

Zimbra:

aaguilar@dpe.gob.ec

Juicio No: 19281201900179 Nombre Litigante: CHAMBA TACURI MIRIAN HERMILA

De : Satje Zamora
<Satje.Zamora@funcionjudicial.gob.ec>

jue., 20 de jun. de 2019 11:01

Asunto : Juicio No: 19281201900179 Nombre Litigante:
CHAMBA TACURI MIRIAN HERMILA**Para :** aaguilar@dpe.gob.ec

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 19281201900179

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 19281201900179, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso
1**Casillero Judicial No:** 0**Casillero Judicial Electrónico No:** 1101890760**Fecha de Notificación:** 20 de junio de 2019**A:** CHAMBA TACURI MIRIAN HERMILA**Dr / Ab:** ANTONIO GONZALO AGUILAR CHAMBA

**SALA UNICA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL CON SEDE
EN EL CANTÓN ZAMORA**

En el Juicio No. 19281201900179, hay lo siguiente:

Zamora, jueves 20 de junio del 2019, las 09h44, Vistos.- Comparece la señora Mirian Hermila Chamba Tacuri con la defensa técnica de la Defensoría del Pueblo presentando una acción constitucional de protección, teniendo como antecedente que la señora Miriam Hermila Chamba Tacuri padece de la enfermedad catastrófica de "melanoma maligno" y en el sistema nacional de salud pública no se le ha concedido la medicina que ha sido recetada por el médico especialista del Hospital de SOLCA Loja, por no constar en el cuadro básico de medicinas. La acción constitucional la dirige en contra del Ministerio de Salud Pública, representada por la Ministra de Salud, Veronica Espinoza Serrano. Tramitado el proceso en primera instancia la señora Juez ha dictado sentencia acogiendo la acción constitucional de protección lo que ha sido impugnado por la entidad demandada, sosteniendo, en lo principal, que la adquisición del medicamento no se fundada en aspectos jurídicos sino en aspectos evidentemente científicos cuya dilucidación corresponde única y

-30 - Treinta
V. U. H.

exclusivamente a los profesionales de la salud y al Comité para autorizar o no autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos vigente. Llegado en alzada el proceso a esta Sala, es del caso pronunciarse por el mérito de los autos y para hacerlo se tiene en consideración: Primero.- La Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto al amparo de lo dispuesto en el artículo 86, numeral 3 inciso segundo de la Constitución de la República, en relación con lo determinado en La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 7, 8.8, 24, 39 y 168. Segundo.- En este tipo de procesos, constitucionales, lo fundamental es tener un referente con el cual se va a fundamentar la decisión a tomarse, el que se lo tiene en el contenido del Art. 427 de la Constitución que determina, "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional"; y en el numeral 5, del Art. 11 de la Constitución que sobre el ejercicio de los derechos constitucionales, dice se regirá por los siguientes principios: "1. (...). 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (...)". A esto sumamos que La acción de protección nace de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José que en su artículo 25 de Protección Judicial, señala: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a). Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b). A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c). Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". Este mandato internacional, de carácter vinculante para nuestro país, es recogido por nuestra Constitución en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y dice 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...". Entonces, la acción de protección protege todos los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; con excepción de los derechos protegidos por las acciones de: hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinario de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena. Ahora, a lo que hemos manifestado es preciso explicarlo y ampliarlo dado a que, a lo mejor, por ser fallada por jueces comunes, que excepcionalmente tomamos la investidura de constitucionales, caemos en errores o insensibilidades, las cuales es preciso abordarlas para proscribir de nuestras actuaciones, así: Álvaro Felipe Cárdenas Zambrano, en su obra, "Interpretación Constitucional, Mecanismos de Sensibilización en la protección de derechos", -Ed. Jur. Cevallos, 2011. Pág. 32-, manifiesta: "como lo sosteníamos en líneas anteriores, los jueces ecuatorianos en su gran mayoría no son censibles a la

defensa de los derechos humanos y este fenómeno jurídico social se presenta en gran parte dado a que los jueces y juezas en la resolución de sus conflictos no interpretan los preceptos constitucionales, o si lo hacen no lo realizan con los métodos y técnicas adecuadas de cara a obtener interpretaciones garantistas". Nuestra Constitución del 2008, está considerada como de vanguardia, por lo tanto se exige que su interpretación también esté con esta característica, "sobre todo con el propósito de evitar la perversión constitucional, que en palabras del maestro argentino Segundo Linares Quintana se presenta en el siguiente sentido: "(...) la Constitución más perfecta ha de fracasar irremediabilmente a través de una defectuosa o errónea interpretación, abriendo el sinuoso y oscuro camino que seguramente conducirá, al decir de Carl Friedrich, a la perversión constitucional". Álvaro Cárdenas. Ob. Cit. Pág. 33-. En lo que se refiere al Art. 11.5 de la Constitución, traído en el inciso de este numeral, el mismo Álvaro Cárdenas pág. 36-, sostiene, "De conformidad con esta disposición constitucional se puede apreciar claramente que el Estado está en la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la Constitución, por lo que una interpretación que solo se apegue a la aplicación mecánica literal no podría ser suficiente para la consecución de este propósito, ... "en concordancia con lo expuesto, los jueces ecuatorianos deberán realizar una sobreinterpretación o interpretación extensiva de las normas constitucionales y de las normas Infra-constitucionales que tengan incidencia en los derechos humanos, de cara a realizar interpretaciones garantistas que se adapten a los cambios de la vida social y política". Sobre el tema el profesor Starck, al escribir en la Revista Española de Derecho Constitucional 53, 1998, p. 20, sobre Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios, nos manifiesta, "Si el juez desconoce el contenido normativo del derecho fundamental, entonces no sólo atenta contra el derecho constitucional objetivo, sino que, en cuanto tribunal del poder público, lesiona con su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto el ciudadano tiene derecho". Para concluir este punto y ser didácticos se cree pertinente el transcribir el ejemplo que nos trae Álvaro Cárdenas, en obra ya citada, pág. 71, en el cual, inclusive, tratándose de un caso de orden civil patrimonial-, en razón del ser especial o sintomático, es preciso resolverlo a base de preceptos constitucionales que contienen derecho humanos, no se diga sí la acción es constitucional, en donde a más de los derechos constitucionales se involucran derechos de otro tipo o que puedan derivar en la justicia ordinaria, deben ser obligatoriamente resueltos por la justicia constitucional, así: "Muestra de esto sería un caso civil en donde se discuta respecto de contratos de seguros para el tratamientos de enfermedades, en donde por un tecnicismo, por ejemplo, el contratante del seguro se vea privado del beneficio y como consecuencia peligre su vida, en estos casos la resolución de la justicia ordinaria no puede caer en una simple subsunción del caso al precepto legal con el cual debido a algún tecnicismo la empresa aseguradora no otorgará el beneficio sino que al contrario, al existir una vida en juego deberá interpretar la constitución en relación al derecho a la vida y ponderar si él tecnicismo justifica el que el contratante del seguro comprometa su existencia". Tercero.- La doctrina y la jurisprudencia ha determinado que la acción de protección tiene como finalidad: a). La protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; b). La declaración de la violación de uno o varios derechos; y, c). La reparación integral de los daños causados por la violación de uno o varios derechos. Cuarto.- Como antecedentes y fundamentos a la acción constitucional de

