Causa No. 17571-2020-00145

SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

Quito a, 12 de mayo de 2020.- Las 10h00.- VISTOS.- El Tribunal Ad-quem se encuentra integrado por los Jueces Provinciales doctores Narcisa Pacheco Cabrera (Ponente), Elsa Paulina Grijalva Chacón y Carlos Alberto Figueroa Aguirre, Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, conforme sorteo que consta de autos para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, Dr. Juan Páez Moreno, Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín y Msc. Andrés Campaña Remache, Director Provincial de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través del Ab. Flavio Rolando Venegas Robalino, en contra de la sentencia dictada por Dra. Hilda Yolanda Garcés Dávila, Jueza de Violencia contra la Mujer y la Familia-1 de Pichincha, que acepta la acción de protección propuesta por los señores Ab. Roberto A. Veloz Navas, Esp. Mgs. DD.HH y Ab. Ana Gabriela Gualotuña Durán, Coordinador general Defensorial Zonal 9 y Especialista de Derechos Humanos y de la Naturaleza 2 de la Defensoria el Pueblo en suorden, en representacion del Sr. MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMÉNEZ. Siendo el estado de la causa el de resolver, y en observancia al mandato del artículo 86 de la Constitución de la República, auto de apertura de la fase de seguimiento No. I-20-EE/20, de 16 de abril de 2020, emitido por la Corte Constitucional del Ecuador, como máximo Órgano de Justicia Constitucional; y, Oficio Circular No. 203-P-CNJ-2020, suscrito por la señora Presidente de la Corte Nacional de Justicia, que clarifica el alcance de la Resolución No. 04-2020, de 16 de marzo del año en curso. Resolución 38-2020 de fecha 17 de abril del 2020 emitida por el Consejo de la Judicatura, mediante la cual resuelve ampliar y establecer el sistema de turnos en la atención de garantías jurisdiccionales de conformidad con la Resolución 031-2020 de fecha 17 de marzo del 2020, para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala Penal tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo previsto en los artículos 178, 167 y 86, numeral 3, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); 24

de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC); 7 y 208, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ); y, en virtud del sorteo de ley. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- En la tramitación de la presente causa se han observado las garantías básicas del debido proceso constitucional y legal, como lo establecen los Arts. 75, 76, 86, 168.6 y 169 de la CRE; y, Art. 8 y siguientes de la LOGJCC, por lo que se declara su validez. TERCERO: ANTECEDENTES.- 3.1. El legitimado activo, en su libelo de demanda, hace conocer que: El señor MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMÉNEZ de 65 años de edad ha sido diagnosticado con leucemia mieloide crónica en crisis blástica (CIE10:C921/C920) en el Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, conforme la historia clínica No. 1805291 y que actualmente recibe tratamiento y controles clínicos de laboratorio de manera frecuente en el área de Hematología de éste Hospital. El 11 de noviembre del 2019, la Dra. Grace Salazar Vega, Medica tratante del área de Hematología de éste Hospital, ha solicitado a la Sra. Dra. Marcela Elizabeth Zamora Matute, Jefa del Servicio de Hematología "se proceda al inicio de los trámites necesarios para adquirir la medicación Dasatinib 70mg (comprimidos recubiertos con película), para el paciente ONTANEDA JIMENEZ MARIO CARMELINO…tomando en cuenta que este fármaco se halla en el cuadro básico de medicamentos [1] con esta indicación (Leucemia Mieloide Crónica)"; la medico tratante ha enfatizado que: "el paciente requiere dicho farmáco de manera urgente, habiendo recibido 2 líneas previas de tratamiento y al hallarse en crisis blástica por tener alto riesgo de complicacionbes y fallecimiento en caso de no recibir tal medicamento"; de acuerdo a la medico tratante el paciente requiere la dosis que ha detallado: Droga requerida Concentración Dosis Tabletas Requeridas Duración del tratamiento Dasatinib (comprimido recubierto con película 70mg Dos tabletas diarias (140mg) 730 12 meses (debería recibir la medicación hasta la progresión de la enfermedad o intolerancia al fármaco) De lo requerida por la Médico Tratante Dra. Grace Salazar Vega, el paciente Sr. Mario Carmelito Ontaneda Jiménez y su familia no han recibido ninguna respuesta de parte del Hospital Carlos Andrade Marín, como tampoco el medicamento; en estas circunstancias la Sra. Mary Ontaneda Masache, hija del paciente, ha solicitado la intervención de la Defensoría del Pueblo, Institución que promovió una reunión de trabajo el 21 de enero del 2020 con los

