

**Juicio No: 1311320210005T Nombre Litigante: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN MANABI**

satje.manabi@funcionjudicial.gob.ec <satje.manabi@funcionjudicial.gob.ec>

Mar 12/7/2022 11:50

Para: PROCDP MANABI IESS <procdpmanabi@iess.gob.ec>

**Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 1311320210005T**

**REPÚBLICA DEL ECUADOR  
FUNCIÓN JUDICIAL**

**Juicio No:** 1311320210005T, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

**Casillero Judicial No:** 100

**Casillero Judicial Electrónico No:** 1303783615

**Fecha de Notificación:** 12 de julio de 2022

**A:** INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL EN MANABI

**Dr / Ab:** VERA GILER JOSE RAFAEL

**SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MANABI**

En el Juicio No. 1311320210005T, hay lo siguiente:

**VISTOS: CAUSA No. 13113-2021-0005T (13334-2021-01385)** En lo principal.- Por el sorteo de ley, ha correspondido conocer y resolver a este Tribunal Único de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí, integrada por los señores Jueces Provinciales Dra. Mayra Roxana Bravo Zambrano (Ponente), Abogado Wilton Vicente Guaranda Mendoza; y, Abogado Publio Erasmo Delgado Sánchez, el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada OSCAR ADRIÁN MUÑOZ ERAZO, EN SU CALIDAD DE **DIRECTOR DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL IESS DE MANABÍ**, de la SENTENCIA dictada por el señor JUEZ DE LA Unidad Judicial Civil de Portoviejo de Manabi, Abogado. Carlos Augusto Carrasco Gutiérrez, de fecha 01 de septiembre del 2021, las 13h38, constante de fojas 191 a 204 , de los autos del cuaderno de primera instancia, que por ACCIÓN DE PROTECCIÓN ha propuesto la Defensoría del Pueblo a favor de la ciudadana GLADYS YOLANDA FERRÍN FIENCO contra INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL IESS, Ministerio de Salud Pública, Procuraduría General del Estado, contándose además con la SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CANCER SOLCA MANABÍ y AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA ARCSA. Recurso que por estar debidamente interpuesto se lo admitió a trámite. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo, se realizan las siguientes consideraciones. **PRIMERO: COMPETENCIA.-** Este Tribunal de la Sala Civil de la Corte Provincial de Manabí, es competente

para conocer del recurso interpuesto, atendiendo a lo preceptuado en el numeral 1 del Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.**-De conformidad con el Art. 76 de la Constitución de la República, debe asegurarse el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar las garantías constitucionales básicas, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso; del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes. En consecuencia, se declara la validez de todo lo actuado. **TERCERO.- ANTECEDENTES: 3.1.- Fundamentos de la demanda y pretensiones.**-Desde fojas 105 a fojas 118, comparece La defensoría del Pueblo del Ecuador (DPE), por intermedio de su delegado Provincial de Manabí Adrian Hernán Cedeño Casquete, Sergio Luis Gutiérrez Gorozabel y Roxana Bravo Moreira en su calidad de legitimados activos[1] y bajo las competencias constitucionales[2] comparece al proceso, a nombre de la señora GLADYS YOLANDA FERRIN FIENCO (paciente), y luego de consignar sus generales de ley manifiesta: 1.- Que para los efectos de la demanda, recalca que la señora GLADYS YOLANDA FERRIN FIENCO (paciente) presenta múltiple condición de vulnerabilidad, esto es, que es adulta mayor y padece de una enfermedad catastrófica y compleja conforme hace referencia del anexo 1, 2.- Que es paciente del Hospital Oncológico Dr. Julio Villacreses Colmont de la Sociedad de Lucha contra el Cáncer (SOLCA) Núcleo Portoviejo IESS como se observa del anexo 2, 3.- Que el Cáncer de mama es un grupo de enfermedades que afecta al tejido mamario, 4.- Que si bien tanto hombres como mujeres pueden padecer, se presenta con más frecuencia. 5.- Que los cánceres en etapa IV se han propagado fuera del seno y los ganglios linfáticos adyacentes hasta alcanzar otras partes del cuerpo, 6.- Que cuando el cáncer de mama se propaga, con frecuencia pasa a los huesos y a los pulmones e hígado, 7.- Que el cáncer de tiroides se origina en las glándulas tiroideas cuando las células comienzan a crecer sin control, 8.- Que la glándula tiroidea cumple una función metabólica, de control de frecuencia cardíaca, presión arterial, temperatura corporal; se encuentra ubicada en la parte frontal de cuello, debajo del cartilago tiroideo, tiene forma de mariposa formado con dos lóbulos y unidos por una porción angosta llamada istmo, 9.- Que al ser afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), se la ha referido a SOLCA Núcleo Portoviejo conforme se desprende de la copia de su historia clínica No. 368184, donde se observa detalles del inicio de su patología, cirugías, reportes de nota de evolución, tratamientos y estudios que determinan sobre el medicamento adecuado para su estado actual de progresión de la enfermedad, 10.- Que es contra referida al IESS para ser evaluada y se analicen posibles tratamientos con fármacos de la familia de inhibidores de KINASA dependientes de CICLINAS CDK4/6 y que SOLCA no lo puede adquirir por no encontrarse en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos (CNMB), 11.- Que el 11 de junio del 2021 se ha contra referido al IESS por medicamentos de inhibidores de ciclina ya que por su patología mamaria es la indicada y precisa siendo importante que su médico tratante ha certificado en su informe lo siguiente: [...] PCTE CON DOLOR EN ILIACO IZQUIERDO QUE SE IRRADIA A MIEMBRO INFERIOR, REFIERE QUE IMPOSIBILITA LA MARCHA Y QUE NO CEDE CON TRAMADOL, ENVIO A RT POR TENER CONSTANCIA RADIANTE Y HORMONAL... MANTENO HORMONOTERAPIA, SIN EMBARGO ES UNA PACIENTE FRANCAMENTE REFRACTARIA, ANTE ESTO ES NECESARIO AGREGAR INHIBIDORES DE CICLINA POR LO QUE CONTRAREFIERO A SU HOSPITAL DE BASE YA QUE NO CONTAMOS EN ESTA INSTITUCIÓN DICHO MEDICAMENTO [...] 12.- Que la señora GLADYS YOLANDA FERRIN FIENCO ha presentado el 17 de junio del 2021 una solicitud ante la delegación de Manabí de la DPE, iniciándose un trámite de gestión oficiosa en la que se ha convocado a una reunión de trabajo con la Dirección Provincial del IESS, con el Hospital General del IESS- Portoviejo (HIESS-Portoviejo), con la Coordinación Zonal 4