-31-Tejido
y uno Vuelta

amparo planteada por la Defensoría del Pueblo, en favor de la señora Mirian Hermila Chamba Tacuri, sostiene que es una mujer joven y madre, de 28 años de edad; que en el año 2013 le fue diagnosticada una enfermedad catastrófica de alta complejidad denominado "MELANOMA MALIGNO ECIII" en su mano derecha, por lo que, dado a la presencia exteriorizada de dicha enfermedad y el avance, como un primer procedimiento urgente se le amputa el dedo medio a nivel de la falangina, tratamiento recibido en SOLCA Loja, y luego derivada al servicio de salud del Ministerio de Salud Pública. Conforme a la copia del formulario de derivación, contra referencia y referencia inversa, de fecha 10 de octubre del 2018, otorgado por la Dra. Andrea Castillo, medico oncológico del Hospital Isidro Ayora de la ciudad de Loja, señala que: "la Sra. Miriam Hermila Chamba Tacuri, ... ahora presenta masa en cara interna de antebrazo sobre cicatriz quirúrgica de 5 cm dolorosa, móvil de dos meses de evolución. Se trata de recidiva local de melanoma más mets. Se propone tratamiento sistemático con quimioterapia". Posteriormente el Dr. Lenin Fabián Palacios Médico Tratante de Oncología Clínica de SOLCA-LOJA con fecha 15 de abril de 2019, refiere "que la paciente , en febrero de 2019 se documenta nueva progresión con mets ganglionares en brazo y región supraclavicular por tomografía se descarta AT a distancia por lo que se indica tratamiento sistemático QMT (quimioterapia) recibido tres ciclos con carboplatino mas paclitaxel, último ciclo 19 de marzo de 2019. Actualmente con incremento de lesiones de brazo y región supraclavicular mismas se tornan dolorosas por lo que se propone una segunda línea de tratamiento siguiendo los lineamientos internacionales para esta patología y que consta en guías oncológicas como la NCCN (guías para tratamiento del cáncer) debería recibir tratamiento con PEMBROLIZUMAB, el mismo que al no constar con el cuadro básico, se elaborará el anexo correspondiente, indicando además que este anexo se lo elabora en forma trimestral y que el correspondiente al mes de abril ya ha sido remitido". Con lo expuesto la Defensoría del Pueblo sostiene la vulneración del derecho a la salud que tiene la afectada, quien no cuenta con recursos para adquirir la medicina en forma personal.- Quinto.- El Dr. Stalin Javier Ortega Quinde en representación del Ministerio de Salud Pública, sostiene que a través de su red pública y privada de salud, le viene dando tratamiento, como lo ha manifestado la accionante, desde el año 2013, por lo tanto no se ha vulnerado ningún derecho de la afectada, más bien se lo ha protegido; que en este caso, que se requiere de una medicina que no consta en el correspondiente catálogo, se debe seguir un protocolo que tiene que ver con una junta de médicos, a fin de que certifiquen que efectivamente la paciente requiere esa medicina y poder con ello realizar el trámite de adquisición de la medicina; sin embargo de la certificación adjunta, podemos establecer que la demandante hasta la presente fecha no ha registrado ningún ingreso de solicitud de manera directa o indirecta al Ministerio de Salud, para crear la necesidad de la medicina en referencia. Como parte de la defensa de las instituciones del Estado, Interviene la defensa técnica de la Procuraduría General del Estado, en la persona de la abogada Jenny Rengel Parra, quien se ha adherido a lo expresado por el accionado, manifestando que no existe vulneración de derechos y por tanto se deseché la acción constitucional de protección. Sexto.- Siendo el derecho a la salud un derecho connatural de la vida humana, este es recogido por instrumentos internacionales de nivel global, a los cuales se ha adherido nuestro país, de lo que tenemos: Art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que declara, "1.- Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar

físico, mental y social. 2.- Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a).- La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b).- La extensión de los beneficios de los servicios de la salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado". En tanto el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que, "Toda persona tiene derecho a un nivel adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios: tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". Y, el Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el numeral 2, literal d, en relación a los Estados Partes, para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, determina "La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". En relación a estas obligaciones internacionales (globales) contraídas por nuestro Estado, en salvaguarda, no solo de la vida humana sino de la especie humana, nuestra Constitución a determinado en sus articulados: De manera general, en el Art. 32 establece: "La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional". En el Capítulo tercero, que se refiere a los "Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria", en el Art. 35 determina 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". Ahora, en el Art. 50 se determina que, "El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente". Como podemos apreciar nuestra Constitución es reiterativa al considerar a la salud como un derecho connatural de la vida humana, razón por la que garantiza este derecho mediante atención oportuna y preferente, prioritaria, especializada y esto, tanto en los ámbitos públicos y privado. Como aplicación de este derecho la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N° 364-16-SEP-CC, Caso N° 1470-14-EP, en la página 28 ha determinado que, "...el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un

39-Treinta
y dos Veinte

momento determinado, sino que, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud. De igual forma, el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. Por tanto, resulta necesario que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud".

Septimo.- Es evidente que el derecho constitucional que se ha violado a la accionante es el derecho a la salud, del cual se encuentran implícitos el derecho a la vida y a una vida digna, de lo que derivan las pretensiones de la accionante a:

a.- Que en sentencia se declare: la vulneración de los derechos constitucionales a la salud, la amenaza al derecho de la integridad personal por la falta del suministro del medicamento PEMBROLIZUMAB, como parte del tratamiento integral de su salud, al cual esta obligado prestar el Ministerio de Salud.

b.- A la reparación integral, debiendo disponer que de manera inmediata el Ministerio de Salud Pública suministre el medicamento PEMBROLIZUMAB, a la señora Mirian Hermila Chamba Tacuri.

c.- ... d.- ...

Octavo.- De acuerdo a la página web de Infosalud, el Melanoma Maligno MM, "es una forma maligna de cáncer de piel que aparece en unas células llamadas melanocitos, las cuales producen pigmentos que confieren su color a la piel. El melanoma suele aparecer como una mancha irregular de color marrón, negro o rojo o bien como un lunar existente que empieza a cambiar de color, forma o tamaño. Aunque el melanoma solo representa en torno al 3% de todos los cánceres de piel, es el tipo que conlleva la mortalidad más alta y es más proclive a metastatizar (a diseminarse)".

Noveno.- Dadas las posiciones de las partes, no existe discrepancia en lo que se refiere a la enfermedad catastrófica de la accionante, en la prescripción y necesidad del medicamento PEMBROLIZUMAB; la discrepancia viene del procedimiento burocrático previo que, a la razón de la defensa técnica, tiene que realizarlo la accionante, para que se activen los entes burocráticos. Sin embargo de esto la defensa sostiene que "el Juez constitucional, es incompetente para pronunciarse y controvertir sobre la idoneidad de un medicamento prescrito por un galeno; toda vez que corresponde al médico tratante y al Estado, por intermedio del antes citado Comité, dilucidar; en el ámbito estrictamente científico, la factibilidad para la adquisición de un medicamento concreto; en observancia al principio de reserva médica...".

Decimo.- Las partes estaban obligadas a aportar al proceso las prueba que justifiquen sus asertos, sin embargo no existe prueba aportada por parte de la entidad demandada, la que se ha centrado en sostener el agotamiento de trámite burocráticos para "justificar", la compra del medicamento PEMBROLIZUMAB, en tanto de la accionante tenemos:

1.- Certificación "confidencial" fs. 7-, emitida por los médicos tratantes de SOLCA Loja, Lenin Palacios y Gina Maribel Ludeña, quienes advierten de la enfermedad de Melanoma Maligno, indicando que en esta fecha "se presenta "nueva masa" en cara interna de antebrazo, sobre cicatriz de cirugía previa de 5cm aprox, dolorosa, móvil de 2 meses de evolución, se asocia a modulo móvil en región supraclavicular derecha"; esto con fecha 27 de septiembre de 2018.