representantes del referido Hospital, a fin de que se solucione la situación del paciente, sin que el caso haya resuelto. Ante lo cual señala que el modelo constitucional que mantiene el Ecuador, así como el cambio de paradigma del Estado social de derechos al Estado constitucional de derechos y justicia social, que establece la fuerza normativa de la Constitución como central y por lo tanto la obligación de todas las funciones y organismos del Estado de adecuar su actuación a los valores, principios y derechos constitucionales, con la finalidad de garantizar la protección y vigilancia de los mismos, lo que enfatizan dentro de la presente acción constitucional. Resalta que de lo expuesto, el principio de legalidad valorado para cobijar las actuaciones de quienes nos encontramos en la esfera del derecho público, ante el modelo precitado, no cabe aplicación simplemente del principio de mera legalidad, sino por el contrario el de estricta legalidad, esto es la aplicación directa e integral de las disposiciones constitucionales, especialmente de toda aquella que más favorezca la plena vigencia de los derechos humanos. Siendo imperativo mantener una lectura integral de todas las disposiciones contenidas en la Constitución; en tal sentido en el presente caso, la acción de protección constituye el mecanismo y garantía jurisdiccional idónea, eficaz y apropiada para la tutela efectiva de los derechos de una persona adulta mayor con enfermedad catastrófica, sujeto y titular de derechos, persona que forma parte del grupo de atención prioritaria y de acuerdo a los hechos descritos el señor MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMÉNEZ, es una persona en condición de doble vulnerabilidad, a quien se le vulneró derechos fundamentales. Por tal razón la acción de protección con petición de medidas cautelares es la vía más idónea, expedita y eficaz para cesar su vulneración: además tratándose de una persona con una enfermedad catastrófica, se debe aplicar el principio in dubio pro actione. Respecto a su pretensión, requirió se otorgue medidas cautelares urgentes a favor del paciente Sr. Mario Carmelino Ontaneda Jiménez, a fin de que el Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, provea de manera urgente el medicamento Dasatinib-comprimido recubierto con película, en la dosis prescrita por la médico tratante. Solicita que en sentencia se declare la vulneración de los derechos constitucionales a una vida digna, integridad personal y salud del Sr. Mario Carmelino Ontaneda Jiménez, por parte del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y en razón de que el medicamento

Dasatinib, consta en el cuadro básico de medicamentos, el Hospital en referencia provea del medicamento al paciente Sr. Mario Carmelino Ontaneda Jiménez, en la dosis prescrita hasta la progresión de la enfermedad o intolerancia al mismo. En la audiencia pública celebrada ante la Jueza A quo, la defensa del accionante son coherentes con lo expuesto en el texto de la acción de protección propuesta. 3.2. Sustanciada la audiencia pública de primera instancia, las partes argumentan lo siguiente: 3.2.1. El legitimado activo Sr. MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMÉNEZ, a través de los señores Ab. Roberto A. Veloz Navas, Esp. Mgs. DD.HH y Ab. Ana Gabriela Gualotuña Durán, Coordinador general Defensorial Zonal 9 y Especialista de Derechos Humanos y de la Naturaleza 2 de ls Defensoria el Pueblo en suorden, en lo principal han manifestado: Que el accionante es una persona adulta mayor de 65 años que padece una enfermedad catastrófica diagnosticada hace 7 años, sin embargo el brote de leucemia mieloide crónica tuvo mayor fuerza hace unos cinco meses atrás, ante lo cual la Dra. Grace Salazar, médico tratante del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, mencionó que no solamente se trata de una leucemia crónica de por si catalogada como enfermedad catastrófica, sino que dentro de una crisis blástica esta enfermedad presenta ciertas complicaciones y hay riesgo inminente de fallecimiento al no contar con la medicina requerida. En su momento el señor Mario Carmelino Ontaneda Jiménez, tuvo la prescripción médica del medicamento "IMATINIB posteriormente NILOTINIB", medicamentos que no tuvieron una evolución favorable para el paciente, en tal razón la Dra. Grace Salazar, medica tratante prescribió el medicamento DASATINIL de 70 mg con una prescripción diaria de dos veces, por lo menos doce meses o mientras no haya una progresión en la enfermedad, circunstancia que lo certificó el 11 de noviembre del año anterior (2019) y puesto en conocimiento de la JEFA DE AREA DE REUMOLOGÍA del Hospital, mencionándole la importancia de contar con ese medicamento, pese haber oficiado el 11 de noviembre del 2019, no recibió ninguna respuesta, de hecho hasta la actualidad, pese las instancias verbales de parte de la médico tratante quien incluso en el mes de enero del 2020 insistió a la Jefa de ésta área, y exhortó una vez más el riesgo inminente que presenta el señor Mario Carmelino Ontaneda Jiménez, sin que haya existido una respuesta. En esas circunstancias la señora Mery Ontaneda, hija del paciente, acude y solicita la intervención de la Defensora del Pueblo, la cual