de Salud (CooRZ4S) y SOLCA en la cual se explicó por parte de las requeridas el trámite para la adquisición de medicamentos que no se encuentran en el CNMB y han señalado que no se ha realizado de manera adecuada, pero que a pesar de saber de la condición del estado de salud de la paciente en específico, no se ha realizado las gestiones correspondientes por parte del IESS y Ministerio de Salud Pública (MSP) y que el trámite podría durar seis meses (adjuntó proceso defensorial), 13.- Que el único medicamento adecuado y eficaz para la paciente es inhibidores de ciclinas en el tratamiento del cáncer de mama metastásico sin existir otra alternativa terapéutica para la paciente señalado en los criterios médicos, 14.- Que es importante referirse al estudio de ONCOLOGIA denominado TRATAMIENTO DE CANCER DE MAMA METASTASICO, RECEPTOR HORMONAL POSITIVO HER 2 NEGATIVO: ENFOQUE ACTUAL A DIANAS TERAPEUTICAS demostrando buenos resultados con el tratamiento sugerido para esta patología, 15.- Reitera que el Hospital de Solca Manabí (HSOLCA-M) se le ha dicho que el medicamento no se proveía y se la derivó al HIESS-Portoviejo y que según el Reglamento para la adquisición de medicamentos que no constan en Medicamentos Básicos (RAMCNMB), que tiene por objeto regular el procedimiento de solicitud, evaluación y autorización de adquisición y uso de medicamentos que no constan en el CNMB vigente para los casos de emergencia, enfermedades catastróficas, raras y otras de baja prevalencia, que se haya agotado o no sea posible utilizar alternativas terapéuticas disponibles en el CNMB, 16.- Que sobre el derecho a la salud integral, en específico a la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces la Corte Constitucional en sentencia 679-18-JP/20 dictada el 5 de agosto del 2020, ha emitido un precedente obligatorio para los casos de pacientes que requieren medicamentos que no constan en el CNMB para su tratamiento integral y que el obligado de este derecho es el Estado a través de la Red Pública Integral de Salud (RPIS) y la Red Complementaria de Salud Privada (RPC), 17.- Que los medicamentos debe cumplir con tres condiciones, esto es, que el medicamento debe ser de calidad, seguro y eficaz, 18.- Refiere sobre la calidad, seguridad y eficacia el párrafo 321, 322 y 323 de la sentencia 679-18-JP/20, 19.- Que el Estado deberá entregar el medicamento cuando reúna estos requisitos antes mencionados, 20.- Que en el presente caso el Estado por medio del HIESS-Portoviejo está en la obligación de proveer los inhibidores de ciclina en razón de que es la medicina para el tratamiento de la afección de la paciente ya que resulta de calidad, seguro y eficaz, además por ser aprobado por la Food and Drug Administration (FDA), 21.- Que está demostrado que el HIESS-Portoviejo tiene que necesaria y urgentemente que adquirir el medicamento de INHIBIDORES DE CICLINA conforme el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) por merecer un trato especial por padecer una múltiple condición de vulnerabilidad, 22.- Que paradójicamente hacen lo contrario dejando totalmente desprotegida a la paciente, 23.- Transcribe el contenido del art (1) de la Ley Orgánica de la Salud, 24.- Que las personas con cáncer no tienen la culpa de la demora de los trámites entre el IESS, el MSP y el prestador externo porque no consta su medicamento en el CNMB causándole una des mejoría en su calidad de vida y en su expectativa de vida que está en riesgo en razón de lo complejo y catastrófico de su patología, 25.- Que la CRE ha establecido que los derechos del buen vivir, salud y seguridad social como fundamental para el ser humana y cuya esencia se inspira desde la dignidad humana, advirtiendo que una vida con dolor y sin respuesta motivada a sus requerimientos produce la indignidad de la persona, 26.- Que siendo el Estado el llamado a proteger al ser humano por ser su más alto deber, hace lo contrario, permitiendo que su salud de agrave de manera irreversible, poniendo en riesgo el derecho a la vida, 27.- Que el IESS y el MSP deben mitigar la situación en la que se encuentra la paciente garantizándole una atención digna, optima, ininterrumpida e integral, generando acciones afirmativas o positivas y de no hacerlo se vulneraría el derecho a la salud, servicio público, vida digna. **3.1.1.** Demanda que fue admitida a trámite según consta de fojas 120 a 124. **3.2.- AUDIENCIA PÚBLICA: A fojas 137 a 141, consta el CD y acta de constancia de realización de la audiencia, diligencia a la que comparecieron:** i) La

paciente Gladys Yolanda Ferrin Fienco, ii) La legitimada activa, DPE, mediante la Ab. Roxana Bravo, iii) Los legitimados pasivos (IESS, MSP), iv) la persona experta delegada del Comité Técnico Interdisciplinario (IESS) Dr. Jairo Javier Landín León, v) La médico tratante de la paciente, Dra. Jennifer Zambrano, vi) El *amicus curiae*, Dr. Diego Jimbo del Observatorio de Lucha contra el Cáncer<sup>[4]</sup>, vii) El delegado de la Procuraduría General del Estado (PGE); y, viii) Delegado de SOLCA-Manabí. A pesar de haber notificado a los personeros de la Agencia Nacional de Regulación, Control y vigilancia sanitaria<sup>[5]</sup>; en la que se realizaron las siguientes intervenciones: **3.2.1.**

**INTERVENCIÓN DE LA PACIENTE:** La señora Gladys Yolanda Ferrin Fienco en virtud de que no podía hablar, manifestó: que su hija iba a decir lo que a ella le pasa de la siguiente manera: que durante 4 años está batallando con la enfermedad en la cual ha mantenido un sufrimiento, que las medicinas que está requiriendo no las puede comprar, que estas medicinas mejorarán la calidad de vida, que se ha realizado tratamiento de Quimioterapia y Radioterapia, que los doctores han sido amables y que necesita el Ribociclib para prolongar su esperanza de vida. Además, se le realizaron las siguientes preguntas basadas en el anexo 3 de la sentencia 679-18-JP/20 con las siguientes respuestas: 1. ¿Le dieron información completa sobre su enfermedad, sus manifestaciones, sus causas? (diagnóstico).- Que estuvo en el IESS y la han derivado a SOLCA por un cáncer de mama. 2. ¿Le dijeron en qué fase se encuentra su enfermedad? (estadiaje) Si le dijeron en qué fase se encontraba su cáncer (no quiso dar referencia cual era). 3. ¿Le dijeron lo que iba a pasar a futuro con su enfermedad? (pronóstico).- Que le dijeron que la enfermedad que padece no es curable y que únicamente se realiza cuidados paliativos. 4. ¿Le dijeron si su tratamiento con medicamentos tiene fin curativo o paliativo? Cuidados paliativos. 5. ¿Le dijeron si había otros tratamientos sin medicamentos? Que no existe otro tratamiento para la enfermedad. 6. ¿Le dieron información sobre los efectos que iba a tener con los medicamentos? Que si le han dado información de los efectos de los medicamentos. 7. ¿Le hablaron sobre los costos de los medicamentos? Que le han dicho que los costos iban a ser altos. 8. ¿Le dijeron sobre los riesgos y los efectos que iba a producir en su cuerpo el medicamento? Sí. 9. ¿Sabía usted qué pasa si es que le dejan de dar el medicamento? Que sí sabe que pasaría, pero no lo quiso decir. 10. ¿Conocía usted si el medicamento mejoraba o empeoraba sus capacidades para comer, moverse, cambiarse de ropa, bañarse, ir al baño, subir gradas? Que ese medicamento es para que no se propague el cáncer. 11. Cuando le dieron la información ¿Fueron sensibles a su enfermedad, atendieron a sus preguntas? (empatía).- que hace seis meses le dieron la información y si fueron empáticos. 12. ¿Sabía usted que iba a necesitar apoyo profesional, familiar o social? Si sabía que iba a necesitar ayuda. 13. ¿Qué es lo que usted quiere conseguir con el medicamento? Mejorar la calidad de vida, pasar el mayor tiempo posible con los seres queridos y no sufrir tanto. 14. ¿Coincide lo que usted quiere con lo que el medicamento puede hacer? Que el medicamento si le da lo que ella quiere. 15. ¿Le preguntaron, después de darle la información, si usted quería someterse al tratamiento con medicamentos? Si le han preguntado. 16. ¿Le ofrecieron atención integral o cuidados paliativos si no acepta el tratamiento con medicamentos? cuidados paliativos. 17. ¿Usted desea realizar el tratamiento con medicamentos sabiendo que es un tratamiento paliativo? Si desea que se mantenga. 18. ¿Quiere usted seguir con el tratamiento después de conocer los efectos del medicamento? Sí. 19. ¿Sabe usted si su médico que le prescribió el tratamiento con medicamentos tiene alguna relación con la empresa o persona que fabrica o distribuye el medicamento? (conflicto de interés) que desconoce. **3.2.2. LEGITIMADO ACTIVO:** La Defensoría del Pueblo por intermedio de la Dra. Roxana Bravo realizó el siguiente argumento: i) La acción que se presenta se logrará evidenciar que el IESS y el MSP ha violentado el derecho a la salud ii) Que la señora Gladys Yolanda Ferrín Fienco tiene doble grado de vulnerabilidad y es afiliada al IESS conforme se desprende de la historia clínica y del informe médico que consta en el anexo 1 de su demanda, iii) Que la paciente