2.- Con fecha 10 de octubre de 2018 fs. 8-, encontramos la autorización del Ministerio de Salud, Hospital Isidro

-33-Tacuri Hermila


Ahora de Loja, validado por el Dr. Santiago Luna, con una vigencia desde el 10/10/2018, hasta 31/10/2019, en el cual se autoriza la "hospitalización clínica (tratamiento integral), de la paciente Chamba Tacuri Mirian Hermila, quien tiene como diagnóstico "Melanoma maligno del miembro superior, incluido el hombro".

3.- Con fecha 15 de abril de 2019, tenemos la certificación médica del Dr. Lenin Fabián Palacios Paredes, Médico tratante de SOLCA Loja fs. 9-, quien certifica, "Que la paciente Chamba Tacuri Mirian Hermila CON CC 1900714377, TIENE DIAGNOSTICO DE MELANOMA MALIGNO DE MANO DERECHA EC III (PT4N1M0) (CIE 10: C43.6), FUE TRATADA QUIRURGICAMENTE EN EL 2013, RECIBIENDO ADYUVANCIA CON INTERFERON DURANTE 1 AÑO Y SE SOMETE A VIGILANCIA. EN AGOSTO DE 2017 PRESENTA RECIDIVA GANGLIONAR EN BRAZO, SIN AT EN OTRAS AREAS, POR LO QUE SE REALIZA EXCRECISI QUIRURGICA Y CONTINUA VIGILANCIA AL NO HABER OPCIONES DE ADYUVANCIA EN FEBRERO DE 2019 SE DOCUMENTA NUEVA PROGRESION, CON METS GANGLIONARES EN BRAZO Y REGION SUPRACLAVICULAR, POR TOMOGRAFIA (FEBRERO 2019), SE DESCARTA AT A DISTANCIA, POR LO QUE SE INDICA TRATAMIENTO SISTEMICO CON QMT, RECIBIO 3 CICLOS CON CARBOPLATINO + PACILITAXEL UNTIMO CICLO 19 DE MARZO DE 2019. ACTUALMENTE CON INCREMENTO DE LESIONES DE BRAZO Y REGION SUPRACLAVICULAR, MISMAS SE TORNAN DOLOROSAS, CUADRO CLINICO EN RELACION A PROGRESION DE ENFERMEDAD, POR LO QUE SE PROPONE UNA SEGUNDA LINEA DE TRATAMIENTO SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS INTERNACIONES PARA ESTA PATOLOGIA, Y QUE CONSTA EN GUIAS ONCOLOGICAS COMO LA NCCN, DEBERIA RECIBIR TRATAMIENTO CON PEMBROLIZUMAB, EL MISMO AL NO CONTAR EN CUADRO BASICO SE ELABORARA EL ANEXO CORRESPONDIENTE. Es todo cuanto puedo certificar en honora a la verdad para los fines consiguientes".

4.- Certificado médico emitido por el Dr. Lenin Fabián Palacios Paredes, médico tratante de SOLCA, núcleo de Loja, en el cual y en parte pertinente sostiene: "AL MOMENTO LA PACIENTE NO RECIBE TRATAMIENTO ALGUNO YA QUE NO HAY OPSIONES DE QUIMIOTERAPIA YA QUE LA MISMA NO ES EFECTIVA EN ESTA PATOLOGIA, POR LO QUE DEBE RECIBIR EL ANTICUERPO MONOCLONAL ANTE PD1 PEMBROLIZUMAB YA QUE ESTE MEDICAMENTO HA DENMOSTRADO BENEFICIO CLINICO EN LOS ESTUDIOS REALIZADOS A NIVEL MUNDIAL Y QUE CONSTAN EN GUIAS ONCOLOGICAS INTERNACIONALES COMO LA NCCN COMO ESTÁNDAR DE TRATAMIENTO PARA ESTA PATOLOGIA. EL MEDICAMENTO EN MENCION NO SE LO PUEDE SUMINISTRAR A LA PACIENTE AL NO CONSTAR EN EL CUADRO NACIONAL BASICO DE MEDICAMENTOS VIGENTES. EN REUNION DEL COMITÉ DE ONCOLOGIA SE DECIDE SOLICITAR LA ELABORACION DEL ANEXO CORRESPONDIENTE PARA PEDIR AL MSP LA EXTENSIÓN DEL USO DEL MISMO".

Decimoprimer.- Dada la solicitud presentada, que invoca la protección de derechos constitucionales, es preciso el abordarlos dogmáticamente, por lo que tenemos que los derechos constitucionales son todos aquellos que se encuentran reconocidos en la Constitución, vinculados con la esencia misma del ser humano, por lo tanto son, inalienables, inviolables e intransigibles, y por ser connaturales al ser humano no aumentan ni disminuyen en cuanto a su titularidad ni a su ejercicio, puesto que si esto ocurre sin justificación constituye una violación de ese derecho, teniendo presente que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, tal como lo prescribe el Art. 1 de nuestra Carta Magna, lo que significa aplicar e interpretar la constitución y todas sus instituciones, reglas y principios a la luz de los derechos en ella garantizados. El

artículo 88 de la Constitución de la República establece, "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución...", por lo tanto encontramos el objeto de la acción constitucional ordinaria de protección el amparar de manera directa y eficaz los derechos reconocidos en la Constitución, es decir el objeto es tutelar los derechos de las personas y ampararlas de la arbitrariedad, dejadez o burocracia de las autoridades pública, que pongan en peligro o atenten contra los derechos humanos. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevé que la acción de protección procede cuando la autoridad pública no judicial vulnera derechos constitucionales, debiendo entenderse por vulneración el transgredir, quebrantar, violar una ley o un precepto; por lo que se violan los derechos reconocidos en la Constitución cuando se los quebranta e irrespeta causando daño y perjuicio, realizando algo o absteniéndose de hacer. Para poder estar acorde con la exigencia de que resuelva estos casos un Juez Constitucional, que siempre seremos jueces de la justicia ordinaria, se debe abandonar, principalmente, prejuicios procesales civiles y de otras materias afines, hasta penales, pese a que esta materia ordinaria es la más garantista, con prudente distancia, a la Constitucional, y tener en cuenta que "en la evolución de la interpretación jurídica se empieza a gestar la llamada interpretación objetiva, ya que se piensa que interpretar no es buscar lo que el legislador intencionalmente quiso, sino lo que "racionalmente, tenía que querer" Cárdenas Zambonino, Álvaro. Interpretación Constitucional. Mecanismo de sensibilización en la protección de derechos. Ed. Cevallos. 2011. Pág. 84- En la acción de protección no se protege el derecho ordinario sino por el contrario lo que se protege es el derecho fundamental, y por lo tanto a ese derecho hay que tratarlo y protegerlo como derecho constitucional, otra cosa es el que ese derecho constitucional, cuando se ha cumplido con esta protección, derive al derecho ordinario; este concepto es inapropiadamente aplicado por jueces que divagan en la esencia de la acción de protección, y lo primero que hacen es derivar la protección de derechos constitucionales al derecho ordinario, esto, ya por la carencia de conocimientos o por la facilidad de resolución. Al respecto el profesor Bockenforde, -Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Madrid. Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 44-, sostiene, "es precisamente la indeterminación de las normas constitucionales contentivas de derechos humanos y que las mismas son normas de cumplimiento obligatorio y aplicación inmediata, la razón por la que se necesita de una interpretación especial, distinta de la interpretación rellenadora "que recibe no pocas veces la forma de desciframiento o concretización"; en tanto, parafraseando a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, -La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Interprete. Interpretación Constitucional, Tomo I, Coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México D.F, Porrúa, Universidad Nacional autónoma de México. UNAM, 1975, p. 595- Álvaro Cárdenas, -en su obra ya citada, pág. 97-, sostiene, " Para llegar a concretizar el contenido y alcance de los derechos humanos vía interpretativa, se necesitará como lo hemos venido sosteniendo la utilización de métodos de interpretación (sean tradicionales o modernos), de principios de interpretación específicos y de las técnicas de subsunción o ponderación, incluso para determinar su contenido pueden utilizarse los instrumentos internacionales de derecho humanos, suscritos por el Ecuador, pero ante todas las cosas la sensibilidad de los jueces". Claudia Storini y Marco Navas Alvear, en la obra citada, a fs. 113, sostiene que, "En el día a día los jueces han optado por aplicar las restricciones