efectúa acercamientos con el Hospital de Especialidad Carlos Andrade Marín, sin conseguir respuesta positiva, circunstancias que propicio la presente acción de protección con medidas cautelares, las cuales han sido concedidas el 6 de febrero del 2020 por la Jueza A quo, sin embargo no se han cumplido, y pese haber concurrido el accionante al Hospital a solicitar información sobre el cumplimiento de las medidas cautelares no obtuvo respuesta; acudieron a una reunión con el Director de Seguro Individual Familiar Dr. Mauricio Espinel del IESS y Dr. Eduardo Zea, Director Nacional de Medicamentos, respecto a la medida cautelar, sin tener respuesta favorable, que si bien el señor Mario Carmelino Ontaneda Jiménez recibe tratamiento cada 21 días en el HCAM, ahí recibe el medicamento, sin embargo cuando sale del tratamiento se traslada a la ciudad de Loja con las complicaciones que implica a nivel logístico, y por ahora está tomando nilotinib que no tiene ningún efecto progresivo de acuerdo a la Dra. Grace Salazar, el medicamento es importante para el paciente, no se ha nota evolución pero si una estabilidad de la enfermedad crónica. El medicamento que en esta etapa requiere el señor Mario Carmelino Ontaneda Jiménez es DASATINIB, mismo que está en el cuadro básico nacional de medicamentos. Destaca que el Sr. Mario Carmelino Ontaneda Jiménez se encuentra dentro el grupo de atención prioritaria conforme el Art. 35 de la CRE. Al no tener respuesta alguna, ante la negativa de proveer el medicamento están vulnerando sus derechos a la salud y acceso al medicamento, integridad personal y vida digna, no existen otras medidas, por lo que hay necesidad de esta acción.- En la contrarréplica destacan que los procedimientos contractuales para la adquisición del medicamento no pueden estar por encima de los derechos del paciente; en el presente caso no se ha generado una atención prioritaria, preferente y especializada conforme el Art. 35 de la CRE, toda vez que desde el 11 de noviembre del 2019 fecha en la que la Dra. Grace Salazar, médico tratante del Sr. Mario Carmelino Ontaneda Jiménez, informó la necesidad del medicamento Dasatinib, sin tener respuesta concreta de la Jefa de Área de Reumología del mencionado Hospital; conocieron que recién el 10 de febrero a través de la Coordinación pública del Hospital se solicita realicen los procedimientos necesarios, sin que lo hayan hecho en el tiempo que se estableció la necesidad, de esta manera se violentó el principio de oportunidad. La parte accionada reconoce la enfermedad, que se requiere el medicamento y que se trata de una