padece de un cáncer de mama, con metástasis pulmonares y cáncer de tiroides conforme se desprende del informe médico suscrito por la Dra. Jennifer Zambrano, iv) Que para el tratamiento de sus dolencias medicas es necesario que se le suministre inhibidores de ciclina, especialmente el *Ribociclib*, v) Que el IESS le ha derivado a SOLCA y a consecuencia de que no tienen la medicina, SOLCA la ha derivado a su hospital de base para que administrándole su medicamento, la paciente tenga más semanas o posibilidades de vivir, con una vida de calidad, vi) Que el 11 de junio del 2021 se ha recibido la petición de la paciente y se lo ha catalogado como caso emergente por la complejidad que tenía su fundamentación fáctica y su grado de vulnerabilidad, vii) Que se ha convocado a una audiencia a las instituciones interesadas y que el IESS ha manifestado que el mecanismo adoptado por la Defensoría del Pueblo no es el adecuado y que si requieren dicha solicitud, el proceso durará aproximadamente 3 meses, viii) Que ARCSA si tiene registro sanitario para el medicamento por lo que se convierte en un medicamento de calidad, seguro y eficaz, ix) Que los inhibidores de ciclina, (*Ribociclib*) pretende respetar, proteger y cumplir con el derecho a la salud, vida digna y seguridad social, x) Que la paciente al haber aportado durante muchos años tiene derecho a que se le otorgue el tratamiento que requiere, xi) Que al pertenecer a un grupo de atención prioritaria con doble vulnerabilidad y si no recibe rápidamente su medicina se puede agravar su estado de salud, xii) **Su médico tratante mencionó:** Que desde el 2019 la paciente tiene metástasis pulmonar, que en ocasiones sufre de disnea<sup>[9]</sup> debido a la metástasis pulmonar; además, tiene lesiones óseas. Que se le ha hecho quimioterapias y radioterapias. Que desde el 2019 ya se le verificó que es una paciente inmuno-refractaria<sup>[10]</sup>. Que ha hecho 2 progresiones óseas desde el inicio de los cuidados paliativos. Que la paciente se realiza controles mensuales. Que el tratamiento que requiere la paciente son los inhibidores de ciclina y que no se encuentran dentro del CNMB. Que por esta razón se ha contra referido al IESS para que adquieran la medicación. Que nunca ha trabajado para ningún laboratorio en el cual se haya elaborado medicinas. **3.2.3.- INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL:** La Ab. Lorena Mendoza Fernández luego de manifestar a nombre de quién comparece y luego de ofrecer poder o ratificación de gestiones manifestó: i) Que esta Acción de protección (AP) se ha presentado con los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se reclama la vulneración del derecho a la salud, ii) Que se opone a nombre de su representada a que la DPE presente acciones de protección y se manifieste que el IESS viola derechos, iii) Que el IESS tiene un convenio interinstitucional con SOLCA Manabí el cual tiene que ser cumplido, iv) Que se ha derivado al prestador externo del IESS a la persona que tiene la calidad de jubilada, v) Que el IESS cancela el servicio que presta y que en la demanda no se indica que clase de inhibidores de ciclina y que recién en esta audiencia se hace conocer que los inhibidores de ciclina que requiere es el *Ribociclib*, vi) Que la médico tratante no le ha prescrito dicha medicina, vii) Que el RAMCNMB establece los parámetros para la adquisición de los medicamentos que no constan en el CNMB, viii) Que esta problemática se debe atacar desde donde nace, ix) Que SOLCA está fallando en su trabajo y que el IESS no puede iniciar los procesos de adquisición si no se tiene los anexos remitidos de manera adecuada para realizar dicho proceso de adquisición de medicamentos, x) Que SOLCA debe continuar con el tratamiento ya que son ellos los preparados para conocer estas patologías y para que se dé continuidad al tratamiento, xi) El IESS, cumpliendo con el convenio interinstitucional cancela a SOLCA todas las prestaciones médicas integrales. **3.2.4.- MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA:** El Dr. Carlos Vélez Cedeño, luego de ofrecer poder y ratificación de gestiones mencionó: i) Que el medicamento no se encuentra en el CNMB, ii) Que el RAMCNMB se ha regulado la forma de adquisición de medicamentos que no constan en el CNMB, iii) Que en el presente caso, los inhibidores de ciclina debe seguir unos protocolos para la adquisición, iv) Que el MSP no se opone y no se apondrá a ninguna decisión que sea para precautelar la salud de los ecuatorianos, no crearía ni creará obstáculos y que está presto a brindar