contempladas en la LOGJCC, absteniéndose de aplicar directamente la Constitución, probablemente por temor a una eventual sanción. Esto evidentemente conlleva a un reforzamiento del principio de legalidad, pues en materia de inadmisiones la herramienta utilizada por los jueces como es lógico- es el texto literal de la ley y no la norma constitucional. La consecuencia de ello es que a la acción de protección se le está dando una naturaleza residual que no guarda relación alguna con un Estado constitucional de derechos y justicia". Se cree pertinente el insistir en una parte del considerando tercero de esta resolución en especial en el ejemplo que nos trae Álvaro Cárdenas, en obra ya citada, pág. 71, en el cual, inclusive, tratándose de un caso de orden civil patrimonial-, en razón del ser especial o sintomático, es preciso resolverlo a base de preceptos constitucionales que contienen derechos humanos, no se diga sí la acción es constitucional, en donde a más de los derechos constitucionales se involucran derechos de otro tipo o que puedan derivar en la justicia ordinaria, deben ser obligatoriamente resueltos por la justicia constitucional, así: "Muestra de esto sería un caso civil en donde se discuta respecto de contratos de seguros para el tratamientos de enfermedades, en donde por un tecnicismo, por ejemplo, el contratante del seguro se vea privado del beneficio y como consecuencia peligre su vida, en estos casos la resolución de la justicia ordinaria no puede caer en una simple subsunción del caso al precepto legal con el cual debido a algún tecnicismo la empresa aseguradora no otorgará el beneficio sino que al contrario, al existir una vida en juego deberá interpretar la constitución en relación al derecho a la vida y ponderar si él tecnicismo justifica el que el contratante del seguro comprometa su existencia". Decimosegundo.- Bajo los parámetros hasta aquí enunciados, es preciso hacer algunas puntualizaciones: 1.- No existe oposición a la presente acción de protección como mecanismo de reclamación del derecho a la dotación del medicamento PEMBROLIZUMAB, dada la enfermedad catastrófica de la accionante, lo que nos exime de hacer consideraciones en este sentido. 2.- Como ya se ha indicado no está en duda la enfermedad catastrófica de la accionante, que a la razón de su descripción incluso tiene altos riesgos de muerte. 3.- Existe prescripción médica especializada del medicamento PEMBROLIZUMAB, en base a una enfermedad catastrófica que ha sido tratada desde el año 2013 y que no ha sido posible detenerla. 4.- El medicamento PEMBROLIZUMAB, no se encuentra dentro del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos. 5.- No existe un requerimiento "formal" del medicamento al Ministerio de Salud Pública. Decimotercero.- En lo que se refiere a lo sostenido por la defensa técnica del Ministerio de Salud Pública que, "el Juez constitucional, es incompetente para pronunciarse y controvertir sobre la idoneidad de un medicamento prescrito por un galeno; toda vez que corresponde al médico tratante y al Estado, por intermedio del antes citado Comité, dilucidar; en el ámbito estrictamente científico, la factibilidad para la adquisición de un medicamento concreto; en observancia al principio de reserva médica...", se cree prudente, con el objeto de recrear el conocimiento y despejar dudas o llenar vacíos, recomendar la lectura comprensiva de los numerales tercero y sexto de la sentencia de la señora Juez de primer nivel, así como de los numerales tercero y sexto de esta resolución. Bueno, de este universo tenemos que de por medio se encuentra en juego una vida humana, la de la accionante; que existe una medicina que puede detener la enfermedad catastrófica; y, que no se ha cumplido con el "requerimiento formal" de la medicina. Por las consideraciones realizadas, de las que se devienen que de no otorgar la medicina PEMBROLIZUMAB, que es imperiosa para el tratamiento de la enfermedad catastrófica de la

-34-T reinke
y cuatro vuelta

accionante, esto puede producir efectos irremediables, en cuyo caso ya no estaríamos en la posibilidad de restituir el derecho vulnerado, Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, acogiendo en parte la apelación realizada por la entidad demandada, y siendo este un caso sui géneris, se reforma en parte la sentencia subida en grado por lo que: 1.- Dado a que la enfermedad que posee la accionante, tiene alto rango de muerte, se confirma la obligación que tiene el Ministerio de Salud Pública de dotar de la medicina de PEMBROLIZUMAB a la señora Mirian Herlinda Chamba Tacuri, tal cual lo ha dispuesto la señora Juez a-quo, hasta que haya un pronunciamiento en contrario por parte del Comité de adquisición de medicamentos que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, luego del estudio del caso y diagnóstico de la accionante. 2.- En lo que se refiere a la medida de satisfacción, esta se la considera improcedente en razón de existir de por medio la falencia de no haberse presentado el requerimiento formal al Ministerio de Salud, que siendo un requisito procedimental, no enerva la urgencia y obligación estatal e institucional de la dotación del medicamento. 3.- Se revoca la garantía de no repetición que inmiscuye al Dr. Lenin Fabián Palacios Paredes, ya que de las certificaciones médicas adjuntadas al proceso se establece que su actuación ha llegado hasta el punto que, en su calidad de médico tratante, su actividad le permite, no habiéndose demostrado su negligencia. 4.- Que el señor Delegado de la Defensoría del Pueblo de Zamora Chinchipe, en forma diligente canalice la petición al Ministerio de Salud Pública de la dotación del medicamento PEMBROLIZUMAB, de acuerdo a las prescripciones médicas, para así justificar, formalmente, la necesidad y asegurar su dotación. Hágase saber.- Pd. Lo resaltado y subrayado en el texto de esta resolución son de la Sala con el objeto de preeminencia comprensiva.

