la República (en adelante “CRE”). -

**SEGUNDO: VALIDEZ DEL PROCESO CONSTITUCIONAL.** – En la tramitación de la presente acción de protección no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna y, a su vez, se cumplió lo dispuesto en las disposiciones comunes que rigen las garantías jurisdiccionales determinadas en el Art. 86 de la CRE en armonía con los arts. 8 y 24 de la LOGJYCC, razón suficiente por la que se declara la validez de todo lo actuado en el proceso constitucional porque además se observa que ambas

partes procesales fueron debidamente notificadas y, a su vez, pudieron ejercer las garantías básicas del derecho constitucional al debido proceso, principalmente, el derecho a la defensa en cada una de las etapas del procedimiento y audiencia llevada cabo ante este Tribunal de Alzada.

**TERCERO:** La accionante en su demanda que se encuentra de fojas 35 a 44 del cuaderno de instancia, y manifestado en audiencia que: *“...En sí en el año 2009, me diagnosticaron cáncer de mama en grado 2, me sometieron a quimioterapia, radioterapias, así mismo en el año 2011 también pasé 6 años gracias a Dios, sin enfermedad donde pude hacer todas mis actividades, trabajo, y en el año 2019 me diagnosticaron metástasis, y en el año 2016 me diagnosticaron metástasis 1 ganglionar, y así mismo comencé las quimioterapias hasta el año 2019, que me detectaron metástasis cerebral e hicieron una junta de médicos en la cual mi doctora solicitó que me cambien de medicamentos, en donde no me aprobaron la ecografía me dijo que compre las primeras ampollas que me costaron \$3.400 cada una, para ver la efectividad del medicamento me puse tres ampollas, y luego fui al comité de tumores donde no me lo aprobaron tampoco, tuve que comprar 11 ampollas que gasté casi como \$30.000 dólares en septiembre del año 2019, yo le dije a la doctora que ya no podía seguir comprando porque mi familia para eso hacía diferentes actividades para ayudarme. En octubre del año 2019 la doctora mi oncóloga actual me presentó al comité de tumores en donde me aprobaron, pero pasa los meses de octubre, noviembre, diciembre y en enero nada, entonces la doctora y la Abogada Rossy, presentó para hacer una audiencia en la que el doctor dijo que me iban a comprar tres ampollas, y las 18 ampollas más para el tratamiento pero así mismo me pusieron solo 1, y de allí se olvidaron del tema, pasó en febrero me la pusieron, y allí pasó hasta junio el mensaje de que no había nada y mi enfermedad seguía avanzando. Me subieron a la Defensoría del Pueblo con la Ab. Rossy, los citó pero dijo en la audiencia que hizo a la Defensoría del Pueblo que yo no era beneficiaria de ese medicamento, y que tenía que yo volver hacer y no me dieron ningún medicamento, y volver a la Defensoría del Pueblo, volver a tramitar el proceso para que me compren el medicamento, y nada entonces de ahí en julio yo fui a hablar con el Dr. Hunda, y me dijo que no había ese medicamento y se tenía que volver a hacer ese trámite, y tenía que ir semana a semana a preguntar si ese medicamento ya llegó, y entonces yo me acerqué donde el Dr. Alex Díaz, gerente del IESS, y me dijo que llamó al Dr. Hunda, que si ese medicamento no había ahí lo traslade a otro hospital, al OMNI HOSPITAL y había la medicina en los 15 minutos que hablé con él me dijo que no había. El día lunes ya me pusieron y me pusieron 22 ampollas en febrero que era la suma que yo necesitaba gracias a Dios, estaba en un nivel tumoral de 284 hasta ahora en febrero que me pusieron de este año, luego la Dr. Estrada, me dijo que ya no era beneficiaria, mi salud está bien hasta que me mantenía con ese medicamento. ¿Qué pasa ahora? No puedo caminar y me duele mucho la cabeza la espalda, es demasiado entonces me dijeron que no solo es la necesidad de una sentencia de la señora Jeselyn Pincay pero me pusieron que mi abogada dice que porque me pusieron las 22 ampollas si no soy beneficiaria. Yo he hecho muchos oficios al gerente que no recuerdo el nombre, entonces no sé si el enojo de ellos es eso, pero cada día yo me siento mal y a veces me hago particularmente pero siempre vuelvo a lo mismo con la metástasis en el cerebro, y llevo 6 meses que no*

