



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TÍTULO DEL ENSAYO

**DERECHO A LA SALUD EN EL ÁMBITO DE LAS
PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS**

AUTORA

Raquel Carolina Fajardo Silvestre

TRABAJO DE TITULACIÓN

**Previo a la obtención del grado académico en
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL**

TUTORA

Ab. Pamela Juliana Aguirre Castro, PhD.

Santa Elena, Ecuador

Año 2024



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO
TRIBUNAL DE GRADO**

Los suscritos calificadores, aprueban el presente trabajo de titulación, el mismo que ha sido elaborado de conformidad con las disposiciones emitidas por el Instituto de Postgrado de la Universidad Estatal Península de Santa Elena.

Ab. Bryan Díaz Álava, Mgtr.
**COORDINADOR DEL
PROGRAMA**

Ab. Pamela Aguirre Castro, PhD.
TUTORA

Ab. Luis Cedeño Astudillo, PhD.
ESPECIALISTA

Ab. Lissete Robles Riera, Mgtr.
ESPECIALISTA

Ab. María Rivera González, Mgtr.
**SECRETARIA GENERAL
UPSE**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CERTIFICACIÓN:

Certifico que luego de haber dirigido científica y técnicamente el desarrollo y estructura final del trabajo, este cumple y se ajusta a los estándares académicos, razón por el cual apruebo en todas sus partes el presente trabajo de titulación que fue realizado en su totalidad por RAQUEL CAROLINA FAJARDO SILVESTRE, como requerimiento para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal.

Atentamente,

Ab. Pamela Aguirre Castro, PhD.
C.I. 0104497094
TUTORA



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, RAQUEL CAROLINA FAJARDO SILVESTRE

DECLARO QUE:

El trabajo de Titulación, DERECHO A LA SALUD EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS previo a la obtención del título en Magíster en Derecho Procesal, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Santa Elena, a los 02 días del mes de diciembre de 2024.

Ab. Raquel Carolina Fajardo Silvestre, Mgtr
C.I. 0930790308
AUTORA



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

AUTORIZACIÓN

Yo, RAQUEL CAROLINA FAJARDO SILVESTRE

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Estatal Península de Santa Elena, para que haga de este trabajo de titulación o parte de él, un documento disponible para su lectura consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los derechos en línea patrimoniales de la investigación con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este informe de investigación dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica y se realice respetando mis derechos de autor.

Santa Elena, a los 02 días del mes de diciembre de 2024.

Ab. Raquel Carolina Fajardo Silvestre, Mgtr.
C.I. 0930790308
AUTORA



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO

Certifico que después de revisar el documento final del trabajo de titulación denominado DERECHO A LA SALUD EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS, presentado por el estudiante, RAQUEL CAROLINA FAJARDO SILVESTRE fue enviado al Sistema Antiplagio COMPILATIO, presentando un porcentaje de similitud correspondiente al 10%, por lo que se aprueba el trabajo para que continúe con el proceso de titulación.

TRABAJO_FINAL_RAQUEL_FAJARDO

10%
Textos
sospechosos

10% Similitudes
8% similitudes entre comillas
0% entre las fuentes
mencionadas
0% Idiomas no reconocidos

Nombre del documento: TRABAJO_FINAL_RAQUEL_FAJARDO.docx
ID del documento: 0c5c5a5e071ac0934df3dc8d483c16bbdce3ea53
Tamaño del documento original: 47,1 kB
Autores: []

Depositante: PAMELA JULIANA AGUIRRE CASTRO
Fecha de depósito: 21/10/2024
Tipo de carga: interface
fecha de fin de análisis: 21/10/2024

Número de palabras: 5755
Número de caracteres: 37.076

Ubicación de las similitudes en el documento:



Ab. Pamela Aguirre Castro, PhD.
C.I. 0104497094
TUTORA

AGRADECIMIENTO

A Dios, por estar conmigo siempre, darme la sabiduría que necesito para culminar mis metas y llenar mi vida de bendiciones.

A mi familia por ser mi pilar fundamental, por brindarme su apoyo incondicional.

Raquel Carolina, Fajardo Silvestre

DEDICATORIA

A mi madre Elsa, porque gracias a su esfuerzo y dedicación,
he logrado realizarme profesionalmente.

A Candy y Sofia, que desde el cielo me cuidan.

A mis hermanos Glenda y Leonardo, a mis amigos, quienes
con sus palabras de aliento me brindan confianza.