f: CORONEL VELEZ MARCOS GAVINO, JUEZ PROVINCIAL; JACOME GUZMAN CARLOS ARMANDO, JUEZ PROVINCIAL; ERAZO BUSTAMANTE BLADIMIR GONZALO, JUEZ PROVINCIAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ PROVINCIAL DE LA SALA UNICA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL CON SEDE EN EL CANTÓN ZAMORA, ERAZO BUSTAMANTE BLADIMIR GONZALO.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE ZAMORA. - SALA UNICA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL CON SEDE EN EL CANTÓN ZAMORA. Zamora, jueves 20 de junio del 2019, las 09h44. VISTOS: En mi condición de Juez Provincial que conforma este Tribunal manifiesto mi completo desacuerdo con la resolución de mayoría en la que mis compañeros jueces provinciales confirman la sentencia de primera instancia en la que se ha aceptado la acción de protección.- Pues considero que no existen los presupuestos constitucionales, ni legales, ni reglamentarios para aceptar la referida acción, por lo que emito este VOTO SALVADO, de acuerdo con las siguientes consideraciones jurídicas: PRIMERO: A fs. 11 del cuaderno de primera instancia comparece el Dr. Antonio Gonzalo Aguilar Chamba en su calidad de Delegado de la defensoría del Pueblo de Zamora Chinchipe y en nombre de la señora Mirian Hermila Chamba Tacuri deduce acción de protección en contra del Ministerio de Salud Pública, representado legalmente por la Dra. Verónica Espinosa

-35- Tránsito
y anexo

Serrano, en su calidad de Ministra de la referida cartera de la Nación, pide que se cuente con el señor Procurador General del Estado.- Señala el accionante, en lo principal, que la indicada ciudadana Mirian Hermila Chamba Tacuri, de 28 años de edad, adolece de Meloma Maligno de mano derecha ECIII, que dicha enfermedad es considerada catastrófica de alta complejidad, por lo que una vez derivada del Ministerio de Salud Pública a través del Hospital Isidro Ayora de Loja, en su tratamiento se le ha amputado el dedo medio a nivel de la falangina en el Hospital de SOLCA de la referida ciudad y ha recibido quimio terapia, pero que a pesar de estas medidas presenta recidiva, por lo que el Dr. Lenín Fabían Palacios, médico tratante de Solca de Loja, el 15 de abril de 2019, propone una segunda línea de tratamiento en la que manifiesta que la paciente "debería recibir tratamiento con PENBROLIZUMAB, el mismo que al no constar con (sic) en el cuadro básico, se elaborará el anexo correspondiente"; que con esta fría certificación no le dan alternativa para tratar esta terrible enfermedad; que con estos antecedentes demanda al indicado Ministerio, ya que considera que se le están violando sus derechos a la vida (vida digna), a la salud y a la integridad personal. Fundamenta la acción, en lo previsto, entre otros, en los Art. 32 y 66.2.3 de la Constitución de la República; y, Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.- Citada la Institución demandada se ha opuesto a esta acción señalando, en lo esencial, que mediante Acuerdo Ministerial 158, de 15 de enero de 2018, se creó el Reglamento Sustitutivo para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos; en el que se determina el procedimiento a seguir para evaluar y autorizar la adquisición del medicamento, sin embargo la accionante hasta la presente fecha no ha hecho ninguna solicitud para que se adquiera el medicamento que solicita, por lo que el Ministerio de Salud Pública no ha violado ningún derecho constitucional de la demandante, en tal virtud solicita que la demanda sea rechazada.- Convocada a la audiencia correspondiente en la que se han escuchado a las partes y se ha actuado la prueba correspondiente la Dra. Celena del Carmen Pintado Sánchez, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Penal de Zamora, ha dictado sentencia aceptando la acción de protección y disponiendo que en 30 días el Ministerio de Salud Pública entregue la medicina PEMBROLIZUMAB, a la accionante en la cantidad que requiere para su tratamiento.- En la misma audiencia el Ministerio accionado ha interpuesto recurso de apelación el mismo que ha sido concedido.- Recibido el proceso en la Corte Provincial de Zamora, mediante sorteo automatizado se ha designado a los señores Jueces Provinciales que deben conocer el presente recurso de apelación.- Por las circunstancias particulares que tiene esta acción y de conformidad con lo que dispone el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional corresponde resolverla por el mérito del expediente, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones: SEGUNDO: La Sala es competente para conocer y resolver esta causa en virtud del recurso deducido de conformidad con lo que determina el Art. 24 de la Ley Orgánica antes mencionada, en relación con lo dispuesto en el inciso segundo del n. 3 del Art. 86 de la Constitución; TERCERO: La acción de protección deducida se ha tramitado con observancia de los preceptos constitucionales y legales que la rigen, por lo que se declara su validez, teniéndose en cuenta que se trata de un procedimiento que debe ser sencillo, rápido y eficaz, sin mayores formalidades; CUARTO: De acuerdo a lo que determina el Art. 169 de la Constitución de la República y el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que

se debe aplicar las normas previamente establecidas y hacerse efectivas las garantías del debido proceso, la norma constitucional citada, literalmente expresa: " Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y se harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". (Lo resaltado es de la Sala). De igual manera la Constitución de la República en su Art. 75 prescribe: "Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". (Las mayúsculas, el subrayado y las negritas son de la Sala). El Art. 76 de la misma Carta fundamental expresa que en todo proceso que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que entre otras garantías contiene el derecho a la defensa, que a su vez se compone de otros derechos como el de ser escuchado en el momento procesal oportuno, en igualdad de condiciones, cumplimiento de las normas y derecho de las partes.- De igual manera se debe dejar señalado que uno de los derechos fundamentales que el Estado ecuatoriano garantiza a sus ciudadanos es el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el Art. 82 de la Constitución que expresa: "Art. 82.- 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". (El énfasis es de la Sala); Lo que tiene íntima relación con el principio de legalidad procesal previsto en la parte final del numeral 3 del Art. 76 Constitucional que literalmente expresa: "Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". QUINTO: **NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL APLICABLE A LA ACCIÓN.**- Además de lo indicado, el Art. 88 de la Constitución de la República determina que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, y se puede interponer cuando se vulneren los mismos por actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, cuando supongan privación de tales derechos mediante políticas públicas y cuando la violación del derecho provoque daños graves en los casos que señala.- La Norma constitucional indicada ut supra literalmente dice: "Art. 88.- 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" Por su parte el Art. 40 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional precisa cuales son los requisitos que esta acción debe cumplir para su procedencia y a la letra dice: "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" (Las negrillas y el subrayado

no es del texto original). De la misma manera el Art. 42 ibídem se refiere a la improcedencia de la acción de protección y textualmente indica: "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"; SEXTO: De la revisión del proceso y de la prueba que se ha actuado en primera instancia se establece claramente, que mediante Acuerdo Ministerial N° 158, publicado en el Registro Oficial 160, de 15 de enero de 2018, se expidió el Reglamento Sustitutivo para Autorizar la Adquisición de Medicamentos que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos CNMB vigente, en el que se determina cuál es el procedimiento a seguir en los casos de las enfermedades graves y catastróficas como la que presenta la accionante. El referido Reglamento indica el procedimiento ágil, que se debe realizar para solicitar, evaluar y autorizar la adquisición y el uso de medicamentos que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos vigente (CNMB), para los casos de emergencia; tratamiento de enfermedades catastróficas (como la de la accionante); enfermedades raras y otras de baja prevalencia, en la cuales se haya agotado o no sea posible utilizar todas las alternativas terapéuticas disponibles en el CNMB.- El Art. 4 del Referido Reglamento establece lo siguiente: "Art. 4.- Los Establecimientos de salud de segundo o tercer nivel de atención de la RPIS y de la Red Privada Complementaria, en el marco de prestación de servicio de salud a pacientes derivados desde la RPIS, que por emergencia requieran un medicamento que no conste en el CNMB vigente; esto es, ante una situación crítica para la vida del paciente y que necesite una actuación inminente dentro de las siguientes 24 horas y siempre que exista argumentos científicos e que las alternativas presentes en el CNMB vigente no son eficaces para la patología en cuestión, podrán adquirir y/o utilizar el medicamento de manera inmediata, bajo responsabilidad del médico prescriptor y del Comité de Farmacoterapia, previa aprobación de la máxima autoridad del establecimiento de salud de la institución de la RPIS". Esto es, que de acuerdo a esta reglamentación, en casos de emergencia se faculta que se adquiriera y use de forma inmediata el medicamento bajo la responsabilidad del médico prescriptor y de la casa del salud de la que proviene. El Art. 15 por su parte señala que la comunicación o notificación que se ha procedido de esta manera se hará dentro de los 15 días de la adquisición al Ministerio de Salud a través de la Subsecretaría Nacional de Gobernanza de la Salud.- El Art. 8 y siguientes del referido Reglamento regula el procedimiento que se debe realizar para la adquisición de medicamentos que no constan en el CNBM, en los casos considerados como NO emergentes, como son las enfermedades catastróficas, enfermedades raras y otras de baja prevalencia.- El Art. 10 del Cuerpo normativo antes indicado indica que las solicitudes para la compra (adquisición) y uso de dichos medicamentos se la deberá realizar al Ministerio por