tengo medicamento. En abril yo mismo fui a preguntar y llegaron a 80 ampollas de la misma, pero para cuatro pacientes, pero no para mí, le pregunté a la Dr. Rossy, dijo que si el Dr. Mazo dijo que yo ya era beneficiaria a esa medicina, por qué ahora que la necesito más me dicen que ya no soy beneficiaria, entonces le digo que a cuatro no les hayan puesto porque solo habían 80 en abril que yo fui ahí, para 4 pacientes no sé ahora...".-SIC. Presentando pruebas que consideran fundamentan la acción, y en audiencia LA AB. ROSSY CRISTI CHOEZ, en representación de la legitimada activa JULIA RAQUEL ARCOS RAMOS, en audiencia de forma oral señaló: "...Muchas gracias señor juez soy la Ab. Rossy Barros abogada de la Defensoría del Pueblo, comparezco en representación del Dr. Francisco del Pozo, Delegado del Guayas, para contemplar lo que el derecho en su supervivencia de la señora Julia Arcos para mostrar que la Defensoría del Pueblo presenta esta acción de protección considerando lo que dice el Art. 88 de la norma constitucional, la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo eficaz de los derechos reconocidos en la constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales de autoridades públicas judiciales. El derecho a la salud que se encuentran contemplado en la norma constitucional, y se complementa y concuerda con lo señalado en el Art. 663.7 de la misma norma, el derecho a la salud no constituye únicamente que como sujeto de derecho nosotros todas las personas podríamos acudir a un lugar, a una infraestructura, a un hospital a que se nos diagnostique la enfermedad como ya lo ha señalado la corte interamericana de derechos humanos y así mismo el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a la salud también constituye el acceder, tener la disponibilidad de medicamentos en un momento oportuno para nuestro tratamiento el Art. 363 punto 7 señala que el estado será responsable de garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad seguros y eficaces en materia de derechos humanos constamos dos sujetos de derecho porque somos las personas y el obligado a garantizar derechos humanos que en este caso es el estado, el estado en Ecuador garantiza el derechos de salud según el ministerio de salud pública o a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el caso de las personas afiliadas al instituto de seguridad social del ente obligado a garantizar y a respetar sus derechos es el IESS en el caso de Julia Arcos ella es una persona afiliada al IESS, una persona en doble estado de vulnerabilidad tiene discapacidad y enfermedad catastrófica al padecer de Cáncer, y ella recibe la supervisión en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, como los señaló en el año 2009, fue diagnosticada de cáncer de mama, ha cubierto varios tratamientos en la progresión de su enfermedad, y en el año 2019, le señalan que debe acceder a un medicamento que se encuentra fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos, este medicamento se denomina Traztusumab Emtansina como para hacer un paréntesis en el momento, en el que se solicita o en el que la médico tratante solicita el acceso a este medicamento por cuentas separadas se maneja aquí mismo en la Defensoría del Pueblo el caso de Jesmy Pincay, la paciente con el mismo diagnóstico de cáncer y que requería el mismo medicamento Traztumusab Emtansina, presentó una acción de protección en la cual la sentencia fue con efectos favorables, el juez señaló que las personas desde esa fecha de la audiencia del momento de la acción judicial las personas que en esa fecha requieran el medicamento Traztumusab Emtansina iban a ser beneficiarias de dicha sentencia, y el hospital tenía la obligación de adquirir o

*comprar la cantidad suficiente para estos pacientes por ello se llamó a reunión de trabajo a representantes del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, y en audiencia en la Defensoría del Pueblo, se señaló que la señora sería beneficiaria de esta sentencia en vista de ese acuerdo de esa diligencia del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, se le brindaron a Julia Arcos 22 dosis del medicamento Traztumusab Emtansina, si mi médico tratante Lorena Estrada le fue aplicando la medicación hasta el mes de febrero resulta que en el año 2022, dos años después señor juez en la que su medicación había logrado que mantenga sus actividades, los marcadores tumorales habían disminuido ella tenía una vida digna ella era autónoma durante estos 22 meses en el año 2022, en febrero le manifiesta que no, que se suspendió el acceso al medicamento que fue un error que a ella no le correspondía recibir este medicamento, esta respuesta por parte del Hospital vulnera el derecho a la salud de la paciente Julia Arcos, una paciente que ya venía recibiendo un medicamento y por cuestiones meramente administrativas errores, y falta de la debida diligencia del hospital le suspenden el medicamento que le permitía tener una vida digna, y que es lo que trae como consecuencia que la condenan a una muerte con sufrimientos, con dolores, y eso es lo que constituye la vulneración de derechos por parte del hospital que es lo que nos ha dictado al Corte Constitucional No. 679, párrafo 84 que el acceso a medicamentos debe lograr 3 objetivos: Mejorar la capacidad y potencialidad para que la personas sea lo más plena posible, deberá poder permitir la autonomía del paciente, la consideración de una muerte natural digna sin dolor y sin padecimientos. Como se lo ha escuchado por parte de Julia Arcos, el recibir el medicamento de 22 dosis casi alrededor de dos años lo que ha logrado o lo que logró en su momento de su vida fue mantener su autonomía fue tener una vida digna, y ahora la interrupción del tratamiento es lo que está afectando el bien jurídico máspreciado que es el derecho a la salud, en este sentido la defensoría del pueblo solicitó al hospital en el mes de abril que se identifique las razones por las cuales se había suspendido el tratamiento de Julia Arcos, vulnerando los derechos constitucionales de la paciente, ellos ratificaron que efectivamente se suspendió el medicamento porque no era beneficiaria de la sentencia, se solicitó por parte del IESS del Comité de Farmacoterapia, solicitud de aprobación de autorización del medicamento Traztumusab Emtansina, y se envió por solicitud de extensión el medicamento para dejar un poco más claro cómo funciona el acceso al medicamento, al acceso de los medicamentos básicos el acuerdo ministerial No. 158, determina que la adquisición de medicamentos fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos se debe realizar mediante un trámite de anexo 1, es un procedimiento que permite verificar la eficacia de seguridad del medicamento, existe una explicación en el anexo 1 cuando ya existe esta aprobación de anexos en el anexo 1, cuando ya se ha aprobado la calidad, la seguridad del medicamento a través de ensayos clínicos se puede solicitar ahora mediante un trámite que es más eficaz, más diligente, y la solicitud de adquisición del medicamento mediante esto quiere decir que si un hospital del sub sistema de salud del IESS ya solicitó la autorización del medicamento Traztumusab Emtansina como anexo 1. Ya probó su eficacia, aprobó su seguridad entonces puede solicitarlo ahora mediante el procedimiento de extensión del medicamento, y esto lo que hace es que el comité de farmacología y grupo de médicos especialistas del Hospital Teodoro Maldonado, demuestran que ese medicamento es el idóneo para una actual paciente una u otra*