todo el contingente para que se precautele el derecho a la salud de los ecuatorianos. **3.2.5.- SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER NUCLEO-PORTOVIEJO:** Luego de haber hecho referencia su comparecencia, mencionó: i) Que no niegan que son prestadores externos, ii) Que están sujetos a auditorias de contraloría y no pueden realizar compras de medicamentos que no están dentro del CNMB, iii) Que la administración de justicia sabrá resolver conforme a derecho si existe o no vulneraciones de los derechos de la paciente. **3.2.6.- PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO:** La Dra. Romina Robalino Giler, luego de hacer referencia a su comparecencia y de ofrecer poder o ratificación de gestiones mencionó: i) Que comparece en calidad de supervisor del proceso. **3.2.7.- EXPERTO DEL COMITÉ INTERDISCIPLINARIO DEL IESS:** El Dr. JAIRO JAVIER LANDIN LEON respondió a las siguientes preguntas de la siguiente manera: En relación a la calidad: ¿El medicamento Inhibidores de ciclina en específico el "*Ribociclib*" tiene registro sanitario? a. Si. b. No, pero lo tiene por una agencia regulatoria de alta vigilancia (se considera sí). c. No. Respuesta: el Deponente respondió que el *Ribociclib* sí tiene registro sanitario. En relación a la seguridad. ¿Qué reacciones presenta el medicamento? a. Leves o no presenta: Si es seguro. b. Graves o severas, pero necesarias: Si es seguro. c. Fatales: No es seguro. Respuesta: el deponente respondió que toda medicación tiene efectos adversos o efectos secundarios. En lo que tiene que ver con la eficacia. ¿El medicamento mejora la calidad de vida global del paciente? a. Al menos un 50%: Si es eficaz. b. Al menos un 10%: Si. c. Deteriora la calidad de vida o no existe información científica: No. Respuesta: el deponente respondió que sin embargo de tener efectos secundarios como toda medicina, esta mejoraría la calidad de vida del paciente, e incluso ayudaría a mantener su existencia por más años. ¿El medicamento mejora la capacidad para ejercer otros derechos? (o la escala aplicable). a. 41 a 99 en escala de Barthel u otra escala equivalente: Si es eficaz. b. 21 a 40 en escala de Barthel u otra escala equivalente: Si. c. 0 a 20 en escala de Barthel u otra escala equivalente: No. Respuesta: el deponente se mantenía dubitativo al conocimiento de la escala valorativa de Karnofsky, Katz o Barthel que se refiere a la medición de la capacidad de realizar actividades cotidianas por una persona que padece de enfermedades. La valoración se la estima de 0 a 100 como se lo ha hecho saber en la sentencia 679-18-JP/20 en el párrafo 158 (7). Sin embargo, de no conocer dicha terminología y valoración, dio referencia de que la medicación puede prolongar su vida y que esta pueda ser de calidad. ¿El medicamento extiende la sobrevivencia del paciente? Al menos 6 meses: Sí es eficaz. El medicamento no puede ser avaluado en el corto o mediano plazo: Sí. Menos de dos meses: No. Respuesta: el deponente respondió que el medicamento es *super tolerado un par de años*. ¿El paciente cumple con todos los criterios de inclusión para el medicamento según el ensayo clínico? Sí. No. Respuesta: El deponente manifestó que a toda medicina se la realiza ensayos clínicos. **3.2.8.- AMICUS CURIAE:** Mencionó que: Es Coordinador Nacional del Observatorio de Lucha contra el Cáncer, que es experto en cuidados paliativos. Que el IESS implícitamente ha reconocido que se ha vulnerado el derecho a la salud, al referirse que la responsabilidad no es del IESS sino de SOLCA. Que no se debe discutir sobre quien tiene la responsabilidad sino tomar acciones para que la paciente tenga la medicina. Que este juzgador como garantista de los derechos, sabrá tomar la decisión que logrará mejorar la calidad de vida de ella (paciente). Asimismo advirtió que los inhibidores de ciclina es el nombre de la estrategia médica para el tratamiento del cáncer de mama y que el *Ribociclib* es el nombre de la molécula con la que se prepara el medicamento. Que los doctores no pueden dar nombres de medicamentos. Realizó preguntas hipotéticas sobre las acciones del IESS como: que ha hecho el IESS para que no se siga vulnerando los derechos de las personas, Que tratamiento debe darse, nunca lo ha dicho. Además, sostuvo que la medicación que contiene la molécula *Ribociclib* le permitirá tener a la paciente una expectativa de vida de aproximadamente dos años. **3.2.9.- REPLICA LEGITIMADO ACTIVO:** i) Que le parece raro que la defensa del IESS, haga referencia sobre el desconocimiento de la petición de inhibidores de ciclina cuando la DPE convocó a una reunión de trabajo (audiencia) en la cual, en su

respectiva acta se hizo mención al *Ribociclib* que se requería para el tratamiento de la paciente. ii) Que la titular del derecho es jubilada, iii) Que los obligados en este caso en específico es el IESS y el MSP, iv) Que no podemos trasladar la responsabilidad a la paciente los trámites burocráticos, estos no le incumbe a la paciente, v) Que en materia de derechos humanos, la accionante al sentir vulneración de derechos, tiene la facultad de exigir al estado y sus instituciones de salud le brinden los medicamentos que le ayuden a mejorar sus tratamientos y por ende su calidad de vida, vi) que por lo tanto, solicita a la justicia constitucional se deberá declarar la vulneración de los derechos y se garanticen el restablecimiento de los mismos, admitiendo la demanda de acción de protección presentada. **3.2.10.- CONTRAREPLICA DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL:** i) Inicia mencionando el artículo 41 (4) de la LOGJCC, disposición que dio lectura, ii) Que advierte que no únicamente el IESS tiene responsabilidad sino que además debe condenarse al prestador externo de salud por existir un convenio , esto es a SOLCA, iii) Que el RAMCNMB establece cual es el camino para realizar las compras y por eso se debe exigir al prestador del servicio externo de salud a que llene los formularios necesarios para que el IESS pueda adquirir los medicamentos de la paciente. **3.2.11.- CONTRAREPLICA DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA:** i) Que no se ha seguido el procedimiento establecido en el RAMCNMB que son políticas públicas necesarias para la adquisición de los medicamentos que están fuera del CNMB en el sistema de salud en el Ecuador. El prestador externo está incumpliendo este requisito, ii) Que reitera que una de las misiones del MSP, es precautelar la salud de todos los ecuatorianos. En este sentido no se opone ni crea obstáculos para dar cumplimiento a lo que la administración de justicia resuelva en favor de la salud de la accionante doña Gladys Yolanda Ferrín Fienco. **3.2.12.- SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER NUCLEO-PORTOVIEJO:** i) Que se ratifica en lo expresado en la primera intervención de esta audiencia, ii) Que SOLCA siempre ha mantenido la política de contra referir a los pacientes referidos, al no tener los medicamentos que necesitan para sus tratamientos oncológicos, sin que se omitan procedimientos que trasgredan las leyes y reglamentos vigentes, y peor aún vulnerar los derechos humanos de los pacientes. **3.2.13.- AMICUS CURIAE:** i) Que en su calidad de *Amicus Curiae* y en favor de la accionante Gladys Ferrin, hace votos para que no padezca más de la interrupción de su tratamiento médico por culpa de asuntos netamente burocráticos, ii) Que no nos interesa cuantos anexos se envían y cuantos se han resuelto, lo que nos interesa en este caso es la resolución de las medicinas de la señora Gladys Yolanda Ferrin Fienco. **3.2.14.- PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO:** La Dra. Romina Robalino Giler, expresa que no va hacer uso de la réplica. **3.2.15.- INTERVENCION DE LA ACCIONANTE:** Que en el mes de julio, ha acudido al IESS, que la oncóloga ha dejado registrado un correo electrónico al IESS de Quito donde solicitaban la medicina requerida por mi persona. Que está viviendo con esta enfermedad aproximadamente 4 años. **3.2.16.-** La autoridad judicial dictó sentencia oral en la misma audiencia, el 30 de agosto de 2021, las 14h00 y sentencia escrita el 01 de septiembre de 2021, a las 13h38. **CUARTO.- MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN.-** De la revisión del contenido del Cuaderno Procesal tramitado por el Juzgador de primera instancia, y atendiendo a los argumentos sostenidos por cada una de las partes procesales, tanto en la demanda de acción de protección como en la contestación a la misma en la audiencia respectiva; y atentos a la fundamentación del Juez de instancia, este Tribunal considera que para resolver la apelación dentro de la presente causa debe responderse al siguiente problema jurídico: ¿El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social vulneró los derechos a la atención prioritaria, acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces y seguridad social de la señora Gladys Yolanda Ferrin Fienco? Para responder estos problemas jurídicos, se emiten las siguientes consideraciones: **4.1.** La Corte Constitucional del Ecuador, en el Recurso Extraordinario de Protección 65, Registro Oficial Suplemento 93 de 2 de Octubre del 2013, en la SENTENCIA No. 065-13-SEP-CC, CASO No. 1144-10-EP, establece que: *“El juez constitucional*