Raquel Carolina, Fajardo Silvestre

ÍNDICE GENERAL

TÍTULO DEL ENSAYO	I
TRIBUNAL DE GRADO	II
CERTIFICACIÓN:	III
DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD	IV
AUTORIZACIÓN.....	V
CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO	VI
AGRADECIMIENTO	VII
DEDICATORIA.....	VIII
ÍNDICE GENERAL	IX
RESUMEN.....	X
Abstract.....	XI
1. INTRODUCCIÓN	1
2. DESARROLLO.....	3
2.1 El Derecho a la Salud.....	3
2.1.1 Dimensiones del derecho a la salud	4
2.2 Recursos judiciales en el marco de la Observación General 14.....	8
2.2.1 Aspectos procedimentales durante el proceso de demandas de Acceso a Medicamentos	10
2.2.2 Actuación del juez en la Audiencia.....	11
2.2.3 Prueba	13
2.2.4 Reparación Integral	14
2.2.5 Seguimiento.....	15
3. Aspectos Metodológicos	16
4. Conclusiones	18
5. Referencias.....	19

RESUMEN

La salud es un derecho fundamental por ello, es importante conocer las acciones posibles para garantizar su pleno ejercicio a través de la justicia ecuatoriana. Este derecho está garantizado en el artículo 32 de la Carta magna, se encuentra dentro de los derechos del buen vivir (derechos sociales) y, se garantiza mediante definición y seguimiento respecto del cumplimiento de políticas públicas que promuevan su atención integral. Dentro del presente trabajo se expondrá la problemática del acceso a medicamentos para el tratamiento de enfermedades catastróficas de las personas vulnerables, así como los recursos judiciales que permiten exigir su cumplimiento en nuestro país cuando no se garantiza adecuadamente el derecho a la salud, en el caso concreto, el acceso a medicamentos. Explicaré los aspectos procedimentales a tomar en cuenta dentro de la acción de protección cuando se lo demanda. Para la presente investigación, se utilizaron los siguientes métodos: inductivo – deductivo, método casual, concreto, método lógico y el análisis de contenido. El principal resultado que aspira este ensayo es explicar los nuevos cambios en materia procedimental constitucional en las acciones de protección, cuando se demanda judicialmente el acceso a medicamentos.

Palabras clave:

Acceso, judicial, medicamentos

ABSTRACT

Health is a fundamental right, therefore, it is important to know the possible actions to guarantee its full exercise through the Ecuadorian justice system. This right is guaranteed in Article 32 of the Constitution, is among the rights of good living (social rights) and is guaranteed through definition and monitoring of compliance with public policies that promote comprehensive care. Within this work, the problem of access to medicines for the treatment of catastrophic diseases of vulnerable people will be exposed, as well as the judicial remedies that allow their compliance in our country when the right to health is not adequately guaranteed, in the specific case, access to medicines. I will explain the procedural aspects to be taken into account within the protection action when it is demanded. For the present research, the following methods were used: inductive-deductive, casual method, concrete, logical method and content analysis. The main result of this essay is to explain the new changes in constitutional procedural matters in protection actions, when access to medicines is sued in court.

Keywords:

Access, judicial, medicina

1. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida, tenemos el derecho a la salud como un derecho consagrado en el artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Constitución de la República del Ecuador, 2008)¹, derecho que debe ser garantizado y promovido por el Estado ecuatoriano, a través de políticas públicas que contribuyan al desarrollo del buen vivir de las personas, este derecho se encuentra definido en el art. 3 de la Ley Orgánica de Salud, donde se indica que “La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”²

Conocer el procedimiento para demandar el derecho a la salud en la garantía del acceso a medicamentos a través de una orden judicial en el Ecuador, es fundamental para garantizar el derecho de las personas con enfermedades catastróficas al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces para el tratamiento de sus enfermedades.

Partiendo del problema de investigación, el cual radica, en la creciente problemática que tiene enfrentados a pacientes contra el Ministerio de Salud Pública y la red de salud, por falta de entrega de medicamentos para el tratamiento de enfermedades huérfanas, catastróficas y de alta complejidad, considero necesario exponer los aspectos procedimentales que están desarrollados en la sentencia n° 679-18-JP/20 de fecha Quito, D.M., 05 de agosto de 2020 expedida por la Corte Constitucional del Ecuador, que estableció un precedente jurisprudencial que deben de seguir las partes y jueces frente a la interposición de una demanda de Acción de Protección para el acceso a medicamentos con orden judicial en el Ecuador.

En cuanto a la idea a defender en el presente trabajo de ensayo consiste en dar a conocer cuáles son los principales aspectos procedimentales desarrollados por la Corte Constitucional para el acceso a medicamentos a través de una orden judicial.

¹ (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

² (Ley Orgánica de Salud, 2006)

Objetivo General

— Explicar los nuevos cambios en materia procedimental constitucional en las acciones de protección, cuando se demanda acceso a medicamentos.

Objetivos Específicos

- Proponer la elaboración de un documento jurídico que desarrolle los nuevos cambios en materia procedimental constitucional en las acciones de protección dispuestos en Sentencia 679-18-JP/20 cuando se demanda acceso a medicamentos para ser difundido en la comunidad jurídica del país.
- Fundamentar jurídicamente el derecho a la salud a través de la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Indicar cuales son los aspectos procedimentales de conocimiento sobre los cambios en materia procedimental constitucional dispuestos en Sentencia 679-18-JP/20 para el acceso a medicamentos demandado en sede judicial.

La relevancia del tema desarrollado se sustenta en la necesidad de difusión de la sentencia 679-18-JP/20 que contiene los precedentes jurisprudenciales que deben seguirse cuando se demanda el derecho a la salud en la garantía del acceso a medicamentos seguros para atender enfermedades de alta complejidad, catastróficas o huérfanas. El presente ensayo responde a la línea de investigación del derecho procesal constitucional, la cual está estrechamente articulada con el objeto del presente trabajo.