persona con doble vulnerabilidad, sin embargo la parte accionada destacan los procedimientos frente a la salud de una persona, por lo que no se puede burocratizar el ejercicio de los derechosa; como defensoría jamás dice que no se cumplan los procedimientos, sino que se observe la oportunidad y que se trata de persona vulnerable y adulta mayor que involucra un control de convencionalidad y al tener normativa no solamente supraestatal desde el sistema universal sino también desde el sistema interamericano, esta se aplicará directamente por sobre toda aquella normativa y garantizar la dignidad, salud e integridad personal, y se ratifican en la pretensión invocada en la demanda. 3.2.2. El legitimado pasivo, Dr. Juan Páez Moreno, Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín y Msc. Andrés Campaña Remache, Director Provincial de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través del Ab. Flavio Rolando Venegas Robalino, ha manifestado que están conscientes que el señor Mario Carmelino Ontaneda Jimenez necesita el medicamento, están dando el medicamento "nilonitib, imatinib" para el tratamiento de la leucemia, la historia clínica contiene 1221 hojas, razón por la que no llevó a la audiencia y estaría violando el derecho de confidencialidad, se le dio atención en el Hospital Carlos Andrade Marín, respetando la prioridad de adulto mayor quien recién ha cumplido 65 años, por lo que no existe la doble vulnerabilidad de los derechos, le dieron atención y el tratamiento, la quimioterapia, están dando "nilotinib", es cierto que el medicamento "DASATINIL", progresivo al "NILOTINIB" lo necesita bajo el parámetro de la médico tratante, están de acuerdo con eso, pero no es la indicada no tiene conocimiento de contratación pública y bajo el parámetro "158 A" establecen los procedimientos para adquirir un medicamento que no encuentran en la farmacia, es un medicamento de alta generación, existen procedimientos para la adquisición, la médico tratante recetó y se encuentra en la página 9, 12 de la historia clínica, la Dra. Grace Salazar, dijo "cambiamos de línea necesitamos la DASATINIL", por lo que no ven el derecho vulnerado, se ha recetado el medicamento no toman en cuenta el protocolo que existe, puede ser burocracia pero están a lo que dice el Art. 226 de la Constitución y con la acción de protección se pidió el medicamento, que hay tiempos y no pueden comprar el medicamentos en la farmacia, que es medicamento de importación, necesitan procedimientos, del fabricantes que tengan disponibilidad, es cierto que se

encuentra en el cuadro básico como medicamento judicializado, pero no es para el Hospital Carlos Andrade Marín, es para el Hospital de Solca y de Guayaquil, bajo los parámetros dicho por la médico tratante dijeron sí porque el señor lo necesita, dieron atención primordial, por lo que no existe vulneración de derechos. 3.2.3. La Ab. Lizeth Camila Tellez Garzón, en representación de la Procuraduría General del Estado, manifiesta: Respecto a que el fármaco se encuentra dentro del cuadro básico de medicamentos, el CONASA tiene su cuadro básico que esta actualizado en la décima edición en el años 2019, dentro de esta emisión se generan dos acápites, dos separaciones, el primero es el cuadro básico de disponibilidad y el segundo es una anexo que de medicamentos judicializados, su diferencia es que los medicamentos que se encuentran dentro del cuadro básico como judicializados tienen un procedimiento un trámite distinto de adquisición dentro del sistema de salud las unidades médicas muchas de ellas son descentralizadas y desconcentrados los proceso no son lo mismo que el IESS dentro del Hospital Teodoro Carbo para una compra que lo haga el Hospital Carlos Andrade Marín o que haga un Hospital de red pública de salud como el Eugenio Espejo son procedimientos distintos. Cuando se genera una acción de protección en la que se ordena la compra de un medicamento, la compra realiza esta unidad médica, el medicamento no se compra para que esté disponible, se lo compra para determinado paciente, que es el presente caso el "DASATINIL", que no ha sido comprado para el HCAM para anteriores casos, en este caso deben elaborar un anexo, suba a Farmacia que lo apruebe y realizar un proceso de subasta inversa, circunstancias que no permiten cumplir los tiempos dados en la medida cautelar y que busca la Defensoría del Pueblo. En referencia al bloque de convencionalidad de directa aplicación de los tratados la Constitución (Art. 426) desde el año 2008 ya los reconoce. El Art.459 establece el acceso a los sistemas de salud, rehabilitación y entrega de medicamentos, no se ha dicho que no proveerán el medicamento, efectuaran trámites administrativos que no pueden saltarse para la adquisición, el Hospital para importar no puede hacer sin seguir un protocolo, un medicamento externo implica que pase por aduanas, se adapte a las normas del SERCOP, autorización del Ministerio de Salud. El IESS dentro del primer momento ha dado atención, está recibiendo la medicación que al momento el IESS tiene, se está buscando garantizar el derecho a la salud del legitimado,

