

VISTOS: En razón del sorteo de ley se constituye este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, integrado por los jueces provinciales doctores: Wilson Lema Lema (Ponente), Mónica Bravo Pardo y Narcisa Pacheco Cabrera, con el fin de conocer y resolver el recurso de apelación planteado por la defensa del accionado Hospital Carlos Andrade Marín, a la sentencia dictada aceptando la acción constitucional de protección No. 17460-2020-01412, por parte del señor Juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Dr. Patricio Baño Palomino. En lo principal, siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA:

Este Tribunal tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el presente recurso de apelación, en razón del sorteo, y, de conformidad con lo establecido en el Art. 208.1, del Código Orgánico de la Función Judicial -en adelante COFJ-, concordante con el Art. 86, numeral 3, segundo inciso, de la Constitución de la República del Ecuador –en adelante CRE-; y, el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional -en adelante LOGJCC-.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:

En la tramitación de la presente causa se han observado las garantías del debido proceso constitucional y legal, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 75, 76, 86, 168.6 y 169 de la CRE; y, Art. 8 y siguientes de la LOGJCC, no advirtiéndose omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera influir en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES:

3.1. Con fecha 6 de marzo de 2020, el señor Juan Manuel Pástor Herdoíza, legitimado activo, presenta su demanda de acción constitucional de protección en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IESS) y del Gerente General del Hospital Carlos Andrade Marín (en adelante HCAM), legitimados pasivos. **3.2.** Mediante sorteo, el conocimiento de esta acción, recae en la mencionada Unidad Judicial de Tránsito, cuyo Juez, el 30 de abril de 2020, a las 08h30, reinstala la audiencia respectiva; y, con fecha 26 de mayo de 2020, a las 13h02, dicta sentencia aceptando la acción de protección propuesta disponiendo la correspondiente reparación integral, frente a lo cual la defensa del accionado interpone recurso de apelación. **3.3.** Este Tribunal de Alzada de la Sala Penal, integrado debidamente mediante sorteo, con providencia de 12 de junio de 2020, a las 12h24, avoca conocimiento del recurso de apelación interpuesto y dicta autos para resolver.

CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN DEL LEGITIMADO ACTIVO:

El accionante JUAN MANUEL PÁSTOR HERDOÍZA, tanto en su demanda como en la audiencia correspondiente, ha sostenido principalmente lo siguiente:

4.1. Actos u omisiones violatorios de derechos constitucionales.- Radica en la falta de provisión del medicamento PEMBROLIZUMAB, cuyo tratamiento ha sido aprobado por el Comité de Tumores del HCAM, a mediados de enero de 2020, por cuanto el accionante ha sido diagnosticado con un melanoma metastásico maligno en la zona de la nasofaringe, que por lo tanto forma parte del grupo de personas de atención prioritaria debido a que adolece un tipo de cáncer denominado melanoma metastásico maligno, cuya existencia ha sido detectada primeramente por el Comité de Tumores del Hospital Metropolitano quienes han considerado adecuado el tratamiento con la aplicación de pembrolizumab de intención paliativa con el nombre comercial QUITRUX; que en el caso del legitimado activo ni la quimioterapia ni la radioterapia son efectivos pues ya sufrió un proceso metastásico, ya se ha regado el cáncer al menos en la nariz, está también en la región maxilar y en otras partes del cuerpo; que el tratamiento con pembrolizumab es muy efectiva para tratar el melanoma, que incluso tiene posibles efectos de regresión tumoral, pues los pacientes con melanoma que son tratados con este tipo de medicamento, que ya ha sido objeto de estudios en el Ecuador, es muy efectivo; que en el HCAM del IESS, ha sido atendido por la doctora ODERAY LARREA, quien inicialmente ha estado en desacuerdo con el diagnóstico, porque en los resultados ha salido que no había actividad metastásica pero que esto respondía a que hubo muy poco tiempo entre la cirugía realizada en el H. Metropolitano y la práctica de los exámenes, por lo que la doctora ha dicho que no le podía prescribir esta medicina; que el 30 de diciembre de 2019, el hoy accionante ha acudido al HCAM, al aparecer unos puntos sospechosos en el torax y un tumor en el cuello, entonces la doctora Larrea se da cuenta que es un tema metastásico, y que en ese momento ya pueden ordenar el tratamiento pembrolizumab, pero que el trámite para que se le dé la medicación dura de 6 a 8 meses, por lo que el señor Pastor ha decidido asumir los gastos del tratamiento, porque estaba en juego su vida, pero debido a los altos costos, pues requiere de 8000 dólares cada tres semanas, solo han cubierto tres aplicaciones no pudiendo asumir la cuarta aplicación, mientras tanto el IESS apenas ha enviado un par de documentos y le han dicho que el tema ni siquiera tiene luces de que salga