Este trabajo se estructura en tres partes. En la primera abordaré la introducción y procederé a contextualizar el tema hasta fundamentar la problemática y la forma de resolverlo. En la parte número dos voy a desarrollar el estado del arte, siguiendo la misma línea trazada en el objeto propuesto para esta investigación. Se abordan los aspectos metodológicos para poder fundamentar el trabajo, finalmente, en la parte final se desarrollarán las conclusiones y se presentarán las fuentes objeto de consulta para la sustentación de este ensayo.

2. DESARROLLO

Estado del arte

2.1 El Derecho a la Salud

Tal como lo establece nuestra Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, se menciona que la atención primaria en la salud cumple con un papel crucial en la promoción, y el ejercicio del derecho a la salud, así como en la prevención de diversas enfermedades en la comunidad. Por ello es esencial tener en cuenta los factores comunitarios de la salud.

De esta manera, la Carta Magna (Constitución de la República del Ecuador, 2008)³, en sus art. 359, 360 y 363, menciona que el sistema de salud garantiza la promoción de salud, entre otras medidas para precautelar la salud de los ciudadanos, con la prevención y en base a la atención primaria de salud iguales garantías desarrolla la Ley de la Seguridad Social en su art. 159.

La salud como referencia es entendida como la garantía para el acceso a servicios hospitalarios, distintos tratamientos médicos, también la prescripción y acceso de medicamentos para atender a las distintas enfermedades existentes.

Ahora bien, Vargas Chaves, Iván. y Alzate-Mora, Daniel. (2020)⁴, establecen que: “Dentro de este marco, la relación entre salud y derecho le ha planteado al ordenamiento jurídico un escenario complejo no solo por su alcance, sino por el número de obligaciones que se derivan de él, así como por la diversidad de acciones y omisiones que exige del Estado y la sociedad en general para su cumplimiento, además del hecho de que la garantía del goce efectivo del mismo depende en gran medida de los recursos materiales e institucionales disponibles.”

El Ecuador debe plantear políticas en salud que vayan orientadas en la prevención de forma principal, siempre teniendo presente que prevenir las enfermedades mediante la difusión de hábitos de salud que promuevan una vida saludable, y, únicamente, cuando las circunstancias lo requieran, el tratamiento de las enfermedades en el mejor ambiente posible asegurando a la población el acceso a medicamentos de calidad y en el menor

³ (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

⁴ (Vargas-Chaves & Alzate-Mora, 2020) Derecho y salud: debates contemporáneos. 2002.

tiempo posible para evitar el deterioro de la calidad de vida, esto optimizará los recursos económicos del país.

La política en salud tiene que ir de la mano, estar articulada con recursos económicos, difusión las escuelas y colegios, conocimiento de nuestros recursos ambientales, saberes ancestrales y culturales que lleven a toda la población al goce de este derecho constitucional.

2.1.1 Dimensiones del derecho a la salud

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Unidas, 1966) ratificado por el Ecuador por Decreto Ejecutivo No. 37, publicado en Registro Oficial 101 de 24 de enero de 1969 señala sobre el derecho a la salud lo siguiente: “Art. 12 . 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14 (Comité de Derechos Económicos, 2000) , ha enfatizado que el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, debe de ser interpretado como un derecho para disfrutar de facilidades, servicios, condiciones necesarias que pueda otorgar un país a sus habitantes para procurar el disfrute del más alto nivel posible del derecho a la salud, sin injerencias arbitrarias respecto a ser sometido a tratamientos experimentales no consensuados, procurar la igualdad de oportunidades sin discriminación para poder acceder al mejor nivel posible en la salud con disponibilidad tanto de establecimientos, servicios públicos de salud y acceso a medicamentos esenciales determinados por la Organización Mundial de la Salud en la lista modelo (Esenciales, 2021), sin discriminación alguna garantizando inclusive una accesibilidad geográfica principalmente para los sectores marginados, vulnerables y minorías étnicas acortando distancias geográficas respecto de pueblos rurales garantizando la calidad en los establecimientos y servicios de salud.

Respecto a la no discriminación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que debe procurarse una asignación equitativa de los recursos para la atención a la salud siendo determinantes en señalar que la inobservancia de este indicador puede generar discriminación y recomendando se evite realizar inversiones en servicios curativos caros enfocados únicamente a una pequeña población en perjuicio de

atención preventiva a la mayor parte de la población.