reconocen que el Estado ya tiene un ordenamiento jurídico constitucional e infra constitucional garantista de derechos. Solicita se resuelva conforme al derecho constitucional. CUARTO: CONSIDERACIONES Y ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL DE ALZADA.- 4.1. El Art. 76.7.m) de la CRE en concordancia con el Art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) respectivamente invocan: "El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"; y, "En todo proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (…) literal h) "derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior"; de igual forma el artículo 24 de la LOGJCC, (…) prevé el recurso de apelación. Eugenio Florián, sobre el tema indica: "La apelación es el recurso clásico y de uso más común, es además el más eficaz en cuanto llega a un segundo examen, más o menos completo de la causa". La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ido desarrollando su jurisprudencia sobre el recurso de apelación señalando: "El derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención". La Corte Constitucional en la sentencia No. 092-13-SEP-CC, caso No. 0538-11-EP., sobre el recurso de apelación ha manifestado: gramaticalmente significa "Entablar recurso contra una resolución", la doctrina al ocuparse de este derecho ha determinado que "recurso es un recorrer de nuevo, el camino ya hecho. La palabra denota tanto el recorrido que se hace mediante otra instancia, como el medio de impugnación en virtud del cual se recorre el proceso". En definitiva el derecho a recurrir, está vinculado con la garantía de la doble instancia y con el derecho a la defensa, específicamente con la posibilidad de que una resolución judicial dictada dentro de un proceso, sea revisada por el mismo órgano jurisdiccional del cual emanó dicha decisión o por un órgano jerárquicamente superior, en aras de subsanar posibles errores u omisiones judiciales que se cometan en las mismas, precautelando de esta manera el derecho de las partes intervinientes en los procesos jurisdiccionales y ante todo la tutela judicial efectiva". 4.2.- El Art. 86 de la CRE, refiere sobre los principios comunes de las

garantías jurisdiccionales, en particular quienes pueden ejercerlas, la competencia de los jueces que conocen estas acciones, los procedimientos pertinentes incluyendo medidas cautelares, audiencia, pruebas, sentencia y apelación, ejecución de las sentencias, las sanciones por su incumplimiento y su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional. El artículo 88 ibídem dice: "(…) 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". Los artículos 39 al 42 de la LOGJCC, regulan esta garantía jurisdiccional, estableciendo su objeto, los requisitos para su presentación y la procedencia de la misma. Lo esencial en esta acción de protección es que procede siempre y cuando se vulnere un derecho constitucional. La ley referida establece requisitos para su presentación y procedencia, pues, el Art. 41 exige: a) Que exista violación de un derecho constitucional. Lo que significa que, tal y como ha señalado Juan Montaña Pinto, sobre la acción de protección "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 […]"; b) 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, c) Que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, lo que significa que el derecho vulnerado no debe estar amparado por alguna de las otras garantías jurisdiccionales contempladas en la Constitución o mediante acciones específicas en la vía judicial ordinaria". Además, la LOGJCC ha dispuesto varias causales de improcedencia (Art. 42): 1) Que no exista vulneración de derechos constitucionales; 2) 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, 3) 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.- 4.3. Las sentencias de la Corte Constitucional son vinculantes, por cuanto, según la CRE, es el máximo organismo de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, cuyas decisiones tienen "el carácter constitucional vinculante" y guían la actividad jurisdiccional (Sentencia No. 045-11-SEP-CC). Karla Andrade Quevedo considera que el objetivo de la acción de protección es: "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". Por lo expuesto, cuando se trata de derechos y normativa infra constitucionales, el titular del derecho vulnerado cuenta con la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva, expedita e imparcial en la justicia ordinaria, pues la justicia constitucional no se encuentra facultada para resolver problemas legales que no acarreen la vulneración de derechos constitucionales, quedando descartada, toda posibilidad de que la acción de protección sea procedente para resolver asuntos de estricta legalidad o que constituya una vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones infra constitucionales o contractuales, cualquiera que sea su naturaleza, pues para ello, el ordenamiento ha previsto acciones ordinarias específicas. En sentencia No. 001-16-PJO-CC, caso Nro. 530-10.JP, emite una jurisprudencia vinculante en el sentido que "Las juezas o jueces constitucionales que conozcan una acción de protección deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencias, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas y jueces constitucionales, únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido"; y, de igual forma la Corte Constitucional, en las sentencias Nos. Caso N. 0831-12-EP, sentencia N. 102-13-SEP-CC, caso N. 0380-10-EP, sentencia N. 016-13-SEP-CC, caso N. 1000-12-EP, ha referido: "Al respecto, este tribunal de justicia constitucional reitera que en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, la misión de los jueces constitucionales que conocen garantías jurisdiccionales no debe limitarse a inadmitir o a declarar la improcedencia de éstas cuando a su criterio existen "otros mecanismos judiciales" para la tutela de

los derechos, pues su labor es mucho más compleja y profunda dado que implica distinguir cuando en el caso sometido a su jurisdicción existen vulneraciones a derechos constitucionales, y en caso de existir tales vulneraciones tienen el deber de declararlas y ordenar la reparación integral de estos derechos. Conforme a lo señalado esta Corte, es claro que no es competencia de la justicia constitucional conocer asuntos de mera legalidad, es decir, el análisis de aspectos que son propios de la justicia ordinaria; pero sí le compete a la justicia constitucional conocer los procesos cuando ocurran vulneraciones a derechos constitucionales". "Atendiendo a este razonamiento, es preciso recordar que: "Todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido hacia la protección de los derechos constitucionales y legales: es evidente que ante la vulneración de derechos constitucionales no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar las causas, toda vez que este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales"; y, sobre la labor del juez constitucional invoca: "Ahora bien, respecto a la labor del juez constitucional que conoce garantías jurisdiccionales, hay que puntualizar "que le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria". QUINTO: ANALISIS DEL TRIBUNAL AD QUEM.- 5.1. En el caso in examine, el accionante fundamenta su acción señalando que es una persona adulta mayor de 65 años de edad, que padece una enfermedad catastrófica diagnosticada hace siete años y tuvo mayor fuerza el brote de LEUCEMIA MIELOIDE CRÓNICA, hace cinco meses, en esas circunstancias la Dra. Grace Salazar, médico tratante del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín, menciono que no solamente se trata de LEUCEMIA CRÓNICA, que de por sí es catastrófica y que entró en crisis BLÁSTICA y la enfermedad presenta ciertas complicaciones y existe riesgo inminente de fallecimiento del señor Mario Carmelino Ontaneda Jimenez, al no contar con la medicina requerida. En su momento el señor Mario Carmelino Ontaneda Jiménez, tuvo prescripción médica del fármaco "IMATINIB posteriormente NILOTINIB", medicamentos que no tuvieron evolución favorable, en tal razón la Dra. Grace Salazar, médico tratante

prescribió "DASATINIL" de 70 mg, dos veces al menos por doce meses o mientras no haya una progresión en la enfermedad, esto la médico tratante certificó el 11 de noviembre del 2019 y puso en conocimiento de la Jefa del área de "reumatología" del Hospital, resaltó la importancia de contar con ese medicamento y que consta en el cuadro básico de medicamentos y no recibió ninguna respuesta pese a las instancias verbales que incluso en el mes de enero del 2020 insistió y señaló el riesgo inminente que presenta el señor Ontaneda; pese las medidas cautelares emitidas el 6 de febrero del 2020, no se le ha provisto del medicamento "DASATINIL", arguyendo que deben cumplir procedimientos, de esta forma se puso en riesgo la integridad física, mental y sobre todo la vida del legitimado activo.- 5.2.- Al respecto este Tribunal considera, las normas constitucionales del Art. 3 numeral 1 prescribe que son deberes primordiales del Estado "1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes". Art. 11 de la CRE, determina el ejercicio de los derechos, los cuales se podrán promover, ejercer y exigir ya sea de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes las que garantizarán su cumplimiento, este ordenamiento supremo señala "1.-Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades". Art. 32 "La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización de vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho […] la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el bien vivir. El estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales 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 servicios de salud se regirán por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional". Tanto más que un adulto mayor está considerado dentro del grupo de atención prioritaria conforme determina la Constitución en su Art. 35 que señala: "Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la 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"; el Art. 37 ibídem señala: El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: 1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas. 2. El trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones. 3. La jubilación universal. 4. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos. 5. Exenciones en el régimen tributario. 6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley. 7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento; el Art. 38 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas. En particular, el Estado tomará medidas de: 1. Atención en centros especializados que garanticen su nutrición, salud, educación y cuidado diario, en un marco de protección integral de derechos. Se crearán centros de acogida para albergar a quienes no puedan ser atendidos por sus familiares o quienes carezcan de un lugar donde residir de forma permanente. 2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. El Estado ejecutará políticas destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas para que contribuyan con su experiencia, y desarrollará programas de capacitación laboral, en función de su vocación y sus aspiraciones. 3. Desarrollo de programas y políticas destinadas a fomentar su autonomía personal, disminuir su dependencia y conseguir su plena integración social. 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o negligencia que provoque tales situaciones. 5. Desarrollo de programas destinados a fomentar la realización de actividades recreativas y espirituales. 6.