4.2. Derechos Violados.- Indica el legitimado activo que los accionados han vulnerado su derecho a la salud en la garantía de disponibilidad de los medicamentos, contemplado en la observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con los Arts. 32 y 363 de la Constitución de la República del Ecuador; así como también el derecho a una vida digna e integridad personal, y a la atención prioritaria, previstos en los Arts. 66 numerales 2 y 3, y, 35, respectivamente, ejusdem.

4.3. Prueba.- El accionante para sustentar su demanda y acción ha presentado prueba documental y testimonial.

4.4. Pretensión.- El accionante Juan Manuel Pástor Herdoíza, en su demanda, solicita se declare la violación de sus derechos constitucionales; y, como reparación integral solicita que se ordene la provisión permanente e inmediata del medicamento pembrolizumab por parte del HCAM, por el tiempo que dure su tratamiento, de acuerdo a las indicaciones de los médicos tratantes de la casa de salud; que se ordene la devolución de los valores gastados para la adquisición del medicamento hasta que el IESS los provea; y, que la accionada extienda al accionante las debidas disculpas públicas como garantía de reparación, y que se establezcan garantías de no repetición.

QUINTO.- ALEGACIONES DEL LEGITIMADO PASIVO:

El abogado Omar Ayabaca Buenaño, a nombre del Director Provincial de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-IESS y Representante del Hospital Carlos Andrade Marín-HCAM, en la audiencia correspondiente, ha sostenido que en estos casos siempre debe estar el Ministerio de Salud Pública por cuanto uno de los medicamentos que se pretende está fuera del cuadro básico de medicamentos; que el HCAM es un hospital de tercer nivel, es decir de especialidades; que la “astucia” de algunos pacientes está en que se hacen tratar en otro lado y cuando se les agota el dinero acuden al IESS y solicitan este medicamento de forma inmediata, cuando el IESS se rige por la Ley de Medicamentos Genéricos, y ahora se les quiere obligar a que compren inmediatamente y reconozcan facturas que nunca le obligaron a comprar; que no se ha reunido el Comité de Médicos del HCAM, para que resuelva el medicamento que tiene que tomar el accionante, quien saltándose todos los procedimientos, mal utilizando las acciones de protección por parte de la Defensoría del Pueblo, quieren obligar a que un médico suministre medicamentos; que los médicos deben cumplir los procedimientos dispuestos por el órgano rector que es el Ministerio de Salud Pública, so pena de sanción; que conforme el Art. 226 de la Constitución los servidores públicos deben cumplir con lo que dispone la Ley, en el caso la Ley Orgánica de Salud, artículo 158, en lo que se refiere a la adquisición de medicamentos, que no se puede utilizar las acciones de protección para saltar el procedimiento; que la doctora Larrea tiene que hacer un procedimiento, presentar un documento al Comité de Farmacias del Hospital en el que diga esto le hace bien al señor, luego de la discusión tiene que ser trasladado al Ministerio de Salud Pública para que les autorice; que en el presente caso no se le ha dado el derecho a la defensa a este Ministerio para que autorice la adquisición del medicamento, cumpliendo la Ley de Contratación Pública; que en varios casos trabajando día a día se han demorado hasta 8 meses para la adquisición, porque este medicamento está en prueba; que el ente accionado no tiene dinero, que tendrían que dejar de atender a todos los niños de pediatría para comprar el medicamento para una sola persona, y que eso no va a hacer el Hospital; y, que no existe violación de ningún derecho constitucional del accionante, por lo que al amparo de los numerales 1 y 5 del artículo 42 del LOGJCC solicita se declare la improcedencia de esta acción.

SEXTO.- FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA DEL JUEZ A QUO:

El Juez de instancia, al dictar su sentencia, efectúa un análisis de los fundamentos expuestos tanto por el legitimado activo como por el pasivo, y de cada uno de los derechos

presuntamente vulnerados, contrastándolos con la prueba documental y testimonial presentada, y fundamentado en normativa constitucional y legal, así como en jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que: 1) Desde el 14 de mayo de 2019 se le ha vulnerado el derecho a la salud del accionante que ha empezado con un *“diagnóstico impreciso de su padecimiento”* hasta llegar a la *“falta de provisión del medicamento PEMBROLIZUMAB de carácter paliativo”*, concluyendo que el derecho a la salud vulnerado incluye el aprovisionamiento del medicamento al accionante, ya que la entidad accionada *“no puede justificarse en el cumplimiento de actos administrativos engorrosos que lo único hacen en aupear la vulneración”* (sic); 2) Que, el *“no proporcionarle la medicación que requiere el accionante para el tratamiento paliativo de su enfermedad, viola su derecho a la vida e integridad personal, que como ha quedado sentado ya son interdependientes con el de la salud”*; y, 3) Que, *“el accionante adolece de una enfermedad catastrófica de alta complejidad como lo es MELANOMA METASTASICO EC III, por lo que integra el grupo de atención prioritaria del Estado, sin embargo, poco ha servido para que la accionada provea del medicamento PEMBROLIZUMAB a fin de que trate su padecimiento”*. Con fundamento en lo cual dicta sentencia aceptando la acción de protección propuesta y ordenando la reparación integral respectiva.

SÉPTIMO.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL AD QUEM:

7.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.- 7.1.1. La acción de protección fue incorporada en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 como la garantía jurisdiccional encargada de tutelar de modo directo y eficaz los derechos constitucionales de las personas (Art. 86). De acuerdo con el Art. 88 de la Norma Suprema, *“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”*. **7.1.2.** Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), regula las garantías jurisdiccionales y entre ellas la acción de protección, estableciendo su objeto, los requisitos para su presentación y la procedencia de esta acción. En este sentido, el objeto de la acción de protección contemplado en el Art. 88 de la Constitución, se replica en el Art. 39 de la LOGJCC que dispone que la acción de protección tiene 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 otras acciones constitucionales. Esta ley establece además requisitos para su presentación y procedencia, así, el Art. 40 exige básicamente: **(i)** Que exista violación de un derecho constitucional. Lo que significa que, tal y como ha señalado Juan Montaña Pinto *“para que proceda la acción de protección, la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el 'contenido constitucional' del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado [...]”*; **(ii)** Que la vulneración se haya dado por acción u omisión de autoridad pública no judicial o de un particular de conformidad con lo establecido en la Constitución; y, **(iii)** Que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho

violado. **7.1.3.** Frente a los requisitos de procedibilidad, la LOGJCC ha dispuesto varias causales de improcedencia (Art. 42), siendo las más relevantes: **(i)** Que no exista vulneración de derechos constitucionales; **(ii)** Que el acto administrativo que se demanda pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; y, **(iii)** Que la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. Estas causales son las que de modo más frecuente provocan la negativa de la acción de protección^[1].

7.2. MARCO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO.- 7.2.1. Las sentencias de la Corte Constitucional son vinculantes, pues según la Constitución de la República, este es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, cuyas decisiones tienen “el carácter constitucional de vinculante” y guían la actividad jurisdiccional^[2]. De ahí que, con respaldo en la obra citada “*Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional*”, se procede a puntualizar algunos aspectos de esta acción, para fundamentar posteriormente la decisión. La Corte Constitucional del Ecuador, respecto del objeto de la acción de protección, en diversas sentencias, ha determinado que esta garantía fue consagrada en la Constitución del 2008 como la herramienta para proteger los derechos constitucionales de las personas frente a vulneraciones o lesiones a sus derechos por parte de la autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Además, la Corte ha puntualizado que la acción de protección tiene dos objetivos primordiales: “*la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación*”^[3]. **7.2.2.** En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: “*... lo que debe quedar claro es que, tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros "mecanismos de defensa judicial") devienen en ineficaces para la protección de esos derechos ...*”^[4] Por ello corresponde determinar qué clase de derecho es el vulnerado, conforme recomienda la Corte Constitucional cuando “*considera que la solución que debe utilizarse, en primer lugar, es la identificación del thema decidendum y su correspondencia con el objeto de la acción de protección. Es decir, cuando lo que se plantea en la demanda y se desprende de la comprobación de los hechos es una vulneración directa de derechos constitucionales, se estará ante el objeto primigenio de la acción de protección. En cambio, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de una norma infraconstitucional para determinado caso o el reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales*”. Para lo cual ha emitido la siguiente regla con el carácter *erga omnes*: “*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*”^[5].

7.3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.- El recurrente al plantear su recurso de apelación alega que la sentencia impugnada no tiene lógica jurídica, no se encuentra motivada y vulnera el derecho a la seguridad jurídica al “querer obligar” al accionado a violentar este derecho contemplado en la Constitución dejando de lado los procedimientos establecidos en la ley para la compra de medicamentos; y, que no se ha citado al Ministerio de Salud, por cuanto es el ente que debe emitir la autorización para la compra, por lo que solicita que la sentencia impugnada sea desechada y archivada por improcedente al no existir vulneración de derechos por parte del accionado HCAM. Para resolver el recurso interpuesto, este Tribunal se plantea como problema el determinar si la sentencia dictada por el Juzgador de instancia, en la que ha resuelto aceptar la acción planteada, se encuentra debidamente motivada.

7.3.1. Para efectos de nuestra decisión, partiremos definiendo lo que comprende la motivación como garantía del derecho al debido proceso. **(i)** El Art. 76 numeral 7, literal l), de la CRE, establece que: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...)”*. **(ii)** La Corte Constitucional del Ecuador, al respecto menciona que: *“Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado pone a disposición de la sociedad las razones de su decisión (...)”*^[6]. **(iii)** La motivación implica la explicación ordenada de las razones que llevan a la autoridad, para adoptar determinada decisión, ha dicho la misma Corte Constitucional, constituyendo en la mayor garantía de la juridicidad de la actuación pública en un Estado Constitucional de Derechos como el ecuatoriano; lo que también ha sido resaltado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples fallos, cuando afirma que *“la motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”*. **(iv)** En el mismo sentido la Corte Constitucional ha sostenido que: *“Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”*^[7]. **(v)** Ahora bien, establecido el marco constitucional y jurisprudencial, contrastado con la sentencia recurrida, se aprecia que el Juez A quo para llegar a su decisión, ha realizado un análisis fundado en normas y principios constitucionales y legales, apoyado en jurisprudencia constitucional nacional e internacional, explicando la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, ha examinado cada uno de los derechos que habrían sido violentados, apreciando este Tribunal Ad quem que existe *coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión*, tornando la resolución en razonable, lógica y comprensible.

7.3.2. En efecto, para resolver la acción planteada, el señor Juez A quo ha utilizado el silogismo como método de análisis y razonamiento deductivo, para el estudio de los derechos vulnerados, donde partiendo de la premisa mayor, ha analizado la disposición constitucional atinente al derecho afectado, contrastando con la prueba practicada, así:

7.3.2.1. En cuanto al derecho a la salud. **(i)** En el numeral 6.1. de la sentencia recurrida hace el análisis teniendo como premisa mayor el Art. 32 de la CRE, que establece que la salud es un derecho garantizado por el Estado, y que su realización se vincula al ejercicio de otros derechos; el Art. 358, ejusdem, que dispone que la finalidad del sistema nacional de salud es el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva; y, el Art. 360, de la misma Constitución, que menciona que el sistema de salud *garantizará la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud*. Estas disposiciones constitucionales tienen su correspondencia en el Art. 25, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, la salud y el bienestar. **(ii)** Continuando con su análisis, el Juez A quo lo ha sustentado en sentencias dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador, como la No. 364-16-SEP-CC, de 15 de noviembre de 2016, de la cual ha citado la parte pertinente que se refiere a que: “[...] *el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado como la ausencia de una 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 [...]*”. Asimismo cita la parte pertinente del Dictamen No. 006-15-DTI-CC, emitido por la misma Corte Constitucional el 10 de junio de 2015, donde se señala que: “*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. De igual manera establece la necesidad de que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud [...]*”. **(iii)** Sobre la base de lo citado, y siempre teniendo en cuenta a la Constitución, específicamente el Art. 363 de la CRE, reflexiona en el sentido que el derecho a la salud no solo constituye el estado en que un ser u organismo vivo no presenta ninguna lesión ni padece ninguna enfermedad y ejerce con normalidad todas sus funciones; sino que además está constituido por la obligación del Estado de formular políticas públicas necesarias que garanticen de alguna forma la universalización de la atención de salud y mejorar de manera permanente su calidad, además de ampliar su cobertura; el fortalecimiento de la prestación de los servicios estatales de salud, incorporando talento humano calificado y proporcionando la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud, brindando cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria a los que se refiere en la Constitución de la República del Ecuador; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como, garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos. **(iv)** Luego, efectuando un análisis de toda la prueba documental y testimonial actuada, en la cual se respalda, fundamentalmente en sendas historias clínicas del señor Pastor Herdoiza Juan Manuel, certificaciones e

informes médicos; y, los testimonios de los doctores Jefferson Andrés Solórzano Ortiz, médico Oncólogo Hematólogo, Jefe de Oncología y Hematología del Hospital Metropolitano, y María Yolanda Oderay Larrea Martínez, Oncóloga Clínica del HCAM, quienes han tratado como paciente al accionante por una enfermedad metastásica; y, Jaime Jacob Flores Enríquez, Director Nacional de Medicamentos del Ministerio de Salud Pública, llega a la conclusión que en el presente caso se ha vulnerado el derecho a la salud del accionante señor Juan Manuel Pástor Herdoiza, lo cual se ha iniciado con un diagnóstico impreciso de su padecimiento, una atención no prioritaria, que ha culminado con la falta de provisión del medicamento PEMBROLIZUMAB de carácter paliativo, que a decir del señor Juez de instancia *“no puede justificarse en el cumplimiento de actos administrativos engorrosos que lo único hacen es aunar la vulneración”*, criterio con el cual concuerda plenamente este Tribunal Ad quem, pues tiene como sustento además una cita precisa de la sentencia No. T-418/11, dictada por la Corte Constitucional de Colombia que señala: *“[...] 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 vea afectada la salud, integridad 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 [...]”*. (v) A lo que este Tribunal de Alzada añade que no basta con que el Seguro Social otorgue una cita médica para después de un largo tiempo cuando las enfermedades se complican y agravan por falta de atención oportuna y eficiente, como también es la demora y tramitología para la entrega de medicamentos, sino que es necesario que esa atención sea pronta, eficaz y de calidad, como lo requiere el paciente, ahí radica la esencia del derecho a la salud. Así lo establece la Constitución de la República cuando reconoce y garantiza a las personas *“el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”*^[8]. Pues, la misma Carta Suprema ha dispuesto que las personas o entidades que prestan servicios públicos sean responsables por la mala práctica, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas^[9].

7.3.2.2. En cuanto al derecho a una vida digna e integridad personal. (i) En el numeral 6.2. de la sentencia impugnada se efectúa el análisis teniendo como premisa mayor los numerales 2 y 3 del Art. 66 de la CRE, que establecen que: *“Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. (...)”*. (ii) Sobre esta base reflexiona que la vida digna se constituye un complejo de elementos necesarios para la subsistencia de los seres humanos, a fin de alcanzar una vida decorosa, que este derecho tiene una relación interdependiente con otros derechos entre los que destaca el de la salud, por tanto su interpretación no es reducida. Sobre la base de la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, referente al contenido del derecho a la vida, menciona que el Estado debe asumir una actividad proactiva en la protección del derecho a la vida, generando condiciones que les permitan a sus conciudadanos adquirir su sustento o proveerlo él mismo, a fin de cubrir sus necesidades de salud, alimentación, cuidado y otras conexas, en el caso sub examine, generar condiciones necesarias que le permitan acceder al medicamento que necesita para paliar su padecimiento. (iii) Que el derecho a la integridad personal, constituye otro con

los que el derecho a la salud es interdependiente, por lo que una situación de disminución de los derechos a la vida digna y la salud, sin dudarle implicaría una disminución en las capacidades físicas y psicológicas del accionante, por lo que concluye que este derecho se ve afectado. Reforzando su razonamiento con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador, y caso Suarez Peralta vs. Ecuador, que en su parte pertinente ha señalado: *“Que en lo que respecta a la relación del deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), con el artículo 5.1 de la precitada Convención, 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. Que en lo referente al derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la salud en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centro de salud privados, los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Que en lo concerniente al examen sobre “la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la asistencia sanitaria en el marco del derecho a la vida y a la integridad personal, que el acceso a los medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”.* (iv) Efectuado este análisis concluye el Juez A quo que en el presente caso, *el no proporcionarle la medicación que requiere el accionante para el tratamiento paliativo de su enfermedad, viola su derecho a la vida e integridad personal*, que son interdependientes con el de la salud. Criterio que, asimismo, es compartido por este Tribunal Ad quem, por ser acertado y ajustado a derecho.

7.3.2.3. Finalmente, lo atinente a la violación del derecho a la atención prioritaria, es abordado en el punto 6.3. de la sentencia subida en grado. (i) Para ello, de la misma manera se parte estableciendo como premisa mayor el Art. 35 de la CRE, que establece que: *“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”.* (ii) El Juez de instancia al realizar su motivación razona que la norma constitucional considera como parte de este grupo a quienes *“adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad”*, entendidas como aquellas patologías de curso crónico que supone alto riesgo, cuyo tratamiento es de alto costo económico e impacto social y que por ser de carácter prolongado o permanente pueda ser susceptible de programación, para ello hace referencia a la Ley Orgánica de Salud, sobre la base de lo cual concluye que en el caso examinado el accionante adolece de una enfermedad catastrófica de alta complejidad como lo es el MELANOMA METASTASICO EC III, por lo que integra el grupo de atención prioritaria del Estado, pero que sin embargo, *“poco ha servido para que la accionada provea del medicamento PEMBROLIZUMAB a fin de que trate su padecimiento”.* (iii) El Tribunal de Apelaciones

concuera con el análisis y razonamiento efectuados, pues efectivamente la Constitución de la República del Ecuador, consagra los derechos “*de las personas y grupos de atención prioritaria*”, entre los que se incluyen a las personas adultas mayores, niñas, niños, personas con discapacidad y que adolecen de enfermedades catastróficas, entre otras, quienes deben recibir “*atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privado*”. De esta forma, el modelo constitucional vigente ubica a estas personas, como es el caso del accionante señor Juan Manuel Pástor, como parte de los grupos de atención prioritaria que requieren especial atención y protección por parte del Estado, pues los principios de dignidad establecen que las personas que se encuentran en estos grupos vulnerables, deben vivir con dignidad y seguridad, evitando cualquier situación que pueda generarles un sufrimiento innecesario. **(iv)** En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha considerado importante enfatizar que el rol del juez constitucional exige verificar que la aplicación de normas de carácter infraconstitucional no constituya un trato discriminatorio para las personas y se convierta en un nuevo obstáculo para el ejercicio de los derechos constitucionales, para ello la Corte enfatiza en la obligación que tienen las autoridades con facultad normativa, de respetar y garantizar el contenido material de la Constitución de la República y del corpus iuris internacional, recogido en el artículo 84 de la Constitución^[10], que debe ser rigurosamente observado por el Estado al momento de elaborar políticas públicas y las normas reglamentarias de carácter administrativo que las desarrollan, debiendo incorporar en dichos procesos una perspectiva de derechos humanos, que garantice la inclusión de todos los grupos vulnerables reconocidos en el Art. 35 de la Constitución de la República, de manera que sus producciones protejan el pleno ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad, formal y material. **(v)** En este sentido, debe recordarse que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que para el ejercicio de los derechos consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos: “*No se exigirán condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, así como tampoco ninguna norma podrá restringir el contenido de los mismos; consiguientemente, ninguna autoridad o institución, pública o privada, puede, por desconocimiento, violentar e inobservar las disposiciones, pues la Constitución es una norma de vigencia automática, de efecto general, obligatoria y forzosa, ya que rige el principio de supremacía; es la norma de normas, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico... Por otro lado, cuando los convenios o tratados internacionales están reconocidos y ratificados por el Estado ecuatoriano, estas normas tienen el carácter de imperantes*”^[11]. **(vi)** De ahí que la alegación del recurrente en el sentido que la sentencia apelada vulnera el derecho a la seguridad jurídica al “querer obligar” al accionado a *violentar y dejar de lado los procedimientos establecidos en la ley para la compra de medicamentos*, carece de sustento frente a la contundencia de las normas constitucionales y jurisprudencia citadas.

7.3.3. Finalmente, el accionado recurrente ha alegado que no se ha citado al Ministerio de Salud, por cuanto es el ente que debe emitir la autorización para la compra. **(i)** Al respecto, en el presente caso se ha demandado al IESS y al HCAM, en las personas de sus representantes legales, por ser quienes han vulnerado los derechos constitucionales del accionante, al punto que el doctor Jaime Jacob Flores Enríquez, Director Nacional de Medicamentos del Ministerio de Salud Pública, ha concurrido a rendir su testimonio indicando que “*sí hemos autorizado el medicamento por evidencia científica y conforme a la solicitudes que nos han realizado*”. **(ii)** Por lo tanto, no puede justificarse la vulneración de los derechos del accionante con el argumento de que los trámites para la adquisición del medicamento pembrolizumab dependen del Ministerio de Salud y que deben observarse normas y procedimientos infraconstitucionales para el efecto,

olvidándose de la supremacía de los derechos constitucionales en riesgo, que demandan una protección y atención prioritaria por parte del Estado y sus entidades adscritas. Tales derechos deben ser tutelados por el Estado ecuatoriano, para hacer efectivo el paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia, existiendo para ello mecanismos que permiten garantizarlos y materializarlos efectivamente, como es la acción de protección, que para el presente caso sí resulta idónea y eficaz, al estar frente a una evidente violación de derechos constitucionales del accionante como queda señalado, por ello se hace urgente la tutela y reparación tales derechos vulnerados. **(iii)** Conforme ha sostenido la Corte Constitucional corresponde a los jueces constitucionales en calidad de protagonistas de la protección de derechos asegurar que las garantías jurisdiccionales cumplan el fin para el cual fueron creadas, por lo que de declarar en un caso concreto la vulneración a derechos constitucionales se debe “ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse”, tal como lo establece el artículo 86 numeral 3 de la Constitución de la República. Lo cual se ha cumplido por parte del Juez A quo en la sentencia que es objeto de apelación. **(iv)** Efectuado así el análisis de la sentencia impugnada, dentro del marco constitucional y jurisprudencial establecido, este Tribunal de Alzada considera que la misma se encuentra debidamente motivada y fundamentada en los términos establecidos en el Art. 76, numeral 7, literal 1), de la Constitución, y los parámetros de motivación establecidos por la Corte Constitucional, donde se ha podido verificar que el Juez A quo ha expresado las razones que el derecho le ofrece para llegar a la decisión adoptada, esto es, se ha fundamentado en normas constitucionales y legales, con respaldo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido aplicada a los antecedentes de hecho; existiendo coherencia entre las premisas, los considerandos y la conclusión y resolución, donde sobre la base de la fundamentación efectuada se concluye en forma lógica que se ha verificado la vulneración de los derechos constitucionales alegados por el legitimado activo, siendo lo pertinente y procedente confirmar la sentencia impugnada.

OCTAVO.- DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales citadas, en especial en los Arts. 24, 40 y 41, numeral 1, de la LOGJCC, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por unanimidad DESECHA el recurso de apelación interpuesto por el accionado a la sentencia dictada por el Juez A quo en la que acepta la acción de protección planteada por el señor Juan Manuel Pástor Herdoíza, confirmando la misma en todas sus partes. Con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 86, numeral 5, de la CRE, una vez ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría remítase una copia certificada de la misma a la Corte Constitucional; luego, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines legales pertinentes, obteniéndose copia certificada del presente fallo para el archivo de la Sala.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

1. ^ ANDRADE QUEVEDO Karla, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional*, pp. 111-136.
2. ^ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia No. 045-11-SEP-CC*.
3. ^ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia No. 0140-12-SEP-CC, caso No. 1739-10-EP*.

4. ^ *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 085-12-SEP-CC, caso No. 0568-11-EP.*
5. ^ *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-16-PJO-CC, caso No. 0530-10-JP.*
6. ^ *Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia No. 025-09-SEP-CC, casos 0023-09-EP, 0024-09-EP, y 0025-09-EP, acumulados, R.O. No. 50, 20 de octubre de 2009.*
7. ^ *Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia No. 227-12-SEP-CC, caso No. 1212-11-EP.*
8. ^ *Constitución de la República del Ecuador, Art. 66, número 25.*
9. ^ *Constitución de la República del Ecuador, Art. 54.*
10. ^ *“... todo órgano con facultad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano...”*
11. ^ *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-13-SAN-CC, caso No. 0014-12-AN.*