Finalmente, el Comité en la observación general 14 (Comité de Derechos Económicos, 2000) ha delimitado obligaciones de carácter general para los estados parte entre ellas señalando expresamente que:

“Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover (23). La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.”⁵

Lageot, C. (2011)⁶, respecto al acceso de medicamentos señala lo siguiente “El medicamento es parte integrante del derecho de acceso a los tratamientos médicos. Contrariamente a lo que podría creerse, dicho derecho es autónomo, pero contribuye a volver efectivo el derecho a la protección de la salud. Para decirlo de otro modo, la efectividad del derecho a la protección de la salud se debe al acceso a los tratamientos médicos y, a través de ese acceso, al medicamento. La problemática de la efectividad es evidentemente común al conjunto de derechos de prestación. Pero en lo relativo al derecho a la protección de la salud, como los responsables de elaborar las políticas públicas se concentran fundamentalmente en la eficiencia del sistema de salud considerado globalmente”

Para abordar el tema del derecho al acceso de medicamentos por medio de orden judicial, es necesario tener claro quién puede demandar, es decir, quien es el titular del derecho, esta interrogante encuentra su respuesta en el artículo 10 de la Constitución que cito en la parte pertinente: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en

⁵ Comité en la observación general 14 (Comité de Derechos Económicos, 2000)

⁶ (Lageot, 2011) Los medicamentos en Francia, ¿componentes del derecho a la protección de la salud?

los instrumentos internacionales”⁷.

En esta línea, la titularidad de un derecho que le da capacidad a una persona o grupo de personas hacer o no hacer algo, y demandar su reconocimiento a terceros (ya sean servidores públicos o personas privadas) mediante sus acciones u omisiones. El titular, bajo la premisa de un derecho reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o que emana de la dignidad, puede poseer un carácter prestacional o bien llamado expectativa positiva y de defensa o bien conocida como expectativa negativa por parte de una persona que tiene obligaciones correlativas al derecho.

Quintana Garzón, I. E. (2020)⁸., señala que normativas deben observarse cuando se le exige un derecho al estado “Cuando se pretenden aplicar los derechos fundamentales y humanos, haciéndolos exigibles frente al Estado o frente a terceros, generalmente, mediante procesos de naturaleza constitucional, se afronta el problema de su efectividad. Se debe comprender que el grado de aplicación y satisfacción de un derecho depende, en gran medida, de la implementación de procesos que, indudablemente, deben observar la normativa constitucional y legal que regule cada caso, sin perjuicio de aplicar también determinados principios doctrinarios y procesales que coadyuven a demostrar, de más amplia manera, la vulneración de un derecho fundamental, herramientas que, además, guían el pensamiento del juzgador hacia una decisión justa.”

Por otro lado, el derecho otorga autoridad al titular y establece límites o restricciones sobre las acciones de la persona o entidad que tiene la obligación, ya sea esta pública o privada.

En algunos casos, el titular del derecho puede ser individual o también puede ser un colectivo.

Con relación a los casos que la Corte Constitucional ha seleccionado, la Carta Magna establece, en su art. 35⁹, que las personas que adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad: “recibirán atención prioritaria y especializada tanto

⁷ (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Art. 10

⁸ (Quintana Garzón, 2020) La acción de protección (3 ed.)

⁹ (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

en el ámbito público como en el privado.”

En relación a lo mencionado, respecto a la atención prioritaria, Vestri, G. (2016)¹⁰, manifiesta “Un eventual trato diferenciador tiene que encontrar una justificación útil para lograr un determinado objetivo o propósito. A eso se suma la necesidad de que dicho propósito resulte constitucionalmente admisible y razonable.”

Las personas que, para lograr el disfrute del máximo nivel posible de bienestar físico y mental, necesitan la ayuda de medicamentos, estas personas son los titulares del derecho de acceder a fármacos seguros, de calidad y eficaces.

Por otro lado, el derecho a la disponibilidad y al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces tiene dimensiones individuales y colectivas. En la parte individual, la persona tiene derecho a que el medicamento sea una base para llegar al más alto nivel posible de salud; sin embargo, en la parte colectiva, la disponibilidad y el acceso de medicamentos deben de ser promovidos, dentro del marco de una política pública fundamentada en derechos, priorizando así el bienestar de la salud pública por encima de los intereses particulares comerciales y económicos, conforme lo establecido en los art. 83 numeral 7 y 363 de la Constitución. El Estado será el encargado y responsable de “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”¹¹.

¹⁰ (Vestri, 2016) los derechos fundamentales en el sistema constitucional español

¹¹ (Constitución de la República del Ecuador, 2008) art. 363.

2.2 Recursos judiciales en el marco de la Observación

General 14

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14 exigió se garantice por parte de los países miembros que toda víctima que se vea vulnerada en su derecho a la salud debe contar con un recurso judicial efectivo, y se debe garantizar su derecho a una reparación integral adecuada y proporcional al grado de la afectación recibida, entre ellas, restitución, indemnización o garantía de no repetición, exhortando el Comité a que se inste al Poder Judicial de cada país miembro a brindar tutela judicial efectiva en los casos judiciales donde se alegue afectaciones al derecho a la salud.

La acción de protección es una de las garantías jurisdiccionales con mayor relevancia dentro del sistema jurisdiccional ecuatoriano, en virtud de la importancia que tiene esta garantía en un estado constitucional de derechos y justicia, como lo vive el Ecuador. Esta garantía jurisdiccional la podemos definir como una herramienta protectora, que sirve para poner un alto ante cualquier violación de derechos constitucionales, ya sea que esta violación provenga de actos u omisiones de autoridad pública o provenga de actos u omisiones de particulares, y siempre que esta violación no pueda reclamarse ante otra vía judicial y que estos derechos no se encuentren protegidos por otras acciones constitucionales.

Por su parte la Constitución de la República del Ecuador (Constitución de la República del Ecuador, 2008), en su art. 88, regula a la Acción de Protección de la siguiente forma:

“Artículo 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.”¹²

De lo que se desprende del contenido del art. 88 de la Constitución podemos afirmar que el objeto y finalidad de la Acción Protección, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y en los tratados internacionales de derechos humanos, amparo que tienen los ciudadanos para hacer que sus derechos, sean respetados.

En este orden de ideas, se puede colegir que al tener una Constitución de corriente tan garantista como lo es la de Montecristi, necesariamente el legislador tuvo la obligación de crear una figura jurídica capaz de proteger todos los derechos que le fueron otorgados a los ciudadanos sometidos a esta normativa legal.

Zambrano Pasquel, A. (2021)¹³, indica “Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el principio de su eficacia directa que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un derecho fundamental o constitucional. Esa es la importancia de la Constitución como la norma de las normas para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático.”

La acción de protección es un mecanismo que no sigue las reglas de los procedimientos normales, esta se tramita a través de un procedimiento informal, sumarísimo, oral, sencillo que no ocupa mayores solemnidades, que protege y garantiza judicialmente una vía directa y eficaz, para la protección de los derechos establecidos en el amplio catálogo de derechos constitucionales.

Corresponde a los jueces examinar los casos puestos a su conocimiento, con el fin de que no se abuse del derecho y se respete el debido proceso.

Cusi Alanoca, J. (2022), señala “Por otro lado, el debido proceso es un derecho fundamental, complejo, de carácter instrumental, continente de numerosas garantías en aras de la protección a las personas y éste, constituye la mayor expresión del derecho procesal. El debido proceso al ser un derecho fundamental que toda persona tiene a un normal, pronto, oportuno y justo proceso judicial o administrativo, consiste, en último

¹² (Constitución de la República del Ecuador, 2008) art. 88.

¹³ (Zambrano Pasquel, 2021)Temas de derecho constitucional. Debido proceso: acción extraordinaria de protección.

término, en una garantía al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales.”

14

El objeto y ámbito protección por el cual subsiste la acción de protección, lo que se traduce en que, sin derechos humanos no podría existir este mecanismo legal. Por lo tanto, aquello se configura como el elemento de vital importancia, ya que además de ser su objeto, es lo que caracteriza a esta figura jurídica otorgándole un carácter sui generis que no tienen otras figuras dentro de la constitución, ni dentro de ningún otro cuerpo legal inferior.

El derecho adjetivo civil se debe ejecutar desde la petición para tener acceso a la justicia, admitir la acción, notificar las pretensiones, las excepciones, al agotar el proceso y dictar resolución, de ahí su importancia de vincular la teoría y la praxis con casos concretos, desde la presentación de la demanda hasta el dictado de la sentencia correspondiente, Sánchez Sánchez, A. (2020)¹⁵.

2.2.1 Aspectos procedimentales durante el proceso de demandas de Acceso a Medicamentos

Procedo a exponer los aspectos procedimentales que están desarrollados en la sentencia n° 679-18-JP/20 de fecha Quito, D.M., 05 de agosto de 2020 expedida por la Corte Constitucional del Ecuador, que estableció un precedente jurisprudencial que deben de seguir las partes y jueces frente a la interposición de una demanda de Acción de Protección para el acceso a medicamentos con orden judicial en el Ecuador

Una persona que se considere afectada en su derecho a la salud por la negativa en brindarle acceso a un medicamento tiene la posibilidad de presentar su reclamación ante la justicia constitucional dirigida en contra del subsistema de salud pública al que pertenece, ahora bien, una vez recibida la demanda, el Juzgador, debe tener en cuenta que, además de notificar a los accionados determinados por el actor en su demanda, la Procuraduría General del Estado, en virtud de que se demanda el acceso a medicamentos, al momento de calificar la demanda y disponer la notificación a los demandados debe exigir la comparecencia de una persona delegada de la casa de salud con experticia en el

¹⁴ (Cusi Alanoca, 2022) Sistema de sana crítica racional: debido proceso y seguridad jurídica: (1 ed.).

¹⁵ (Sánchez Sánchez, 2020) El derecho humano al debido proceso y el acceso a la justicia desde una perspectiva de la praxis civil: (1 ed.).

acceso a medicamentos y otra experta en cuidados paliativos perteneciente al subsistema de salud al que pertenezca el paciente que demanda, a efectos de que se proceda a elaborar un informe debidamente individualizado sobre el medicamento requerido por el accionante, tal como lo dispone la Corte Constitucional en la sentencia materia de análisis N°. 679-18-JP/20 y acumulados, también deberá hacerse conocer con el contenido de la demanda constitucional a la Dirección Nacional de Medicamentos del Ministerio de Salud Pública quien puede ejercer la supervisión de la acción.

En el escenario que se cuestione la eficacia de un medicamento genérico que conste en el cuadro básico, considero indispensable que se notifique al ARCSA puesto que es la entidad responsable del control de la calidad de los productos en el Ecuador.

2.2.2 Actuación del juez en la Audiencia

Existen principios rectores que debe observar el juez que conoce un proceso judicial, donde deberá tener presente que en todo proceso en el que se determinen deberes y obligaciones es de vital importancia asegurar a las partes procesales un proceso justo.

Bustamante Alarcón, R. (2018)¹⁶, señaló respecto al juicio justo: “No podíamos empezar entonces nuestro estudio sobre el derecho fundamental a un proceso justo sin resaltar previamente la supremacía de la dignidad del ser humano como fundamento de todo ordenamiento jurídico político, y menos aún sin reconocer que de ella derivan los valores y derechos, con sus correspondientes deberes, que son la base de toda comunidad, de la paz y de la justicia en el mundo.”

Uno de los pilares para garantizar un proceso justo, sin lugar a dudas es el respeto al derecho a la defensa; Fernández Segado, F. (2006)¹⁷, desarrolla referente a este derecho lo siguiente: “El derecho de defensa implica la posibilidad de un juicio contradictorio, y el presupuesto básico del mismo es el acto procesal de comunicación, pues sin un debido emplazamiento las partes no podrían comparecer en juicio ni defender sus posiciones.”

Para garantizar el derecho al debido proceso, seguridad jurídica y observancia del trámite propio del procedimiento desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia N°. 679-18-JP/20 y acumulados la audiencia pública se instalará en la primera

¹⁶ (Bustamante Alarcon, 2018) Derechos fundamentales y proceso justo: (2 ed.).

¹⁷ (Fernández Segado, 2006) El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español

convocatoria, siempre y cuando comparezca presencial o telemáticamente una de las personas expertas delegadas del Comité Técnico Interdisciplinario o de la Dirección Nacional de Medicamentos del Ministerio de Salud Pública, previa declaración bajo juramento que no tienen conflicto de intereses.

Ante el escenario de no comparecencia de estos profesionales, se deberá suspender la audiencia por parte de la jueza o juez, se señalará nuevo día y hora y se dispondrá que remitan el informe técnico por escrito respecto del medicamento requerido por el accionante, bajo prevenciones de que en caso de no cumplir con lo dispuesto se oficiará a las autoridades competentes para que se impongan las sanciones correspondientes, previo el inicio de un procedimiento administrativo que otorgue garantías del derecho a la defensa, se prevendrá en igual forma respecto del delito penal de incumplimiento de decisión legítima de autoridad competente del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano.

Frente al incumplimiento de las autoridades en remitir el informe escrito y comparecer a la audiencia, en esta ocasión, el juzgador podrá considerar el informe escrito presentado por los peritos expertos independientes, y otro profesional que no registre tacha por conflicto de intereses o falta de imparcialidad, podrá valorar pruebas documentales y testimoniales para resolver la causa puesta a su conocimiento.

En la audiencia pública, el accionante o paciente tiene amplias garantías para ser escuchado en calidad de persona afectada, en caso de no comparecer el titular del derecho, quien comparezca a nombre de este, deberá justificar los motivos de la falta de comparecencia, sin embargo de lo señalado, la audiencia se podrá realizar en el domicilio o lugar donde se encuentre el paciente o comparecer mediante medios telemáticos, se escuchará a la entidad demandada, Procuraduría General del Estado, terceros con interés o *amicus curiae* pueden ser admitidos por el juzgador de considerarlo necesario regulando su tiempo de intervención.

Una vez evacuadas las intervenciones de los comparecientes, y de ser escuchados los expertos en la rama médica, se dictará sentencia, teniendo presente que, está prohibido para los jueces ordenar la compra de un medicamento de marca específico, deberá ordenar la compra haciendo referencia únicamente a la denominación común internacional y deberá igualmente considerar eficaz, un medicamento genérico que tenga Registro

Sanitario otorgado en el Ecuador.

La eficacia del medicamento debe ser evaluada a partir de la prescripción del medicamento y cada tres meses con la obligación por parte del médico tratante integrante de la red de salud de informar al subsistema en caso de que dicho medicamento sea dispuesto su compra mediante acciones judiciales para que el Juzgador en la facultad que tiene de modular la sentencia pueda ordenar que se continúe o se deje de suministrar dicha medicina.

En casos particulares y excepcionales, si el médico tratante encuentra que el medicamento genérico prescrito genera efectos adversos y que ello no deviene o es consecuencia de un proceso natural de deterioro físico producto de la evolución de la enfermedad, con un informe debidamente justificado puede prescribir un medicamento de marca.

2.2.3 Prueba

Dentro del proceso es importante acreditar con medios de prueba la existencia de una enfermedad debidamente diagnosticada por un profesional de salud del sector público, la prescripción de un medicamento que tenga dificultad o imposibilidad para su acceso y la calidad y eficacia del medicamento requerido lo que deberá ser acreditado por parte de una persona profesional de la salud que no tenga conflicto de intereses y que garantice la imparcialidad.

Es importante contar en el proceso con el consentimiento libre e informado del titular del derecho respecto al medicamento requerido y la voluntad del paciente para someterse a dicho tratamiento para lo cual es necesaria la intervención de la persona experta en cuidados paliativos.

El juzgador deberá exigir que los expertos que comparezcan al proceso declaren bajo juramento que no tienen conflicto de intereses bajo prevenciones de las penas de perjurio o falso testimonio y es necesario que conste en el proceso el historial clínico del paciente para asegurar que conste en el expediente información actualizada respecto del diagnóstico de la enfermedad, la prescripción del medicamento y la eficacia y seguridad de los estudios respecto de los beneficios que reportará a la salud del paciente obtener la orden judicial para la compra de los medicamentos solicitados.

2.2.4 Reparación Integral

La Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia N.º 146-14-SEP-CC, dentro del caso N.º 1773-11-EP en relación con la reparación integral ha manifestado: "En la Constitución del año 2008 se establece a la reparación integral como un "derecho" y un principio, por medio del cual las personas cuyos derechos han sido afectados, reciben por parte del Estado todas las medidas necesarias, a fin de que se efectúe el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de dicha vulneración".

Respecto a la reparación integral la Constitución del Ecuador en su artículo 86 numeral 3 señala lo siguiente "La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse"¹⁸.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁹, como normativa rectora desarrolla el derecho a la reparación integral en el art. 18 "En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud."²⁰

Cuando el juez o jueza determine que se ha vulnerado el derecho a acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, tendrá la potestad de disponer que las medidas de reparación que sean pertinentes para cada paciente, recordando que no le está permitido ordenar la compra de un medicamento con una denominación específica de la

¹⁸ (Constitución de la República del Ecuador, 2008) art.86 numeral 3

¹⁹ (Asamblea Nacional, 2009) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

²⁰ (Asamblea Nacional, 2009) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art.18

marca únicamente deberá hacer referencia a la denominación común internacional.

La reparación integral depende de cada caso y para tomar una decisión al respecto es importante para los juzgadores escuchar al paciente dentro de la respectiva audiencia tanto en sus expectativas y como consideraría sentirse reparada en sus derechos vulnerados.

Es importante recordar que toda medida de reparación integral debe ser proporcional a la violación del derecho reclamado y la ejecución debe ser posible bajo pena de sanción por dictar una sentencia inejecutable.

Los jueces y juezas no pueden disponer bajo ninguna circunstancia que se incorpore un medicamento dentro del cuadro nacional, la Corte Constitucional ordenó en la sentencia materia de análisis que se realice una auditoría y análisis de todos los medicamentos que fueron ingresados al cuadro nacional con orden judicial para analizar su eficacia y seguridad y de no reunir los criterios técnicos desarrollados en la sentencia N°. 679-18-JP/20 sean retirados del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos.

2.2.5 Seguimiento

La jueza o el juez en su sentencia debe disponer el respectivo seguimiento del caso para verificar el cumplimiento integral de la sentencia teniendo presente que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 21 faculta delegar el seguimiento para el cumplimiento del fallo ya sea a la Defensoría del Pueblo o a otra entidad estatal local, nacional de protección de derechos, dichas entidades están facultadas para interponer las acciones necesarias para cumplir con la delegación debiendo informar de forma periódica al juez respecto del cumplimiento integral de lo resuelto, es importante recordar que la potestad de modulación del fallo permite al juez, conforme la información que recabe en la etapa de seguimiento donde puede recibir información del paciente previo convocar a una audiencia y tomar una medida diferente de la que adoptó en sentencia.

3. Aspectos Metodológicos

Para el presente ensayo se utilizaron los métodos inductivo –deductivo, este método se utilizó porque permite llegar a conclusiones y realizar razonamientos por cuanto este proceso va de lo general a lo particular, se analizó la sentencia N°. 679-18-JP/20 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador.

Utilice el método abstracto concreto, donde se explica de forma concreta cuales son los principales aspectos procedimentales desarrollados por la Corte Constitucional para el acceso a medicamentos a través de una orden judicial.

Otro método utilizado fue el análisis de contenido, se extrajo ideas de diferentes autores, además de las ideas principales expuestas en la Sentencia 679-18-jp/20 y Acumulados.

Mediante el método hermenéutico, se pudo profundizar en el tema de investigación utilizando doctrina y analizando el marco normativo, que atañe el tema de la problemática de la judicialización de demandas de acción de protección para acceder a medicamentos.

A esta investigación se aplicó el método de observación analizando el fenómeno de la interposición de demandas de acción de protección para acceder a medicamentos, esta observación se realizó desde las diferentes unidades judiciales, donde se consideró el gran número de demandas de este tipo y se constató la falta de conocimiento de los aspectos principales a tomar en cuenta para este tipo de casos.

Técnicas

Las técnicas para utilizar en esta investigación son:

- Observación Directa

Se aplicará para determinar las influencias que intervienen en este fenómeno.

Fichaje

Para incluir datos leídos, así como también para el acopio de las citas y notas de pie de página, cumpliendo de esta forma con el postulado de Bonilla Castillo, J. A. (2009)²¹, en

²¹ (Bonilla Castilo, 2009) Gestión de la calidad total en el servicio público.

el que indica cual es el objetivo de la toma de datos de la siguiente forma “¿Cuál es el objetivo de la toma de datos? Toda toma de datos debe ser acompañada de una acción en el proceso correspondiente, de modo que la toma de datos sin objetivos definidos es inútil, onerosa y desmotivadora, pues exige mucho trabajo, teniéndose la sensación de que no sirve para nada y, por lo tanto, puede ser hecha sin muchos cuidados.”

Análisis y discusión de los resultados

De la información recogida a lo largo de este trabajo se desprende la necesidad de promover una amplia difusión de la sentencia N°. 679-18-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador para conocimiento masivo tanto del foro de abogados como de los operadores de justicia puesto que a pesar de que el fallo data del año 2020 es poco conocido en general lo que influye en la celeridad de los procesos puesto que inobservar el trámite establecido por la Corte puede provocar incidentes de nulidades procesales por violación de procedimiento y afectación a la seguridad jurídica lo que ocasiona dilación innecesaria de la causa, información precisa respecto de la sentencia y el procedimiento que desarrolla para obtener el acceso judicial a medicamentos ayudará a descongestionar la carga procesal de los juzgados y resolver los procesos con mayor celeridad y precisión.

4. CONCLUSIONES

Hemos analizado a lo largo de este trabajo de investigación como la acción de protección es una acción recogida en el Ecuador a efectos de tutelar de forma eficaz los derechos consagrados en la Constitución. La naturaleza de la acción de protección consiste en ser un mecanismo eficaz para el amparo directo, célere, inmediato de las garantías y derechos establecidos en nuestra Constitución, en consecuencia, nuestro país va en plena armonía con el cumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos, como por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como el Pacto de San José, que contempla el derecho de las personas a ser escuchadas, con garantías, en un plazo razonable y mediante un recurso rápido y sencillo.

En el Ecuador, la acción de protección es una figura jurídica ampliamente utilizada, por las personas ante la vulneración de sus derechos. La competencia para resolver la acción recae ante las Juezas y Jueces, dotados de funciones constitucionales, quienes resolverán la declaratoria de la vulneración del derecho, la reparación integral, material e inmaterial por las afectaciones producidas, luego del exhaustivo análisis de la demanda y de la valoración de las pruebas, efectuadas dentro de este proceso de naturaleza sumarísima siguiendo las líneas de la sentencia vinculante N°. 679-18-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador que a lo largo de este trabajo de investigación he desarrollado.

El derecho a la salud obliga a la formulación de políticas públicas de salud encaminadas a la prevención, sin embargo, también debe garantizarse el acceso a medicamentos de calidad cuando la enfermedad lo demande, en especial para las personas que padecen de enfermedades catastróficas, este acceso debe garantizar inclusive una accesibilidad geográfica principalmente para los sectores marginados, vulnerables y minorías étnicas acortando distancias geográficas respecto de pueblos rurales garantizando la calidad en los establecimientos, servicios de salud, y el Poder Judicial debe estar listo cuando se lo accione para identificar posibles vulneraciones de derechos por parte de los servicios públicos de salud que deben garantizar en todo momento el acceso a medicamentos de calidad de manera oportuna cuando las circunstancias de salud lo requieran.

5. REFERENCIAS

Asamblea Nacional. (2009). *Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial Suplemento 52. Obtenido de https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/2018/04/a2_7_LOGJCC_mar_2018.pdf

Bonilla Castilo, J. (2009). *Gestión de la calidad total en el servicio público*. Miami.

Bustamante Alarcon, R. (2018). *Derechos fundamentales y proceso justo: (2 ed.)*. Santiago de Chile.

Cáceres, E., Arroyo, J., Rios, M., & Chávez, S. (2014). *Vínculos entre la salud pública y los derechos humanos*. Lima.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506. (2015). Quito.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180. (2014). Quito.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *art. 10*. Quito.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *art. 32*. Quito.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *art. 35*. Quito.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Art. 363* . Quito.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *art. 86 numeral 3*. Quito.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *art. 88*. Quito.

Cusi Alanoca, J. (2022). *Sistema de sana crítica racional: debido proceso y seguridad jurídica: (1 ed.)*. Barcelona.

Fernández Segado, F. (2006). *El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español*. Talca.

Lageot, C. (2011). *Los medicamentos en Francia, ¿componentes del derecho a la protección de la salud?* Buenos aires.

Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento 587 . (2009). Quito.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). *Asamblea Nacional*. Quito.

Ley Orgánica de Salud. (2006). *Art. 3*. Lexis.

Navas Castillo, A., & Navas Castillo, F. (2015). *Derecho constitucional. Estado constitucional*. Madrid: Dykinson.

Quintana Garzón, I. (2020). *La acción de protección (3 ed.)*. Quito.

Sánchez Sánchez, A. (2020). *El derecho humano al debido proceso y el acceso a la justicia desde una perspectiva de la praxis civil: (1 ed.)*. Ciudad de México.

Sumaria Benavente, O. (2018). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional: (1 ed.)*. Lima.

Vargas-Chaves, I., & Alzate-Mora, D. (2020). *Derecho y salud: debates contemporáneos*. Sincelejo: Cekar.

Vestri, G. (2016). *Apuntes de derecho constitucional :los derechos fundamentales en el sistema constitucional español*. Ibagué.

Zambrano Pasquel, A. (2021). *Temas de derecho constitucional. Debido proceso: acción extraordinaria de protección (1 ed.)*. Quito.