Atención preferente en casos de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias. 7. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario. 8. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas. 9. Adecuada asistencia económica y psicológica que garantice su estabilidad física y mental. La ley sancionará el abandono de las personas adultas mayores por parte de sus familiares o las instituciones establecidas para su protección. El Art. 66 reconoce y garantiza las personas "2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable y vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido seguridad social y otros servicios sociales necesarios". 5.3.- Por lo mencionado, resulta evidente para este Tribunal Ad quem, que es un deber del Estado y de la sociedad darles una especial protección a las personas adultas mayores por su situación de vulnerabilidad, quienes gozan de atención preferente en todo los campos conforme la norma constitucional antes citada. Entonces corresponde a la administración de justicia brindar un trato urgente a fin de que las causas sean resueltas con celeridad, característica que como se ha dicho es inherente a las garantías constitucionales, entonces la vía es la idónea para proponer se respeten sus derechos, con el fin de no someter al accionante a un litigio lento y largo, más cuando sus derechos constitucionales pueden estar siendo vulnerados, ya que implica un riesgo a la tutela judicial efectiva.- Al respecto menciona la Corte Constitucional en sentencia No. 287-16-SEP-CC, caso No. 578-14-EP, dice: "En este punto, es importante aclarar que conforme fue señalado en las líneas precedentes, los adultos mayores gozan de todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, y además tienen derechos propios promulgados con el objetivo de brindarles una protección especial. En tal sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se constituyen en instrumentos que al proteger los derechos de todas las personas, también amparan los derechos de los adultos mayores, por tanto su observancia se establece como una obligación de todos los Estados parte. Al respecto, el

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación N.0 6 estableció: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas de edad, excepto en el artículo 9, que dice lo siguiente: "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social" y en el que de forma implícita se reconoce el derecho a las prestaciones de vejez. Sin embargo, teniendo presente que las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, es evidente que las personas de edad tienen derecho a gozar de todos los derechos reconocidos en el Pacto. Establecida esta precisión, corresponde a la Corte Constitucional referirse a los instrumentos que regulan de forma particular los derechos de este grupo de atención prioritaria, dentro de los cuales un importante referente son los principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991, en el cual se establecieron principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad a favor de estas personas. Entre los principios de independencia, se estableció que las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados; así como la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras posibilidades de obtener ingresos; de igual forma podrán participar en la determinación de cuándo y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales; al igual que el acceso a programas educativos y de formación adecuados; debiendo además tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio; y, de poder residir en su propio domicilio por el tiempo que consideren necesario. Por su parte, los principios de participación se encuentran encaminados a determinar que las personas de edad, deberán permanecer integradas en la sociedad, participando activamente en la formulación y aplicación de las políticas públicas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes; en igual sentido podrán buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y trabajar como voluntarios en puestos propios a sus intereses y finalmente, podrán formar parte de

movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.". (el énfasis fuera de texto).- De las normas constitucionales, así como de las sentencias de la Corte Constitucional citadas, se establecen los derechos preferentes de un adulto mayor que por su condición pertenece al grupo de atención prioritaria, a una vida digna con independencia económica, con atención preferente en todos los ámbitos, sean estos públicos o privados, así como gozar del derecho a la salud y vida digna, e integridad psíquica lo cual es afectado en su bienestar y desenvolvimiento personal en su vida cotidiana en sociedad, para desarrollar sus actividades diarias, en consideración que se traslada desde la ciudad de Loja (cada 21 días) por la falta del fármaco DASATINIL, de 70 mg, dos veces al día por doce meses o mientras no haya progresión de la enfermedad, conforme a lo prescrito por la Dra. Grace Salazar, médico tratante del legitimado activo Sr. MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMÉNEZ, médico tratante que emitió el certificado el 11 de noviembre del 2019, e indica que no se trata únicamente de una leucemia crónica sino que entró en una CRISIS BLÁSTICA, enfermedad que presenta complicaciones y "HAY RIESGO INMINENTE DE FALLECIMIENTO", al no contar con la medicina, y pese a la instancias verbales y requerimiento efectuados hasta enero del 2020, el legitimado pasivo no suministró al paciente; peor a un conforme ha sostenido en audiencia que requiere de tiempo para dar cumplimiento a las medidas cautelares otorgada en la presente acción constitucional, evidenciándose una ineficacia e inoperancia en la atención al paciente, que afecta a la oportunidad e inmediatez con la que debe ser atendido el legitimado activo, acorde la prescripción de la médico tratante; el legitimado pasivo conocen del riesgo inminente que presenta el señor MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMENEZ y no iniciaron los procedimientos para su adquisición, ni aun cuando fueron otorgadas las medidas cautelares, se cumplen.5.4. Respecto de los fundamentos del legitimado pasivo. 5.4.1.- El legitimado pasivo afirma que no se está vulnerando derechos fundamentales al señor MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMEÉNEZ, porque se está proveyendo de los medicamentos con los que cuenta el IESS, que se le atendió en quimioterapia, y que están generando los tramites de adquisición del medicamento DASATINIL prescrito por la Dra. Grace Salazar, médico tratante del legitimado activo. Al respecto este tribunal observa que el legitimado pasivo no acató lo prescrito por la médico tratante, tampoco efectuó acciones tendientes a la oportuna adquisición del