-36- Treinta
y seis Vuelta

parte del médico prescriptor, acompañando de los siguientes requisitos: "Art 10.- El médico prescriptor remitirá la solicitud para el análisis del Comité de Farmacoterapia, debidamente suscrita, a la Máxima Autoridad del establecimiento de salud; dicha solicitud deberá contener la siguiente información: a.- Denominación Común Internacional del medicamento solicitado, forma farmacéutica y concentración. b.- Nombre del laboratorio fabricante del medicamento solicitado y nombre de la empresa que registró el medicamento en la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, en caso de ser diferentes. c.- Justificación para no continuar o iniciar con uno o más de los medicamentos contenidos en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos vigente." Esto con la finalidad de que se realice una valoración científica sobre si los medicamentos recetados sirven efectivamente para curar o aliviar la enfermedad. Con los informes correspondientes en tal sentido, el Comité para Autorizar la Adquisición de Medicamentos, autorizará la adquisición.- De tal manera que existe un procedimiento administrativo debidamente regulado que se debe seguir para atender el caso que se ha denunciado.- La accionante ha preferido ignorar este trámite y protocolo administrativo para intentar esta acción constitucional, lo que contradice fuertemente la naturaleza de esta acción, ya que no se puede concurrir a la acción constitucional en reemplazo de acciones administrativas, que en este caso es el mecanismo adecuado y eficaz para proteger la salud de la demandante y los derechos constitucionales por ella reclamados; SÉPTIMO: Se tiene que indicar adicionalmente, que los derechos a la vida, a una vida digna, a la salud y a la integridad física, se los debe proteger de acuerdo a la normativa constitucional, legal y reglamentaria existente, y con acciones y decisiones, claras, pertinentes objetivas y con fundamento científico. No se puede pretender defender los indicados derechos de la accionante con consideraciones ligeras y subjetivas de los jueces, que a pretexto de defender la vida y la salud de una persona de forma sutil, sin ningún razonamiento técnico ni científico, disponen la entrega de un medicamento.- El procedimiento que se regula en el Reglamento antes indicado es precisamente, para proteger y precautelar la vida y la integridad física de los pacientes, pues allí se establece que sea un comité especializado, el Comité para Autorizar la Adquisición de Medicamentos (CAAME), que se desenvuelve con rigor científico el que evalué si el medicamento que se ha prescrito y que no consta en el CNMB, tiene las propiedades de curar o aliviar la enfermedad del paciente y que no es peligroso para la persona que lo recibe.- No es suficiente para el bien del paciente la sola opinión del médico tratante, sino que se debe contar con el criterio científico del referido comité, que tiene la facultad exclusiva de autorizar la adquisición y uso del medicamento. No se puede, como se dijo anteriormente, que a pretexto de garantizar la salud y la vida atropellar estos procedimientos, que tienen por fin garantizar a los pacientes precisamente estos derechos constitucionales.- Adicionalmente se debe puntualizar que la Constitución del Estado en su Art. 361 le da al Ministerio de Salud la facultad de regular y controlar el sistema nacional de salud, la mencionada norma dice: "Art. 361.- El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector" El Art. 363.7 Constitucional por su parte, señala: "Art. 363.- El Estado será responsables 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". (Lo resaltado me pertenece); De tal manera que para que un Juez constitucional pueda ordenar que se entregue una medicina que no costa en el CNMB, requiere contar con la evidencia o informes técnicos-científicos, suficientes y confiables que determinen que ese medicamento le va a ayudar al paciente, porque no existen otras medicinas o tratamientos que lo alivien, informe técnico científico que solo le compete dar al Ministerio de Salud a través del correspondiente Comité indicado ut supra.- De lo analizado se establece que el Ministerio de Salud Pública del Ecuador NO ha violado los derechos constitucionales a la salud, ni la vida y ni a la integridad física denunciados por la accionante, más aún cuando se evidencia que ni siquiera se le ha realizado el pedido concreto. Se aprecia eso sí que la demandante ha omitido recurrir al trámite administrativo existente y expedito ante el Ministerio de Salud Pública, que es el mecanismo adecuado y eficaz para atender los problemas de salud que padece, pues de la prueba y de la documentación incorporada a este expediente se ha demostrado que la demandante ni siquiera ha formulado la petición concreta ante dicha cartera de Estado para que se pronuncie sobre la conveniencia de dicha medicina y autorice, de ser el caso, su adquisición y uso; y, OCTAVO.- De acuerdo con la normativa constitucional y legal mencionadas ut supra, la acción de protección es excepcional, no debe ser considerada como una contienda judicial ordinaria, y no ha sido concebida como sustituto o alternativa de los procedimientos administrativos, ni judiciales, ni contenciosos-administrativos, ni de otras acciones de carácter ordinario o especial, por lo que existiendo otros mecanismos de defensa adecuados y eficaces, como los que se contienen en el Acuerdo 158, antes mencionado, la acción de protección se la debe desestimar. Se debe recalcar que en este procedimiento no se ha demostrado que esa vía ordinaria que se ha indicado no sean adecuadas ni eficaces para defender los derechos constitucionales supuestamente violados, por lo que la acción constitucional no puede prosperar. También es necesario indicar que al no seguirse el trámite previsto en la normativa vigente antes analizada, se provoca el desquiciamiento de las instituciones jurídicas, acudiéndose sin pertinencia a la justicia constitucional con el pretexto de que toda acción u omisión contradice los principios constitucionales, lo que así puede parecer en un análisis superficial, pero ignorando que la administración de justicia es un todo, un sistema, con sus propias regulaciones y ramificaciones perfectamente delimitadas, que se deben respetar.- Por lo expuesto, la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, aceptando el recurso de apelación deducido REVOCA la sentencia venida en grado, rechazando la acción por improcedente y DECLARA que el Ministerio de Salud Pública no ha incurrido en ninguna acción u omisión que haya violado los derechos a la salud, a la vida o a la integridad personal de la accionante.- Sin costas ni honorarios que regular en las dos instancias. Ejecutoriado este fallo, la Secretaria de la Sala remitirá copia del mismo a la Corte Constitucional de acuerdo a lo prescrito en el Art. 25.1 de la LOGJyCC.- Hágase saber.- VISTOS: En mi condición de Juez Provincial que conforma este Tribunal manifiesto mi completo desacuerdo con la resolución de mayoría en la que mis compañeros jueces provinciales confirman la sentencia de primera instancia en la que se ha aceptado la acción de