*está obligado a examinar la descripción de los fundamentos fácticos que ante él se exponen, así como las pretensiones del actor, y a verificar si por sus características, el caso puede ser resuelto en relación con los derechos constitucionales posiblemente afectados y con la efectividad indispensable para su salvaguardia. Por tanto, es ineludible que el recurrente describa el acto u omisión violatorio del derecho de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente sobre el derecho constitucional supuestamente vulnerado. Estos elementos, informados adecuadamente al juez constitucional, hace posible el debate constitucional en el ámbito de la jurisdicción constitucional".* Conforme se desprende del contenido de la demanda presentada por la accionante, hace relación a la presunta vulneración de derechos constitucionales a consecuencia de la falta de suministro del medicamento RIBOCICLIB, que el médico tratante le ha prescrito, lo cual violenta su derecho a la salud, a la seguridad social, derechos de las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria, derecho a la vida digna, establecidos en el Art. 32; Art. 35.1; 36, 37, 50 y 66.2 de la Constitución de la República. De la petición formulada por la accionante y siendo que el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, al establecerse que la Acción de Protección preceptuada en el Art. 88 de la Supra Norma, garantiza la efectividad de derechos constitucionales, constituye un medio procesal extraordinario, urgente, preferente, no formalista, que tiene rango constitucional, orientado a evitar un perjuicio irremediable, o a remediar de manera urgente derechos constitucionales, opera cuando entre otros requisitos, se verifican una o más de las siguientes circunstancias, entre las cuales se encuentra, i) vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, y ii) Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. En este sentido, es necesario para que se torne procedente una acción constitucional de protección, que los hechos alegados por el accionante vulneren alguno de los derechos garantizados en la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales de protección de derechos humanos. Al respecto vale mencionar, que hay vulneración de un derecho constitucional, cuando la autoridad pública, un tercero que actúa en representación del Estado o un particular comete un acto arbitrario, ilegal o ilegítimo que esté en contra de lo estipulado en la Constitución de la República o que por los efectos del acto pueda existir el riesgo o se encuentre evidencia de la vulneración de algún derecho reconocido en la Constitución. Adicionalmente la vulneración puede provenir de una omisión, es decir de las acciones que estando en la obligación de realizar por alguna entidad pública o privada, no se realizan por parte de las personas o autoridades correspondientes. Es decir, que para que proceda la acción de protección debe tratarse de un caso de relevancia constitucional en el cual sea visible una acción u omisión ilegítima de autoridad pública o un acto de un particular que haya vulnerado un derecho constitucional, y en consecuencia la autoridad judicial pueda establecer mecanismos para suspender el acto u ordenar acciones que impidan que el acto vulnerador continúe provocando daños. La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 102-13-SEP-CC, manifestó que: *"Si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad. En consecuencia, la causal contenida en el numeral 4 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional impone a los jueces la obligación*



*jurisdiccional de justificar, en la motivación de su sentencia, si se verifica o no la existencia de una violación constitucional. Solo en caso de no encontrar vulneraciones de índole constitucional el juez puede establecer la vía que se considera adecuada y eficaz para satisfacer la pretensión del accionante.* En el presente caso, el Tribunal constata que al revisar la demanda, en ella se han alegado aspecto de constitucionalidad, es decir no se cuestiona la legalidad de las actuaciones u omisiones del IESS, sino lo que se alega es que las omisiones del entes antes señalados que impiden que los medicamento que la médico tratante de ha prescrito a favor del accionante, viola su derecho a la salud y la seguridad social, al mismo tiempo que pone en riesgo la vida e integridad física del paciente, lo cual es un aspecto de índole constitucional, puesto que se persigue la declaración de vulneración de derechos constitucionales, razón por la cual la pretensión de la accionante de la acción de protección, en relación a los derechos constitucionales que alega, si es un asunto propio de conocimiento y tutela mediante una acción de protección. **4.2.- Hechos probados relevantes para la resolución.-**

En el presente caso, el Tribunal constata como hechos probados los siguientes: i) Que la señora GLADYS YOLANDA FERRIN FIENCO tiene una edad de 71 años y que según la certificación emitida por la Dra. Jennifer Zambrano padece de una enfermedad catastrófica, esto es, que la paciente tiene un “[...] DIAGNOSTICO DE CÁNCER MAMA EIV POR METS PULMONARES MAS CÁNCER DE TIROIDES LOCALMENTE AVANZADO IRRESECABLE [...] -CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE GRADO HISTOLOGICO III –BORDES QUIRURGICOS EN CONTACTO CON LESIÓN, requiriendo del medicamento RIBOCICLIB, según se verifica a fojas 1 y 2; ii) Que desde el 24 de junio de 2021, ya el IESS tenía conocimiento de tal hecho y a pesar de ello, no se procedió al suministro inmediato del medicamento en cuestión, teniendo la paciente que demandar el 23 de agosto de 2021, tal como se constata a fojas 67 a 69 y 119; iii) Que la medicación en cuestión es segura, de calidad y eficaz para la paciente, conforme se verificó en la audiencia de instancia, en donde el experto del Comité interdisciplinario del IESS, Dr. JAIRO JAVIER LANDIN LEON, respondió que: En relación a la calidad: El medicamento Ribociclib sí tiene registro sanitario; En relación a la seguridad: Que todo medicamento tiene efectos adversos, pero al manifestar que este medicamento mejoraría la calidad de vida de la paciente, este juzgador observó que al mejorar su calidad de vida, no es fatal; En relación con la eficacia: El deponente respondió que sin embargo de tener efectos secundarios como toda medicina, esta mejoraría la calidad de vida del paciente, e incluso ayudaría a mantener su existencia por más años, dio referencia de que la medicación puede prolongar su vida y que esta pueda ser de calidad. Que en con concerniente al tiempo de vida respondió que el medicamento es súper tolerado un par de años y que a toda medicina se la realiza ensayos clínicos incluido a Ribociclib como el inhibidor de ciclina que es el tratamiento de la paciente. Al ser el experto del Comité interdisciplinario del IESS, al ser la entidad requerida, no encontró conflicto de interés y más bien el Dr. Jairo Landín fue sincero incluso con los conocimientos que tenía. **4.3.- Solución del problema jurídico planteado:**

**4.3.1. ¿El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social vulneró los derechos a la atención prioritaria, acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces y seguridad social de la señora Gladys Yolanda Ferrín Fienco?** Al respecto, vale primeramente establecer el contenido y alcance que la Constitución de la República, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y los Órganos de protección de derechos humanos han desarrollado respecto del derecho a la salud y a la seguridad social, y cómo este contenido tiene conexidad con el derecho a la vida e integridad física, partiendo de que la víctima de la vulneración de derechos es una persona perteneciente al Grupo de Atención Prioritaria. **En cuanto al derecho a la salud**, conviene señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Constitución de la República, es un derecho garantizado por el Estado y que a su vez se encuentra articulado con el cumplimiento y eficacia de otros derechos constitucionales, tales como el derecho al agua, a la

alimentación, educación, cultura física, trabajo, seguridad social, ambiente sano, entre otros. De esta manera, se garantiza el adecuado ejercicio de este derecho a través de políticas públicas, y el acceso efectivo a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud. De igual manera, la Constitución de la República en el artículo 359 establece que el ejercicio del derecho a la salud se encuentra articulado con el Sistema Nacional de Salud, el mismo que tiene como finalidad: "El desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural". Este sistema, abarca todas las dimensiones de este derecho y comprende a todas aquellas instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en esta materia, además de garantizar su adecuada promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles, propiciando la participación ciudadana, como un mecanismo eficaz para su ejercicio. Conforme se desprende del Art. 363 de la Constitución de la República, la tarea del Estado se orienta a adoptar la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura; fortalecer los servicios estatales de salud, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud; brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como, garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos. La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.º 146-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1773-11-EP, determinó: "Así, conforme lo dispuesto en el artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República, todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Inalienables en el sentido de que los derechos constitucionales no pueden ser negados a ninguna persona; irrenunciables, por cuanto estos no pueden ser privados, ni su titular puede renunciar a ellos; indivisibles, en razón de que los derechos no pueden ser disgregados de los demás derechos, deben actuar todos de forma interdependiente, relacionados unos con otros, ya que son la base en la que se asienta el aparato estatal. Finalmente, nuestra Constitución de la República determina que los derechos constitucionales son de igual jerarquía y de aplicación directa, en el sentido de que todos tienen el mismo valor e importancia, y requieren la misma protección por parte del Estado, es decir, todos los derechos constitucionales, sin distinción alguna, son justiciables". Este Tribunal acogiendo lo realizado por la Corte Constitucional del Ecuador que en la sentencia N.º 146-14-SEP-CC dictada dentro del caso N.º 1773-11EP y en la SENTENCIA N.º 016-16-SEP-CC, CASO N.º 2014-12-EP, efectuó un control de convencionalidad, a efectos de determinar la forma sobre la cual se encuentra recogido el derecho a la salud en los instrumentos internacionales y poder de esta forma, establecer si la institución demandada a través de la acción de protección vulneró el derecho constitucional a la salud del accionante, procede a realizar ese control de convencionalidad que se realiza cuando se analizan los casos tomando en consideración su ordenamiento jurídico, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ha sido destacada su importancia para la protección de derechos constitucionales, por la Corte Constitucional del Ecuador en varias decisiones, como en la sentencia N.º 003-14-SIN-CC, sentencia N.º 003-14-SIN-CC, casos Nos. 003-13-IN y acumulados; 023-13-IN y 028-13-IN, que ha manifestado: "En virtud de la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no solo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran

a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos, por ende a la dignidad humana, de lo que se deriva un control integral sobre el respeto a los derechos constitucionales humanos". En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el primer párrafo del artículo 25 establece que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". De igual manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra en su artículo 11, el derecho a la salud en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". El derecho a la salud se encuentra también reconocido en el inciso iv del apartado e del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y, el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir el Protocolo de San Salvador. De acuerdo al artículo antes nombrado, el derecho a la salud implica el disfrute máximo de bienestar físico, mental y social, para lo cual el Estado reconoce a la salud como un bien público y debe adoptar ciertas medidas tendientes a garantizar: **a.** La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; **b.** La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; **c.** La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; **d.** La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; **e.** la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y, **f.** la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12.1, determina que los Estados deben reconocer: "El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", para lo cual, se deben tomar medidas orientadas a la efectiva vigencia de este derecho, como por ejemplo, la creación de condiciones que permitan asegurar a toda la población el acceso a asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, así como, "... la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas" entre otras. Este mismo artículo establece ciertas medidas que deben tomar los Estados a fin de asegurar la eficacia de este derecho: **a)** La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; **b)** El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; **c)** La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; **d)** La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Como lo ha sostenido Alcedo Carlos Iván, en la publicación: Protegiendo el Derecho a la Salud, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estudio Comparativo sobre su Justiciabilidad desde un punto de vista Sustantivo y Procesal, University International Law Review 22, no. 1 (2006): 7-33. L; página14: "El derecho a la salud, desde la óptica del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, implica necesariamente la adopción por parte del Estado, de medidas tendientes a la optimización de este derecho, enfocándose tanto en la prevención, como en la asistencia y tratamiento de enfermedades, asegurando que todas las personas puedan acceder a los servicios de salud. Es así que este derecho, no es sinónimo del derecho a estar sano o el derecho a no estar enfermo, más bien se trata de un derecho de protección de la salud o el derecho a tener y/o utilizar los medios necesarios que proporcionen el mayor nivel de bienestar posible". Según la Observación General N° 14 del Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párrafo 4: "no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva". El Art. 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas al nivel más alto de salud posible. Para lograrlo, los Estados se comprometen a tomar medidas de prevención y tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole (como las infecciosas), y a luchar contra ellas (literal c). Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, este apartado debe interpretarse en el sentido de que: *"...La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.* La Organización Mundial de la Salud OMS en la Nota Descriptiva No. 323 de noviembre del 2012 manifiesta: *"El derecho a la salud significa que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible. El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano".* Es decir, el derecho a la salud no implica el derecho a estar sano, sino que depende de la posibilidad de contar con condiciones adecuadas que permitan una vida digna, por la cual se asegure a las personas poder acceder a la salud en todos sus niveles, así como el disfrute adecuado de otros derechos que necesariamente influirán en la calidad de vida y salud de los individuos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación General N.º 14 determinó que el derecho a la salud presenta cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Por disponibilidad se entiende que los Estados deben contar con un número suficiente de bienes y servicios, así como de centros, establecimientos públicos y programas de salud. Estos servicios incluyen factores determinantes básicos de salud, como agua potable limpia, condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud; al igual que contar con suficiente personal médico profesional capacitado y las medicinas necesarias para tratar las enfermedades y condiciones. En lo que se refiere a la accesibilidad, el Comité determinó que esta posee cuatro dimensiones. En primer lugar, se establece a la no discriminación en tanto los bienes, servicios y establecimientos de salud deben ser accesibles para los sectores más vulnerables de la población. Luego de ello, se refieren a la accesibilidad física, por la cual, los establecimientos, bienes y servicios de salud, deberán estar al alcance geográfico de toda la población, en especial los grupos vulnerables como minorías étnicas, poblaciones indígenas, mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidades y las personas que padecen de enfermedades graves. De igual forma, debiendo referirnos a la accesibilidad económica, ha de tenerse en cuenta que los establecimientos, bienes y servicios de salud, deben estar al alcance de todos los individuos de un Estado. De igual manera, indica que los pagos por servicios de atención de salud, así como los pagos efectuados por concepto de factores determinantes básicos de salud deberán basarse en el principio de equidad con el objeto de asegurar que tanto los servicios públicos y privados se encuentren al alcance de todos y que sobre los hogares más pobres de la población, no recaiga una fuerte carga desproporcionada. Finalmente, el Comité hace referencia al acceso a la información, la cual se encuentra relacionada con el derecho a la educación, así como el derecho a solicitar, recibir y difundir información respecto de temas relacionados con la salud.