fármaco DASATIL, no siendo pertinente aceptar que se provea medicamentos que no son específicos para la etapa de "CRISIS BLÁSTICA" que atraviesa el paciente señor MARIO CARMELINO ONTANEDA JIEMENEZ. Siendo inminente la inobservancia del principio de oportunidad que vulnera derechos fundamentales como una vida digna, integridad personal y salud del legitimado activo, previstos y garantizados en las normas constitucionales ya citadas, así como en el Art. 25 numeral 1 de la Declaración Universal de derechos Humanos; Art. 12. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en común obligan a los Estados Partes que garanticen la salud, el bienestar y el servicio social, así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En virtud que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, psíquico que comprende lo espiritual, anímico, mental, moral, interior, psicológico e inmaterial y social. Es deber del Estado garantizar la salud como un bien público y adoptar las medidas que garanticen estos derechos a todas las personas y con atención prioritaria a los grupos vulnerables como es en el presente caso, en el que no se actúa oportunamente y el transcurso del tiempo se torna fatal y tardíamente se prevalezca procedimientos frente a un derecho fundamental como es la vida que está en riesgo; desatendiendo lo dispuesto por la Constitución en su Art. 50 "El estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles de manera oportuna y preferente". Dejando al legitimado activo señor MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMENEZ en absoluta fragilidad en su salud al no proveerle el medicamento DASANITIL, prescrito por la médico tratante, SU VIDA CORRE RIESGO INMINENTE lo que afecta a su integridad, física, mental, porque su tratamiento médico no puede ser interrumpido; el accionante probó que es una persona vulnerable con enfermedad catastrófica y que su salud depende del fármaco. Por tanto, el argumento esgrimido por el apelante, que no están vulnerando derechos fundamentales por que recibió quimioterapia y recibe tratamiento médico o medicamentos como el IMATINIB y posteriormente NILOTINIB, es improcedente e impertinente; porque el medicamento requerido para la actual etapa "CRISIS BLÁSTICA" en la enfermedad crónica es DASATINIL, que no ha sido dotado hasta la presente fecha, lo que vulnera

derechos fundamentales previstos en la Constitución y tratados internacionales como es la vida digna, integridad personal y salud de MARIO CARMELINO ONTANEDA JIMENEZ, persona que se encuentra dentro del grupo de atención prioritaria por ser de la tercera edad y al padecer enfermedad catastrófica le ubica en doble vulnerabilidad; inclusive el accionante afirma que por varias ocasiones concurrió personalmente a la Entidad accionada solicitando se cumpla con las medidas cautelares y le provean del medicamento, sin haber obtenido respuesta favorable. En consecuencia, ha probado que la acción es procedente al vulnerar derechos constitucionales y al constituir vía idónea para su reclamación, más aún cuando se encuentra en un grupo de atención prioritaria en razón de su doble vulnerabilidad. Por tanto, la acción presentada no incurrió en las causales de improcedencia previstas en el artículo 42 de la LOGJCC. SEXTO: DECISIÓN.- Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, desestima el recurso de apelación interpuesto por el accionado Dr. Juan Páez Moreno, Gerente General del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín y Msc. Andrés Campaña Remache, Director Provincial de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través del Ab. Flavio Rolando Venegas Robalino. y CONFIRMA la sentencia venida en grado, en todas sus partes. De conformidad con lo previsto en los artículos 86 numeral 5 de la CRE y 25 de la LOGJCC, una vez ejecutoriada esta sentencia remítase copia de la misma a la Corte Constitucional para los fines de ley, una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase inmediatamente el proceso al Juzgado de origen. NOTÍFIQUESE.