-37 Tercera
y siete vuelta

protección.- Pues considero que no existen los presupuestos constitucionales, ni legales, ni reglamentarios para aceptar la referida acción, por lo que emito este VOTO SALVADO, de acuerdo con las siguientes consideraciones jurídicas: PRIMERO: A fs. 11 del cuaderno de primera instancia comparece el Dr. Antonio Gonzalo Aguilar Chamba en su calidad de Delegado de la defensoría del Pueblo de Zamora Chinchipe y en nombre de la señora Mirian Hermila Chamba Tacuri deduce acción de protección en contra del Ministerio de Salud Pública, representado legalmente por la Dra. Verónica Espinosa Serrano, en su calidad de Ministra de la referida cartera de la Nación, pide que se cuente con el señor Procurador General del Estado.- Señala el accionante, en lo principal, que la indicada ciudadana Mirian Hermila Chamba Tacuri, de 28 años de edad, adolece de Meloma Maligno de mano derecha ECIII, que dicha enfermedad es considerada catastrófica de alta complejidad, por lo que una vez derivada del Ministerio de Salud Pública a través del Hospital Isidro Ayora de Loja, en su tratamiento se le ha amputado el dedo medio a nivel de la falangina en el Hospital de SOLCA de la referida ciudad y ha recibido quimio terapia, pero que a pesar de estas medidas presenta recidiva, por lo que el Dr. Lenín Fabían Palacios, médico tratante de Solca de Loja, el 15 de abril de 2019, propone una segunda línea de tratamiento en la que manifiesta que la paciente " debería recibir tratamiento con PENBROLIZUMAB, el mismo que al no constar con (sic) en el cuadro básico, se elaborará el anexo correspondiente"; que con esta fría certificación no le dan alternativa para tratar esta terrible enfermedad; que con estos antecedentes demanda al indicado Ministerio, ya que considera que se le están violando sus derechos a la vida (vida digna), a la salud y a la integridad personal. Fundamenta la acción, en lo previsto, entre otros, en los Art. 32 y 66.2.3 de la Constitución de la República; y, Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.- Citada la Institución demandada se ha opuesto a esta acción señalando, en lo esencial, que mediante Acuerdo Ministerial 158, de 15 de enero de 2018, se creó el Reglamento Sustitutivo para autorizar la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos; en el que se determina el procedimiento a seguir para evaluar y autorizar la adquisición del medicamento, sin embargo la accionante hasta la presente fecha no ha hecho ninguna solicitud para que se adquiera el medicamento que solicita, por lo que el Ministerio de Salud Pública no ha violado ningún derecho constitucional de la demandante, en tal virtud solicita que la demanda sea rechazada.- Convocada a la audiencia correspondiente en la que se han escuchado a las partes y se ha actuado la prueba correspondiente la Dra. Celena del Carmen Pintado Sánchez, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Penal de Zamora, ha dictado sentencia aceptando la acción de protección y disponiendo que en 30 días el Ministerio de Salud Pública entregue la medicina PEMBROLIZUMAB, a la accionante en la cantidad que requiere para su tratamiento.- En la misma audiencia el Ministerio accionado ha interpuso recurso de apelación el mismo que ha sido concedido.- Recibido el proceso en la Corte Provincial de Zamora, mediante sorteo automatizado se ha designado a los señores Jueces Provinciales que deben conocer el presente recurso de apelación.- Por las circunstancias particulares que tiene esta acción y de conformidad con lo que dispone el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional corresponde resolverla por el mérito del expediente, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones: SEGUNDO: La Sala es competente para conocer y resolver esta causa en virtud del recurso deducido de conformidad con lo que determina el Art. 24 de la Ley Orgánica antes mencionada, en relación con lo

dispuesto en el inciso segundo del n. 3 del Art. 86 de la Constitución; TERCERO: La acción de protección deducida se ha tramitado con observancia de los preceptos constitucionales y legales que la rigen, por lo que se declara su validez, teniéndose en cuenta que se trata de un procedimiento que debe ser sencillo, rápido y eficaz, sin mayores formalidades; CUARTO: De acuerdo a lo que determina el Art. 169 de la Constitución de la República y el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que se debe aplicar las normas previamente establecidas y hacerse efectivas las garantías del debido proceso, la norma constitucional citada, literalmente expresa: " Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y se harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". (Lo resaltado es de la Sala). De igual manera la Constitución de la República en su Art. 75 prescribe: "Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". (Las mayúsculas, el subrayado y las negritas son de la Sala). El Art. 76 de la misma Carta fundamental expresa que en todo proceso que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que entre otras garantías contiene el derecho a la defensa, que a su vez se compone de otros derechos como el de ser escuchado en el momento procesal oportuno, en igualdad de condiciones, cumplimiento de las normas y derecho de las partes.- De igual manera se debe dejar señalado que uno de los derechos fundamentales que el Estado ecuatoriano garantiza a sus ciudadanos es el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el Art. 82 de la Constitución que expresa: "Art. 82.- 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". (El énfasis es de la Sala); Lo que tiene íntima relación con el principio de legalidad procesal previsto en la parte final del numeral 3 del Art. 76 Constitucional que literalmente expresa: "Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento". QUINTO: **NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL APLICABLE A LA ACCIÓN.-** Además de lo indicado, el Art. 88 de la Constitución de la República determina que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales, y se puede interponer cuando se vulneren los mismos por actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, cuando supongan privación de tales derechos mediante políticas públicas y cuando la violación del derecho provoque daños graves en los casos que señala.- La Norma constitucional indicada ut supra literalmente dice: "Art. 88.- 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" Por su parte el

-38- Treinta
y ocho Votos

Art. 40 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional precisa cuales son los requisitos que esta acción debe cumplir para su procedencia y a la letra dice: "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" (Las negrillas y el subrayado no es del texto original). De la misma manera el Art. 42 ibídem se refiere a la improcedencia de la acción de protección y textualmente indica: "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"; SEXTO: De la revisión del proceso y de la prueba que se ha actuado en primera instancia se establece claramente, que mediante Acuerdo Ministerial N° 158, publicado en el Registro Oficial 160, de 15 de enero de 2018, se expidió el Reglamento Sustitutivo para Autorizar la Adquisición de Medicamentos que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos CNMB vigente, en el que se determina cuál es el procedimiento a seguir en los casos de las enfermedades graves y catastróficas como la que presenta la accionante. El referido Reglamento indica el procedimiento ágil, que se debe realizar para solicitar, evaluar y autorizar la adquisición y el uso de medicamentos que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos vigente (CNMB), para los casos de emergencia; tratamiento de enfermedades catastróficas (como la de la accionante); enfermedades raras y otras de baja prevalencia, en la cuales se haya agotado o no sea posible utilizar todas las alternativas terapéuticas disponibles en el CNMB.- El Art. 4 del Referido Reglamento establece lo siguiente: "Art. 4.- Los Establecimientos de salud de segundo o tercer nivel de atención de la RPIS y de la Red Privada Complementaria, en el marco de prestación de servicio de salud a pacientes derivados desde la RPIS, que por emergencia requieran un medicamento que no conste en el CNMB vigente; esto es, ante una situación crítica para la vida del paciente y que necesite una actuación inminente dentro de las siguientes 24 horas y siempre que exista argumentos científicos e que las alternativas presentes en el CNMB vigente no son eficaces para la patología en cuestión, podrán adquirir y/o utilizar el medicamento de manera inmediata, bajo responsabilidad del médico prescriptor y del Comité de Farmacoterapia, previa aprobación de la máxima autoridad del establecimiento de salud de la institución de la RPIS". Esto es, que de acuerdo a esta reglamentación, en casos de emergencia se faculta que se adquiriera y use de forma inmediata el medicamento bajo la responsabilidad del médico prescriptor y de la casa del salud de la que proviene. El Art. 15 por su parte señala que la comunicación o notificación que se ha procedido de esta manera se hará dentro de los 15 días de la adquisición