Como tercer elemento del derecho a la salud, aparece la aceptabilidad por la cual sostiene: "Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate". Como último de los elementos del derecho a la salud se encuentra la calidad, por la cual los establecimientos, así como los bienes y servicios de salud deben contar con la tecnología apropiada y de buena calidad para lo cual se requiere personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas. También es importante destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha interpretado los diferentes literales del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fueron citados en líneas anteriores. En lo que tiene que ver con el literal (c) en referencia a la prevención y tratamiento de enfermedades y la lucha contra ellas, el Comité ha expresado que el Estado debe invertir en programas que promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como seguridad ambiental, educación, el desarrollo económico y la igualdad de género. Por su parte, en relación al tratamiento, el Comité advierte que este derecho "... comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud", al igual que brindar ayuda en casos de emergencia y socorro. En relación a la lucha contra las enfermedades, el Comité señaló que "... tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas". En lo que respecta al literal d en relación a la creación de condiciones para la asistencia médica y servicios médicos, el Comité manifestó que se refiere al acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, inversión en programas de educación e incluye también el poder recibir un tratamiento adecuado, el suministro de medicamentos así como el tratamiento para asegurar la salud mental. En esta misma observación general, el Comité señaló que si bien el pacto establece que los derechos contenidos son de aplicación progresiva, esto no debe ser impedimento para que el Estado no garantice su efectiva vigencia 26, ya que se desprenden obligaciones de cumplimiento inmediato para los Estados, como por ejemplo "... la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas para dirigirlas a la plena realización del derecho a la salud". Además señala que al igual que los demás derechos, el derecho a la salud consagra tres obligaciones para el Estado: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir. Esta última consagra la obligación de facilitar, proporcionar y promover el acceso al derecho, así como la adopción de medidas legislativas. La obligación de respeto de acuerdo al Comité, implica que el Estado debe abstenerse de "... denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos"<sup>29</sup>. Además procura la abstención de determinar prácticas discriminatorias como política pública, así como abstenerse de prohibir o impedir cuidados preventivos, prácticas curativas y medicina tradicional, comercializar medicamentos peligrosos o la aplicación de tratamientos coercitivos salvo en casos de tratamiento de enfermedades mentales o en la prevención de enfermedades transmisibles". Adicionalmente cabe señalar que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Salud, al referirse a este derecho, determina que: "La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho



humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables". La norma antes citada, en su artículo 9, establece obligaciones para el Estado en cuanto al ejercicio del derecho a la salud. Entre ellas encontramos el establecimiento de política pública, así como de programas y acciones de salud en favor de todos los habitantes del estado. De igual manera, se encuentra la obligación de adoptar las medidas y mecanismos necesarios para que toda la población pueda acceder a acciones y servicios de salud de calidad, por el obligado directo el IESS. Asimismo, el Estado debe garantizar el acceso así como la disponibilidad de medicamentos, los cuales tienen que ser de calidad y gratuitos en caso de ser portador de VIH o enfermo de SIDA y otras enfermedades (cáncer). Para cumplir con todos estos objetivos el Estado debe determinar una asignación fiscal que además servirá para la contratación del recurso humano necesario para brindar atención en salud así como la inversión necesaria en infraestructura y equipamiento, a fin de salvaguardar el acceso de la población a una atención integral en salud eficiente y de alta calidad. Cabe señalar que el capítulo Tercero del Título II "Derechos" de la Constitución de la República, reza textualmente: "...Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo...". Por su parte, el Art. 50 de la misma Constitución establece que "...El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente...". **En cuanto al derecho a la seguridad social**, la Constitución de la República, en su artículo 3 numeral 1, declara: "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". Asimismo, en el artículo 34 ibídem, estatuye: "El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas...". Como se observa, la seguridad social forma parte integrante de los derechos sociales de rango constitucional, la misma que comprende, en parte, derechos a prestaciones. En este punto, Robert Alexy lo explica de la siguiente manera: "Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares. Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado en forma de bienes y servicios constatables y medibles, como lo puede ser la creación de un sistema de pensiones para los jubilados, que en caso específico tiene el accionante como afectado por ejemplo. Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como mandatos de optimización, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abierta las vías para lograrlo. Los derechos sociales como derechos a prestaciones suministradas por el Estado surgen como formas de protección a los trabajadores y obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales, de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana. Genera un conjunto de derechos que protegen a los trabajadores, jubilados y a sus familias. De allí que la responsabilidad del Estado es entendida como una responsabilidad jurídica, garantizada a nivel

constitucional, a fin de que la persona necesitada deje de ser objeto de la relación asistencial y se convierta en un sujeto portador de derechos, protegida de mejor manera, que bajo este nuevo paradigma adquiere una protección inédita al ser reconocido como derecho constitucional. Para su efectiva realización, se requiere de una organización estatal, de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y de compromiso democrático serio, libres de formalismos rigurosos. Por tanto, los derechos sociales no son buenos deseos o programas políticos sino obligan su aplicabilidad, toda vez que se desarrollan en el marco del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, y tienen como antecedente a la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993. En el punto I.5 de dicho documento se afirma que: "Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales". En la actualidad, existe un consenso internacional respecto a la consideración de la seguridad social como un derecho humano inalienable, producto de casi un siglo del trabajo mancomunado de organismos internacionales relevantes, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), e instituciones supranacionales, como la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS), la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS). Es más, la seguridad social es mencionada como un derecho en la Carta Internacional de Derechos Humanos, donde claramente se expresa: Artículo 22.- "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Pacto) dispone que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto". En este sentido, el derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales. En la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) se establece que el sistema de seguridad social debe abarcar las siguientes nueve ramas principales de la seguridad social: i) Atención de salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi) prestaciones familiares; vii) enfermedad; viii) discapacidad; y, ix) sobrevivientes y huérfanos. En cuanto a la rama de la salud y enfermedad que tiene relación con los hechos expuestos en la presente acción de protección, la mencionada observación establece que: "Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud"...El Comité señala la especial importancia del derecho a la seguridad social en el contexto de las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, Cáncer, la tuberculosis y el paludismo, y la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas". En cuanto a la rama de enfermedad, señala el Comité DESC que "Deben proporcionarse prestaciones en efectivo durante los períodos de pérdidas de ingresos a las personas imposibilitadas de trabajar por razones de salud. Los períodos prolongados de

enfermedad deben dar derecho a percibir prestaciones de invalidez". En cuanto a la cobertura de la seguridad social señala: "Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos". Como lo ha sostenido la Corte Constitucional del Ecuador en la Resolución 115, publicada en el Registro Oficial Suplemento 340 de 24 de Septiembre del 2014, del 06 de agosto del 2014, SENTENCIA No. 115-14-SEP-CC, CASO No. 1683-12-EP, este derecho "se refiere principalmente a un campo de bienestar social relacionado con la protección social o cobertura de las necesidades socialmente reconocidas, como salud, vejez o discapacidades; es la protección proporcionada a sus miembros, contra las privaciones económicas, desaparición o reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte. El objetivo de la seguridad social es ofrecer protección a las personas que están en la imposibilidad, temporal o permanente, de obtener un ingreso, o que deben asumir responsabilidades financieras excepcionales para satisfacer sus principales necesidades". En esta medida, el Art. 1 de la Ley de Seguridad Social, entre los principios rectores establece que "El Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia". En cuanto al principio de solidaridad sostiene que "es la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio". Mientras que, el art. 1 ibídem señala que "El Seguro General Obligatorio protegerá a las personas afiliadas, pensionistas (JUBILADOS) en las condiciones establecidas en la presente Ley y demás normativa aplicable, de acuerdo a las características de la actividad realizada, en casos de: a. Enfermedad". El literal d) del art. 10 sobre las reglas de protección y exclusión señala": d. El jubilado recibirá prestaciones de salud en las unidades médicas del IESS, en las mismas condiciones que los afiliados activos, con cargo a la contribución financiera obligatoria del Estado. Sin perjuicio que el Estado entregue la contribución financiera, el jubilado recibirá la prestación". De las normas antes descritas se establece que la persona afiliada al IESS goza de la protección especial frente a contingencias de enfermedad aun en estado de jubilación, debiendo recibir la atención necesaria y especializada.

**Conclusiones.-** En efecto, del análisis de los hechos, de las pruebas antes mencionadas y del análisis de los derechos involucrados en los hechos propuestos en la presente acción de protección, se desprende que la persona afectada se encontraba en una situación de doble vulnerabilidad, frente a la cual, el Estado, a través del IESS, debía brindarle protección especial conforme ordena el Art. 35 y 50 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo que estaba en la obligación de realizar las gestiones que sean necesarias para atender de forma inmediata el requerimiento de la medicación que requería la hoy afectada. Sin embargo, al no haberle provisto el medicamento por parte del IESS, lo cual incluso fue discutido en reunión de trabajo realizada por la DPE, esta Sala llega a la conclusión que se ha vulnerado el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud. Al no suministrarse el medicamento prescrito bajo el argumento de que el mismo no está disponible por cuanto es un medicamento que no se encuentra en el mercado la lista de medicamentos básicos del Ministerio de Salud Pública, y que el IESS no lo tiene, no son condiciones justificadas por cuanto el IESS en el marco del principio de responsabilidad y solidaridad con la efectiva vigencia de los derechos humanos, debe mantener datos y estadísticas que les permitieran detectar a tiempo la insuficiencia o agotamiento, falta de este medicamento en sus almacenes o farmacias; y actuar oportunamente para evitar una posible ruptura de stock, y no tan sólo prepararse para mitigar la escases del mismo o adquirirlo cuando se lo requiera por orden

judicial, más aun considerando que como la propias entidades accionadas IESS lo han manifestado en la audiencia pública a través de su defensa técnica, que reconoce su obligación y el derecho del accionante de recibir la medicación como terapia para su tratamiento, por lo que el obligado directo IESS, tiene la obligación previsible el abastecimiento y entrega a los pacientes, esto, muy a pesar de contar con prestadores externos como en caso de SOLCA –Manabí por cuanto el acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, conforme lo ha sostenido al Corte Interamericana de Derechos Humanos en la caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, párr. 164 y el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos que han emitido resoluciones que reconocen que “el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El no suministro oportuno de los medicamentos que requieren las personas con enfermedades catastróficas puede acarrear consecuencias graves para su vida, por lo que el no suministro del medicamento antes mencionado, vulnera el derecho a la salud y a la seguridad social de la accionante y pondría en riesgo su vida, sino se procura dar solución inmediata a la provisión regular del mismo, por cuanto el derecho a la salud constituye un derecho macro de acuerdo al marco constitucional ecuatoriano, el cual depende también del ejercicio de otros derechos; es decir, este derecho no implica, tal como quedó indicado en párrafos anteriores, estar sano, sino que el Estado, provea de mecanismos y medidas apropiadas para que este derecho pueda ser ejercido a plenitud, en especial en lo relativo al acceso así como el deber de este de proporcionar condiciones adecuadas de los factores determinantes de la salud, con el fin de proporcionar una vida digna a la población y más aún, tratándose de una persona perteneciente a un grupo de atención prioritaria, por lo que bien ha hecho el Juez de primera instancia en proteger los derechos constitucionales afectados, pero estos deben comprender en una reparación integral respecto a que la entidad accionada el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social quien está obligado en prestar la atención debida de los medicamentos necesarios para su tratamiento. **Por lo que se considera que el Juez de instancia resolvió adecuadamente la presente causa, verificando los parámetros exigidos por la Corte Constitucional en la sentencia N° 679-18-JP/20, determinando la existencia de violación de derechos constitucionales, como así también lo determina esta Sala, por lo que la acción de protección era la vía idónea y eficaz para su reparación integral. QUINTA: DECISIÓN.**-En consecuencia de lo antes mencionado, habiéndose determinado las razones por las cuales este Tribunal adopta la presente decisión, conforme a las normas de la motivación constitucional establecidas en el art. 76 numeral 7 literal L de la Constitución de la República, este Tribunal de la Sala Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** Niega el recurso de apelación interpuesto por OSCAR ADRIÁN MUÑOZ ERAZO, EN SU CALIDAD DE **DIRECTOR DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL IESS DE MANABÍ,** confirma la Sentencia subida en grado que declara la procedencia de la acción de protección. De conformidad con lo previsto en el artículo 25 numeral 1 de la LOGJCC, en el término de tres días posterior a su ejecutoria, remítase copia certificada de la presente sentencia, a la Corte Constitucional del Ecuador. **Notifíquese.**

f: GUARANDA MENDOZA WILTON VICENTE, JUEZ PROVINCIAL; DELGADO SANCHEZ PUBLICO ERASMO, JUEZ PROVINCIAL; BRAVO ZAMBRANO MAYRA ROXANA, JUEZ PROVINCIAL

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

VERA LOOR JENNY EVELIN CARMITA  
SECRETARIA RELATORA

***[Link para descarga de documentos.](#)***

[Descarga documentos](#)

\*\*\*\*\*

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

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

\*\*\*\*\* UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN \*\*\*\*\*