*paciente en ese sentido el hospital, solicitó la autorización de adquisición del medicamento mediante solicitud de extensión demostrándole la legitimidad de la paciente Julia Arcos, para este medicamento y además señalando que ya la paciente venía recibiendo 22 dosis; por lo tanto, ya está demostrado la eficacia de este medicamento en el organismo, en la vida de la paciente. El MSP mediante oficio determinó que no autoriza la adquisición del medicamento, y solicita que se envíe una valorización de cada paciente, el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, en su momento solicitó la autorización del medicamento como solicitud de extensión no solo para Julia Arcos, si no para cuatro personas más que se encontraban con el mismo diagnóstico, y requerían el mismo medicamento Traztumusab Emtansina, el Ministerio de Salud Pública negó la autorización del medicamento bajo el argumento de que considerandos la no autorización de la adquisición del medicamento Traztumusab Emtansina, emitida por esta cadena de estado y conforme lo establecido en la normativa sanitaria vigente así como lo dispuesto en la sentencia Constitucional No. 679-18-JP/20, los establecimientos de salud del IESS que requieren el medicamento referido deberán remitir por cada paciente candidata al uso del medicamento un formulario de evaluación, para solicitar información para la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos es decir anexo 1, correctamente elaborado conforme lo establece el reglamento sustitutivo para referir la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos a fin de que este portafolio, pueda realizar el análisis técnico correspondiente y emitir el pronunciamiento respectivo que quiere decir eso, que el ministerio de salud solicita al Hospital que no envíe bajo el procedimiento de solicitud de detención el medicamento si no bajo el proceso de anexo 1, y por separado cada uno de los requerimientos por pacientes y con su formulario de evaluación esto demuestra que el MSP, no ha considerado al momento de resolver la negativa de acceso al medicamento, no consideró que la paciente Julia Arcos ya venía recibiendo 22 dosis; por lo tanto, ya estaba demostrada la legitimidad de la paciente para este medicamento, el MSP obliga al IESS a que realice otro procedimiento, es decir por cuestiones de forma niega el acceso al medicamento al paciente a un trámite más largo, a un trámite menos ágil y que lo que ocasiona es vulnerar los derechos constitucionales de Julia Arcos. La corte constitucional habla sobre la misma sentencia que hemos hecho referencia cabe señalar que esta sentencia es una especie de reparación para los pacientes que requerirán en su momento acceder a medicamento fuera del cuadro nacional de medicamentos básicos, y en este sentencia la corte pide disculpas a los familiares de los pacientes que a la fecha que dictaron la sentencia aún no habían recibido la autorización del medicamento, pide disculpas por esta situación, pide disculpas por las deficiencias administrativas, por errores burocráticos que afectaban directamente el derecho a la vida de los pacientes al no permitir el acceso al medicamento de forma oportuna para su tratamiento. En dicha sentencia la Corte Constitucional, manifiesta que la vida idónea para reclamar los derechos del paciente de la acción de protección, es por eso que la defensoría del pueblo el día de hoy solicita que a través de su autoridad se ordena al Ministerio de Salud Pública, se autoriza el adquisición del medicamento mencionado para la paciente Julia arcos considerando que se ha probado su calidad su eficacia y su seguridad para el tratamiento de la paciente Julia Arcos, cabe señalar que luego*

*de la negativa obtenida por el Ministerio de Salud Pública, y el IESS remitió nuevamente y cómo el MSP, lo solicitaba de forma individual remitió el trámite de anexo 1, al Ministerio de salud pública, por lo tanto actualmente nos encontramos a la espera de la autorización del MSP, y por otra parte se nos ha señalado que en el hospital Teodoro Maldonado Carbo, existe un stock suficiente de medicamentos para que la señora Julia arcos pueda Acceder al mismo lo antes posible, y en el momento que usted lo determine sin olvidar qué se debe iniciar el proceso de contratación pública, lo antes posible para que el hospital Teodoro Maldonado Carbo, no caiga en un desfase o desabastecimiento de medicamento. Por otra parte cabe señalar que la Corte Constitucional, determina cuando un medicamento es seguro y eficacia en el caso del medicamento mencionado cuenta con registro sanitario, es un medicamento que está aprobado por la OMS, y es un medicamento que ha sido eficaz en el tratamiento de Julia arcos situación que podrá corroborar la médico tratante Dr. Lorena Estrada, en este contexto señor juez la defensoría del pueblo solicita que acepte la acción de protección presentada ante la vulneración del derecho a la salud a la atención prioritaria, y especializada por parte del IESS y del MSP, así como se repare ordenando al Ministerio de salud pública que autorice la adquisición del medicamento antes mencionado para la paciente Julia Arcos, y de forma inmediata se le suministre la siguiente dosis para que no siga condenándola a situaciones que van a deteriorar la vida de Julia Arcos hasta aquí en intervención...”.-SIC.-*

Por lo expuesto, sobre la base de los cargos formulados y pruebas de cargo y descargo actuadas dentro del proceso, así como los argumentos relevantes de las partes procesales expuestos en la demanda y contestación, el tribunal emitirá la sentencia de mérito que corresponda conforme los recaudos procesales.

#### **CUARTO: ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE SIRVEN PARA RESOLVER LA PRESENTE GARANTÍA JURISDICCIONAL DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN. –**

##### **a. Sobre el ordenamiento jurídico aplicable a la acción de protección**

**La Constitución de la República indica:**

**El art. 88 establece:** “ *La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*”

**Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional indica:**

**Art. 39.- Objeto.-** “*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*”

**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. “*

**Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.-** *“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, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.”*

**Art. 42.- Improcedencia de la acción.-** *“La acción de protección de derechos no procede:*

*1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.”*

#### **b. Sobre las Sentencias de la Corte Constitucional aplicable a la naturaleza de las acciones de protección**

La Sentencia No. 102-13-SEP-CC, dentro del caso No. 0380-10-EP, el Pleno de la Corte Constitucional realizó una interpretación conforme del contenido del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determinó que la acción de protección exige por parte del juez, la verificación de la existencia o no de la vulneración de un derecho constitucional en el caso que llega a su conocimiento. La precitada sentencia señala: *“En consecuencia de lo dispuesto en la Constitución y en la ley, la obligación del juez de garantías constitucionales radica precisamente en sustanciar el proceso para que, una vez que se hayan cumplido todas las etapas procesales, se pueda juzgar sobre la existencia o no de las vulneraciones de derechos constitucionales. **La inadmisión de una demanda no puede entonces ser utilizada como una forma de escape del juzgador constitucional para inhibirse de su obligación constitucional y legal en la tutela de los derechos constitucionales, pues esta forma de proceder deviene en una real inhibición de conocer garantías jurisdiccionales, lo cual se encuentra proscrito legalmente para los jueces constitucionales**”.* [Énfasis del Tribunal]

Además, en la sentencia antes referida señaló que no es suficiente con que el juez

argumente jurídicamente la existencia de otras vías para negar o declarar improcedente la acción de protección, por cuanto: ***“Si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad”***; es decir, que la acción de protección es una garantía idónea y eficaz que procede, únicamente, cuando se verifique por parte del Juzgador, la existencia de vulneración de derechos constitucionales.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 001-16-PJO-CC, caso No. 0530-10-JP, estableció como regla jurisprudencial con efecto *erga omnes*: ***“1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido”***. Esta regla jurisprudencial nace de la reiteración de varios pronunciamientos en ese sentido, basados en la interpretación efectuada por el máximo órgano de justicia constitucional de la norma contenida en el artículo 88 de la Constitución de la República, que regula la acción de protección.

### **c. Sobre el derecho a la seguridad jurídica y el núcleo duro del derecho**

Art. 82 de la Constitución de la República: ***“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”***

Sobre la Seguridad Jurídica, la Corte Constitucional estableció en la SENTENCIA No. 236- 15-SEP-CC; CASO No. 0361-12-EP: ***“[...] En armonía con la norma constitucional invocada, esta Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la seguridad jurídica:...[Se] constituye en la garantía del respeto a la Constitución, como norma jerárquicamente superior, cuya observancia corresponde a todas las autoridades públicas y judiciales, las cuales deberán aplicar normas jurídicas que hayan sido expedidas con anterioridad al hecho sometido a su conocimiento. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se concibe a la seguridad jurídica como un derecho, es decir, es aquella prerrogativa, que ostentan todas las personas para exigir el respeto de la norma constitucional, tanto a través de la formulación de normas jurídicas previas, claras y públicas, como también respecto a su correcta aplicación por parte de las autoridades competentes. (...) De los criterios expuestos se colige que el derecho a la seguridad jurídica coadyuva para que el texto constitucional sea respetado, y además, para que quienes están encargados de administrar justicia, observen y apliquen normas jurídicas que han sido expedidas con anterioridad al hecho por ellos conocido, en todas las instancias procesales, así como el trámite propio para cada procedimiento, a fin de que los derechos de las partes procesales sean protegidos. Como se puede advertir, la relevancia jurídica***

que posee este derecho proviene de la necesidad social de contar con normas preestablecidas para cada situación jurídica. Implica además la garantía de contar con jueces competentes, independientes e imparciales que protejan los derechos de las partes en litigio. De ahí que el derecho constitucional a la seguridad jurídica, al igual que los demás derechos constitucionales, no comporte un derecho aislado del resto de derechos, sino que como lo prevé el texto constitucional, coexista el principio de interdependencia entre ellos [...]”.-

Una vez que tenemos definido lo que comprende el derecho a la seguridad jurídica según el máximo órgano de administración de Justicia Constitucional del país, considero importante también en este punto referirme a la Teoría del Contenido Esencial, núcleo duro de derechos, analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 003-09-SEP-CC, CASO: 0064-0S-EP, que indica: **“El Contenido esencial consiste en una interpretación dirigida al fundamento y esencia misma de la norma; concretamente, una interpretación teleológica y sistemática aplicada a los derechos fundamentales. Se trata de buscar las formas de compatibilidad que respeten el núcleo central de cada uno de los derechos, solucionando la controversia del modo más ajustado posible y consigue concibiendo a los derechos no como pretensiones abstractas e individualistas, sino como facultades orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social. El Tribunal Constitucional español, en la STC 11181 del 8 de abril de 1981 manifiesta que el contenido esencial: “[...] es aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad lo que hace que sea reconocible como derecho pertinente a un determinado tipo. Aquella parte del contenido que es necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”**<sup>13</sup>. Esta teoría constituye un nuevo paradigma con una interpretación diferente a la habitual (jerarquía, ponderación, subsunción, etc.). Para sus teóricos, los derechos fundamentales son armónicos, constituyéndose en un “mito” la tan mentada colisión entre derechos, ya que, si un derecho es excluido por otro siguiendo una suerte de “darwinismo jurídico”<sup>14</sup>, uno de aquellos tiende a depreciarse, lo cual no es susceptible dentro del constitucionalismo, puesto que éste tiende a que los derechos coexistan armónicamente. El punto de partida de la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía y no su contradicción. Esta afirmación se halla sustentada en la unidad del sujeto humano, en donde el peligro no es solo inaplicar una norma, sino desconocer un derecho fundamental de una persona concreta. Desde el punto de vista de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, no es una buena técnica establecer limitaciones, jerarquías y balances que prioricen un derecho fundamental sobre otro, ya que lo que se busca es la armonía entre tales derechos. En esta tarea, el rol de los jueces es trascendental al pretender armonizar los derechos aparentemente en pugna, buscando que el ejercicio legítimo de ninguno de ellos sea destruido por el otro, evitándose, de esta forma, la depreciación del valor axiológico de los derechos fundamentales. [...]”.

Ahora bien, respecto al derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 989-1 I-EP/19 del 10 de septiembre de 2019, ha indicado que: “el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las

*reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad”.*

La Corte Constitucional del Ecuador ha establecido en sentencia 1679-12- EP/20 de 15 de enero de 2020, respecto de la seguridad jurídica que: *“En cuanto a la certeza, los particulares deben estar seguros de que las reglas de juego no sean alteradas si no por medio de los mecanismos y con las formalidades establecidas en el propio ordenamiento jurídico para el efecto, para lo que deben contar con una legislación estable y coherente, así como con un conjunto de normas que hagan valer sus derechos.”.*

#### **d. Sobre la naturaleza de la acción de protección**

Al tratarse de una acción de protección, la Corte Constitucional ha indicado que<sup>[3]</sup>: “[...] en el marco del respeto a la seguridad jurídica, **los jueces deben actuar en el ámbito de sus competencias y, por ejemplo, si conocen una acción de protección están obligados a verificar la existencia de vulneraciones a los derechos que se alegan inobservados**, no correspondiendo por tanto **determinar responsabilidades administrativas, ni evaluar la legalidad de actos administrativos**. Por lo que, si los jueces se apartan de su competencia de acuerdo a la materia de su conocimiento, incurrirían en vulneración del derecho a la seguridad jurídica. [A]l presentarse una acción de protección, el juez, precisamente en el marco de sus competencias, **debe efectuar un análisis de los hechos del caso y de las pruebas aportadas por las partes, para que con base a ello determine si ha ocurrido o no una vulneración de derechos constitucionales**, sin que aquello implique la declaración de un derecho.<sup>[4]</sup> [Énfasis añadido]. [...] 71. Así, los jueces constitucionales **“deben velar que las garantías jurisdiccionales no se desnaturalicen para que estas cumplan su propósito de proteger derechos, de otra manera, [...] no garantizarían el respeto a la Constitución, violando la seguridad jurídica.”**<sup>[5]</sup>

En palabras de la Corte Constitucional, La acción de protección 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.”**<sup>[6]</sup>

Bajo este contexto, la naturaleza de la acción de protección es claramente tutelar y ahí radica la diferencia con las acciones ordinarias de conocimiento, pues, los derechos constitucionales no son declarados, dado que preexisten y lo único que se determina a través de la acción de protección es si concurre la violación de derechos constitucionales por lo que, se trata de determinar es si existe la violación de un derecho constitucional y con ello, la disposición de una medida de reparación que se encamine a restablecer el derecho a la situación anterior a la violación a fin de que el accionante o afectado disfrute de este, de la manera más adecuada<sup>[7]</sup>.

Por lo expuesto, corresponde verificar con detenimiento<sup>[8]</sup>: **(1) el cumplimiento de los requisitos de presentación de la acción -artículo 40 de la LOGJCC;** (2) la

existencia de una real afectación de derechos constitucionales -artículo 41 ibidem-; y (3) **que la pretensión de la acción no se subsuma en las causales de improcedencia contenidas en el artículo 42 de la LOGJCC<sup>[9]</sup>** y no contraría el ámbito de protección de la garantía ya referida<sup>[10]</sup>.

También, la Corte Constitucional ha indicado que, “la naturaleza del acto no determina la competencia de los jueces al momento de conocer una acción de protección, sino que el fundamento de la demanda sea la existencia de una vulneración de derechos constitucionales<sup>[11]</sup>”.

Ahora bien, si la pretensión de la demanda incursiona en la esfera de la justicia ordinaria, la acción debe rechazarse por improcedente, pues, no se puede pretender que a través de esta acción se reemplace a la jurisdicción ordinaria, ya que respecto de conflictos de mera legalidad existen vías y mecanismos judiciales idóneos y eficaces para el efecto<sup>[12]</sup>.

Al contrario, tratar a la acción de protección como una vía de superposición de las instancias judiciales ordinarias ocasionaría su eventual desnaturalización<sup>[13]</sup>. En consecuencia, para que se declare la improcedencia de la acción se debe cumplir con el estándar constitucional mínimo de la garantía de la motivación que, entre otros, determina que se deben enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, justificando además por qué la vía ordinaria es la que corresponde<sup>[14]</sup>.

Lo dicho ut supra, no es un impedimento para que en sede judicial cuando se activa la garantía jurisdiccional de acción de protección, existe también, un trámite propio de cada procedimiento para el tratamiento, debate y resolución de los problemas jurídicos que surgen de los hechos puestos a conocimiento del juez constitucional sobre los cargos formulados; en este sentido, se habilita a través del derecho de acción, el primer elemento de acceso a la justicia como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, y obliga a un análisis prolijo para verificar o no la vulneración de derechos fundamentales desde la esfera constitucional, constatando si se ha producido su vulneración por acción u omisión de una autoridad pública no judicial y en caso de detectarlo reestablecer de ser posible la situación anterior para reparar el daño causado.

Por lo expuesto, no será procedente la acción de protección cuando se active con la finalidad de solucionar conflictos que no tengan relación con la violación de la dimensión formal y material de un derecho fundamental. De ahí que, el juez constitucional no puede invadir dimensiones *que son propias de la justicia ordinaria, por consiguiente, no puede declarar la procedencia de la acción cuando el fin de la pretensión sea la resolución de un conflicto de mera legalidad*<sup>[15]</sup>.

Es preciso identificar el rol del juez constitucional que, a criterio de la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 179-13-EP/20 de 4 de marzo de 2020 ha establecido que: “[...] **la tarea de los operadores de justicia, frente a una demanda de acción de protección, es examinar pormenorizadamente si el acto o la omisión han violentado los derechos constitucionales alegados por el accionante. Únicamente cuando producto de su argumentación se haya establecido la ausencia de violación de derechos, se podrá establecer la existencia de otras vías para tal reclamación, ya que al determinarse que no existe menoscabo de derechos, la acción de protección no será el mecanismo idóneo y, por tanto, será improcedente**”.

**QUINTO:** Las partes, presentaron sus recursos de apelación ante el juez aquo, por lo que una vez radicada la competencia por el sorteo de rigor, y en virtud de la solicitud de resolver en mérito de los autos, a este Tribunal de Alzada le corresponde sintetizar los argumentos relevantes de defensa para realizar el análisis de los derechos presuntamente vulnerados junto con las pruebas de cargo y descargo, así como de los argumentos relevantes de defensa, según la siguiente:

**5.1. Formulación del problema jurídico, con sujeción a los hechos, la Sala estima que el debate procesal, se ciñe a determinar sí, las acciones del MINISTERIO DE SALUD ¿lesionan o no los derechos constitucionales de la hoy legitimada activa?**

La Acción de Protección conforme lo prescribe al artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador *“tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”*, precepto que sigue su línea de desarrollo en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Conforme se advierte la Acción de Protección requiere:

**1.-** Una violación a un derecho constitucional o reconocido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; **2.-** Que sea una acción u omisión, de sujeto público o privado, o por una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.; y, **3.-** La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para tutelar el derecho violentado.

Así entonces, de los hechos recogidos por la hoy legitimada activa y los accionados, resulta indispensable para esta clase de acción analizar la violación o no de derechos constitucionales, a efectos de determinar si en efecto el hoy legitimado activo, han incurrido en tales transgresiones, mismas que serán analizadas conforme a los hechos demostrables en atención a las reglas de la carga probatoria establecida para esta clase de materia.

Ahora bien, para iniciar el análisis, esta Sala establece y es de precisar que el Estado ecuatoriano a través de las Instituciones que pertenecen al Sistema Integral de Salud es responsable directo de la salud de sus ciudadanos entre ellos la ciudadana hoy legitimada activa JULIA RAQUEL ARCOS RAMOS, de proveer la medicina que ella requieren, pero esta obligación es compartida entre las diferentes instituciones o redes, para el cuidado integral, entre ellos, se identifica a los Hospitales, Instituto de Seguridad Social, y todas aquellas instituciones complementarias que formen parte de la RED, y que estén obligadas de brindar y proseguir con tratamientos médicos hasta su finalización, siendo de atención prioritaria, dándole atención preferente conforme el Art. 35 de la Constitución lo prevé, cuando cataloga a las personas que adolecen de una enfermedad catastrófica dentro de los grupos de atención prioritaria; así lo dispone además el Art. 50 de la Constitución en el cual el Estado le garantiza: *“... atención especializada y gratuita*

*en todos los niveles, de manera oportuna y preferente*”, en relación con el art. 361 *Ibidem*, que reconoce a la Salud como un servicio público, por lo tanto, tiene el derecho a recibir de las instituciones de salud tanto públicas como privadas atención especial y prioritaria, a las personas que padecen enfermedades catastróficas y de alta complejidad como se identifica la ciudadana JULIA RAQUEL ARCOS RAMOS, lo cual en este caso no se verifica se haya cumplido como lo dice el Art. 363 de la Carta magna, en el numeral 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.”.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 3. 1 señala que son deberes primordiales del Estado: “1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”. Además, el Art. 11 *ibidem*, establece: 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”; 11. “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. (...)”; 9. “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. Por su parte, el Código Orgánico de la Salud en su art. 1, último inciso, nos dice que “las personas que padecen de estas enfermedades catastróficas SON CONSIDERADAS COMO PERSONAS DE DOBLE VULNERABILIDAD”, es decir, necesitan mayor atención y ésta debe ser prioritaria por parte del Estado.

Así también, el Derecho a la Vida e Integridad Física, es el primero de los derechos de la persona humana; pero a una vida digna conforme lo señala el artículo 66 numeral 2 de la Constitución de la República el mismo que refiere sobre los derechos de libertad, reconociendo y garantizando a las personas: “el derecho a una vida digna [...]”; por lo que, una vida llena de dolores, afecciones, debilidad y demás condiciones que mermen su calidad de vida, vuelve entonces indigna la existencia del ser humano, y es precisamente lo que ha sucedido con la hoy accionada, es decir, se le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad. Recordando que el derecho a la vida es un valor constitucional de carácter superior y su respeto y garantía aparece consagrado como un principio del ordenamiento jurídico político ecuatoriano como se lo ha analizado en esta sentencia.

Por su parte, el Derecho a la Salud, la Ley Orgánica de Salud en su Art. 3 define lo que es la salud precisando “*Art.3.- La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables*” . Y a su vez el artículo 32 de la misma carta magna se refiere a la Salud como

derecho, y la garantía del bien vivir, cuya, "...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."; en esta revisión también el artículo 358 de la Constitución indica que: "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...". Por su parte, el artículo 359 ibídem: "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.". y que el artículo 363 del cuerpo de leyes citado dispone: "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".

En el presente caso, la hoy legitimada activa de la presente acción, ha acudido a la vía Constitucional para que se le proporcione la medicina "TRAZTUZUMAB EMTANSINA", se evidencia de los recaudos procesales, pues constan los informes, historia clínica, criterios técnicos, y las debidas diligencias, entre ellas las declaraciones juramentadas de médicos especialistas, con las cuales, se denota que por la condición de la hoy actora, al ser una persona con cáncer de mama grado 2 con metástasis 1 ganglionar y cerebral, el suministro de dicho medicamento afectaría su estado de salud, con lo cual en vez de mejoría al mismo produzca un resultado fatal producto de los síntomas y/o reacciones producto de la aplicación del fármaco solicitado, motivo por el cual, en la resolución de primera instancia se declaró parcialmente con lugar la demanda y se ordenó que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo suministre todos los cuidados paliativos necesario.

Hay que destacar, que dicha condición de la accionante, con el debido cuidado y atención por parte del hoy legitimado pasivo hubiese sido distinta, pues desde la finalización del tratamiento (marzo 2022) fecha en la cual la accionada supo manifestar que se agotó el medicamento que mantenía a la hoy actora estable, era su obligación el garantizar su Derecho a la Salud, Vida e Integridad Física, pues debió tomar las medidas necesarias para que su condición continúe estable o no desmejore, por lo cual, esta Sala considera que en efecto la accionada ha vulnerado los Derechos Constitucionales de la hoy legitimada activa de la presente acción.

Ahora bien, es necesario para esta Sala establecer si en este tipo de casos este tipo de reparaciones, como la ordenada por el Juez Aquo, resultan adecuadas, para lo cual, como se ha establecido la hoy actora por su condición de salud grave, merece atención y tratamiento especial, mismo el cual, no puede ser mermado inclusive por la administración de un fármaco en específico, pues si bien, la medicina en muchos casos resulta beneficiosa y alarga o mejora de gran manera la calidad de vida de una persona, en muchas ocasiones cuando la enfermedad se encuentra en un estado muy avanzado la misma además de inofensiva resultaría lesiva para el paciente.

En Sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados, la Corte Constitucional del Ecuador sobre los cuidados paliativos manifestó lo siguiente: *“200. Los cuidados paliativos se complementan con la legítima aspiración de luchar contra la enfermedad y procurar la prolongación de la vida bajo condiciones consentidas por el paciente que no deterioren su calidad. La lucha por la vida tiene que hacerse con el menor dolor posible, con la búsqueda de la paz, con la mejora de la calidad de la vida durante la enfermedad y hasta la muerte, y respetando la voluntad del paciente.”*

Así también, la Guía de Práctica Clínica de Cuidados Paliativos del Ecuador, emitida en el año 2014, señala que *“los cuidados paliativos tienen el objetivo de aliviar el sufrimiento y mejorar la calidad de vida de las personas con enfermedades crónicas o avanzadas con pronóstico de vida limitado, y de sus familiares... deberían comenzar en las fases tempranas del diagnóstico de una enfermedad que amenaza la vida”*.

Es entonces que, los cuidados paliativos son una forma de atención médica que se enfoca en mejorar la calidad de vida de aquellos pacientes que padecen una enfermedad grave, crónica o terminal. Estos cuidados se brindan tanto a pacientes adultos como a niños y se centran en aliviar los síntomas, controlar el dolor y brindar apoyo emocional así como espiritual tanto al paciente como a sus familiares, por lo que, para esta Sala, por la condición de la hoy legitimada activa, y al ser como operadores de justicia el deber de brindar justicia y garantizar sus Derechos Constitucionales, considera dicha medida necesaria y adecuada para resarcir sus Derechos pues no se podía desmejorar o afectar la vida de la hoy actora a través de la suministración de un medicamento, motivo por el cual esta Sala estima adecuada dicha reparación y también que el procedimiento constitucional seguido es el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los Derechos Fundamentales invocados por la legitimada activa, al ser persona afectada que padece de una enfermedad catastrófica, por lo que requiere atención prioritaria además por ser mujer, en el presente caso está en riesgo lo más preciado por el ser humano, la salud, la vida por lo que cada día que pasa podría suponer un riesgo para la vida y su dignidad humana.

#### **SEXTO: SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. -**

En este sentido, la jurisprudencia constitucional<sup>[16]</sup>, determina que es necesario analizar el Art. 40 de la LOGJCC, luego de que forma, encaja o se subsume en las causales de procedencia del Art. 41 ibídem, y si estas incurrieran o se subsumen en las causales de improcedencia prevista en el Art. 42 de la LOGJCC.

**6.4.5.** Por esta razón, en primer lugar se verifica el cumplimiento de los requisitos de presentación de la acción recogidos en el art. 40<sup>[17]</sup> de la LOGJCC, que en el caso que nos ocupa, ocurre por: (1) la violación de derechos constitucionales al debido proceso y defensa en las garantías de cumplimiento de derechos de las partes, motivación, defensa y seguridad jurídica, conforme ha sido desarrollado y debidamente expuesto en el considerando quinto del presente fallo; (2) las vulneraciones detectadas que han sido la consecuencia de la omisión incurrida por la autoridad demandada; y, (3) la Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, por cuanto, la vulneración a la que se alude en la acción de protección recae, en efecto, sobre el ámbito

constitucional de los derechos vulnerado y en concreto, la acción de protección, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de la, dimensión constitucional del derecho vulnerado. De ahí que, la acción de protección constituye un mecanismo procesal subsidiario y no residual.

**6.4.6.** En segundo lugar, corresponde a la Sala, verificar la existencia de una real afectación de derechos constitucionales con arreglo a lo previsto en el art 41.1 ibidem, en este sentido, la acción de protección es procedente por tratarse de un acto administrativo expedido por una autoridad pública no judicial: que por omisión en su accionar respecto al derecho de motivar a las partes las razones para afectar su situación jurídica relacionado a su derecho al trabajo y vida digna y aspectos procesales del debido proceso y sus garantías mínimas, fueron inobservadas, incurriendo de esta forma, en la violación de los derechos enunciados anteriormente.

**6.4.7.** En tercer lugar, luego de verificar que la pretensión de la acción no se subsuma en las causales de improcedencia contenidas en el art. 42<sup>[18]</sup> numerales 1, y 4, ibidem, es procedente declarar con lugar y ratificar la sentencia subida en grado, siendo así, la acción de protección propuesta por los legitimados activos prospera, toda vez que, de los hechos se desprende que existe una violación de derechos constitucionales en su contenido material, lo que conlleva, a la habilitación de la vía constitucional por tratarse del amparo directo y eficaz cuando se vulnera derechos constitucionales para reestablecer una reparación al daño causado<sup>[19]</sup>.

Al respecto, no se configuran las causales de improcedencia de la acción de protección, toda vez que, no se tratan de cuestiones de mera legalidad, que dicho sea de paso, tienen sus propias vías ordinarias para la resolución de conflictos ante la justicia ordinaria, sino que, al haberse verificado la vulneración de derechos constitucionales en su contenido material y alcance desde el ámbito constitucional, se debe otorgar el amparo directo y eficaz a los accionantes como parte de su derecho a la tutela judicial efectiva activada a través de la garantía jurisdiccional: acción de protección.

**SEPTIMO: DECISIÓN.** – Por lo cual, por los antecedentes expuestos, esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve: **1)** Declarar sin lugar los Recursos de Apelación interpuesto por las partes **2)** Confirmar la Sentencia venida en grado y su medida de reparación allí ordenada y disponiendo además lo siguiente: **3)** Se dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Ministerio de Salud Pública ofrezcan disculpas públicas a la señora JULIA RAQUEL ARCOS RAMOS, para lo cual, la misma debe ser ubicada en el portal web oficial de las referidas instituciones por 30 días consecutivos así como en el banner principal de sus redes sociales con 1 publicación por semana en el lapso de 3 meses consecutivos. **4)** Como medida de no repetición se dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Ministerio de Salud Pública delegue a un equipo de funcionarios especializados en la materia, para que procedan dentro del plazo de tres meses a brindar capacitaciones a los médicos y personal tratantes de enfermedades catastróficas respecto a los cuidados paliativos a personas con enfermedades catastróficas. **5)** Cúmplase con lo que establece los artículos 86.5 de

la Constitución de la República y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y remítase la presente resolución a la Corte Constitucional. – Se deja constancia que dos de los tres Jueces que conformaban el tribunal fueron suspendidos, posteriormente destituidos, y la señora Jueza Ponente estuvo encargada de dos despachos y atendiendo casos de la Provincia de Santa Elena cuando era requerida.- CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.

1. <sup>^</sup> **Art. 8.- Normas comunes a todo procedimiento.-** Serán aplicables las siguientes normas: 8. Los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial.
2. <sup>^</sup> **Art. 24.- Apelación.-** Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada.
3. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1101-20-EP/22 del 22 de julio de 2022, párrafos 70 y 71.
4. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 698-15-EP/21 de 24 de noviembre de 2021, párr. 25 y 26.
5. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 621-12-EP/20 de 11 de marzo de 2020, párr. 22.
6. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°.1-16-PJO-CC de 22 de marzo de 2016, caso N°. 530-10-JP, párr. 30
7. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0087-12-EP, sentencia N° 259-15-SEP-CC, de 12 de agosto de 2015, pág. 13. Para su conocimiento: “[E]xisten diversas formas de hacer efectiva la reparación integral y por las cuales el juez constitucional debe aplicar aquella que mejor se adapte al caso en particular, manteniendo un criterio de eficacia, proporcionalidad y principalmente, sin desconocer y afectar derechos de terceros y/o [de la parte accionada], pues si el juez constitucional no hace una justa valoración entre la declaratoria de vulneración de derechos y el consecuente mecanismo de reparación, se pierde la naturaleza reparatoria que caracteriza a la acción de protección”
8. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0087-12-EP, sentencia N° 259-15-SEP-CC, de 12 de agosto de 2015, párrafo 48.
9. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 380-10-EP, sentencia N°. 102-13-SEP-CC de 4 de diciembre de 2013, pág. 16 a 25
10. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1101-20-EP/22 del 22 de julio de 2022, párrafo 85.
11. <sup>^</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 2152-11-EP/19 de 10 de septiembre de 2019, párr. 32

12. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1178-19-JP/21 de 17 de noviembre de 2021, párr. 46.
13. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1178-19-JP/21 de 17 de noviembre de 2021, párr. 54.
14. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1178-19-JP/21 de 17 de noviembre de 2021, párr. 96
15. ^ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1101-20-EP/22 del 22 de julio de 2022, párrafo 88.
16. ^ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 1101-20-EP/22 párrafo 85, 86 y 87: "Es por esto que, los jueces constitucionales que conocen una acción de protección deben verificar con detenimiento<sup>30</sup>: (1) el cumplimiento de los requisitos de presentación de la acción -artículo 40 de la LOGJCC-; (2) la existencia de una real afectación de derechos constitucionales -artículo 41 ibidem-; y (3) que la pretensión de la acción no se subsuma en las causales de improcedencia contenidas en el artículo 42 de la LOGJCC<sup>31</sup> y no contraríe el ámbito de protección de la garantía ya referida. 86. Evidentemente, la esencia del examen de la autoridad judicial constitucional debe centrarse en verificar si concurre la alegada violación, previo a determinar (i) cuáles son las vías ordinarias adecuadas y (ii) la causa de improcedencia de la acción, recalando que, la naturaleza del acto no determina la competencia de los jueces al momento de conocer una acción de protección, sino que el fundamento de la demanda sea la existencia de una vulneración de derechos constitucionales. A partir de lo indicado, se colige que el argumento contenido en el párrafo 31, primer inciso supra, en el que se hace alusión a que los actos administrativos no pueden ser impugnados en la vía constitucional, es improcedente. 87. Siguiendo este orden de ideas, la obligación descrita no es absoluta, puesto que, si la pretensión no se circunscribe a la tutela de derechos constitucionales e incursiona en la esfera de la justicia ordinaria, la acción debe rechazarse por improcedente, pues, no se puede pretender que a través de esta acción se reemplace a la jurisdicción ordinaria, ya que respecto de conflictos de mera legalidad existen vías y mecanismos judiciales idóneos y eficaces para el efecto.<sup>35</sup> Al contrario, tratar a la acción de protección como una vía de superposición de las instancias judiciales ordinarias".
17. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencias Nros. 001-10-JPO-CC; 013-13-SEP-CC; 016-13-SEP-CC; 043-13-SEP-CC; 102-13-SEP-CC; 006-16-SEP-CC.
18. ^ **Art. 42.- Improcedencia de la acción.-** La acción de protección de derechos no procede:
19. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 1-16-PJO-CC de 22 de marzo de 2016, caso N°. 530-10-JP, párr. 30

f).- CORDOVA HERRERA ROCIO ELIZABETH, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA;  
RODRIGUEZ MONGON MARCO VINICIO, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA; INTRIAGO

LOOR FELIX ENRIQUE, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE FMNA.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

GALLARDO ZURITA FAUSTO XAVIER  
SECRETARIO (E)