al Ministerio de Salud a través de la Subsecretaría Nacional de Gobernanza de la Salud.- El Art. 8 y siguientes del referido Reglamento regula el procedimiento que se debe realizar para la adquisición de medicamentos que no constan en el CNBM, en los casos considerados como NO emergentes, como son las enfermedades catastróficas, enfermedades raras y otras de baja prevalencia.- El Art. 10 del Cuerpo normativo antes indicado indica que las solicitudes para la compra (adquisición) y uso de dichos medicamentos se la deberá realizar al Ministerio por parte del médico prescriptor, acompañando de los siguientes requisitos: "Art 10.- El médico prescriptor remitirá la solicitud para el análisis del Comité de Farmacoterapia, debidamente suscrita, a la Máxima Autoridad del establecimiento de salud; dicha solicitud deberá contener la siguiente información: a.- Denominación Común Internacional del medicamento solicitado, forma farmacéutica y concentración. b.- Nombre del laboratorio fabricante del medicamento solicitado y nombre de la empresa que registró el medicamento en la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, en caso de ser diferentes. c.- Justificación para no continuar o iniciar con uno o más de los medicamentos contenidos en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos vigente." Esto con la finalidad de que se realice una valoración científica sobre si los medicamentos recetados sirven efectivamente para curar o aliviar la enfermedad. Con los informes correspondientes en tal sentido, el Comité para Autorizar la Adquisición de Medicamentos, autorizará la adquisición.- De tal manera que existe un procedimiento administrativo debidamente regulado que se debe seguir para atender el caso que se ha denunciado.- La accionante ha preferido ignorar este trámite y protocolo administrativo para intentar esta acción constitucional, lo que contradice fuertemente la naturaleza de esta acción, ya que no se puede concurrir a la acción constitucional en reemplazo de acciones administrativas, que en este caso es el mecanismo adecuado y eficaz para proteger la salud de la demandante y los derechos constitucionales por ella reclamados; SÉPTIMO: Se tiene que indicar adicionalmente, que los derechos a la vida, a una vida digna, a la salud y a la integridad física, se los debe proteger de acuerdo a la normativa constitucional, legal y reglamentaria existente, y con acciones y decisiones, claras, pertinentes objetivas y con fundamento científico. No se puede pretender defender los indicados derechos de la accionante con consideraciones ligeras y subjetivas de los jueces, que a pretexto de defender la vida y la salud de una persona de forma sutil, sin ningún razonamiento técnico ni científico, disponen la entrega de un medicamento.- El procedimiento que se regula en el Reglamento antes indicado es precisamente, para proteger y precautelar la vida y la integridad física de los pacientes, pues allí se establece que sea un comité especializado, el Comité para Autorizar la Adquisición de Medicamentos (CAAME), que se desenvuelve con rigor científico el que evalúe si el medicamento que se ha prescrito y que no consta en el CNMB, tiene las propiedades de curar o aliviar la enfermedad del paciente y que no es peligroso para la persona que lo recibe.- No es suficiente para el bien del paciente la sola opinión del médico tratante, sino que se debe contar con el criterio científico del referido comité, que tiene la facultad exclusiva de autorizar la adquisición y uso del medicamento. No se puede, como se dijo anteriormente, que a pretexto de garantizar la salud y la vida atropellar estos procedimientos, que tienen por fin garantizar a los pacientes precisamente estos derechos constitucionales.- Adicionalmente se debe puntualizar que la Constitución del Estado en su Art. 361 le da al Ministerio de Salud la facultad de regular y controlar el sistema nacional de

33- T reint
y nueva V. 2018

salud, la mencionada norma dice: "Art. 361.- El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector" El Art. 363.7 Constitucional por su parte, señala: "Art. 363.- El Estado será responsables 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". (Lo resaltado me pertenece); De tal manera que para que un Juez constitucional pueda ordenar que se entregue una medicina que no costa en el CNMB, requiere contar con la evidencia o informes técnicos-científicos, suficientes y confiables que determinen que ese medicamento le va a ayudar al paciente, porque no existen otras medicinas o tratamientos que lo alivien, informe técnico científico que solo le compete dar al Ministerio de Salud a través del correspondiente Comité indicado ut supra.- De lo analizado se establece que el Ministerio de Salud Pública del Ecuador NO ha violado los derechos constitucionales a la salud, ni la vida y ni a la integridad física denunciados por la accionante, más aún cuando se evidencia que ni siquiera se le ha realizado el pedido concreto. Se aprecia eso sí que la demandante ha omitido recurrir al trámite administrativo existente y expedito ante el Ministerio de Salud Pública, que es el mecanismo adecuado y eficaz para atender los problemas de salud que padece, pues de la prueba y de la documentación incorporada a este expediente se ha demostrado que la demandante ni siquiera ha formulado la petición concreta ante dicha cartera de Estado para que se pronuncie sobre la conveniencia de dicha medicina y autorice, de ser el caso, su adquisición y uso; y, OCTAVO.- De acuerdo con la normativa constitucional y legal mencionadas ut supra, la acción de protección es excepcional, no debe ser considerada como una contienda judicial ordinaria, y no ha sido concebida como sustituto o alternativa de los procedimientos administrativos, ni judiciales, ni contenciosos-administrativos, ni de otras acciones de carácter ordinario o especial, por lo que existiendo otros mecanismos de defensa adecuados y eficaces, como los que se contienen en el Acuerdo 158, antes mencionado, la acción de protección se la debe desestimar. Se debe recalcar que en este procedimiento no se ha demostrado que esa vía ordinaria que se ha indicado no sean adecuadas ni eficaces para defender los derechos constitucionales supuestamente violados, por lo que la acción constitucional no puede prosperar. También es necesario indicar que al no seguirse el trámite previsto en la normativa vigente antes analizada, se provoca el desquiciamiento de las instituciones jurídicas, acudiéndose sin pertinencia a la justicia constitucional con el pretexto de que toda acción u omisión contradice los principios constitucionales, lo que así puede parecer en un análisis superficial, pero ignorando que la administración de justicia es un todo, un sistema, con sus propias regulaciones y ramificaciones perfectamente delimitadas, que se deben respetar.- Por lo expuesto, la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, aceptando el recurso de apelación deducido REVOCA la sentencia venida en grado, rechazando la acción por improcedente y DECLARA que el Ministerio de Salud Pública no ha incurrido en ninguna acción u omisión que haya violado los derechos

40 = Cuestión



a la salud, a la vida o a la integridad personal de la accionante.- Sin costas ni honorarios que regular en las dos instancias. Ejecutoriado este fallo, la Secretaria de la Sala remitirá copia del mismo a la Corte Constitucional de acuerdo a lo prescrito en el Art. 25.1 de la LOGJyCC.- Hágase saber.-

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

REATEGUI NAULA NORMA ELIZABETH
SECRETARIA DE LA SALA UNICA MULTICOMPETENTE

Link para descarga de documentos.

Descarga documentos

**

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

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

***** UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN
