



Juicio No. 17460-2021-03758

**JUEZ PONENTE:INTRIAGO CEBALLOS ANA TERESA, JUEZ
AUTOR/A:INTRIAGO CEBALLOS ANA TERESA
SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y
ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE
PICHINCHA.** Quito, martes 21 de diciembre del 2021, a las 11h19.

VISTOS: Avocado conocimiento que se encuentra por los doctores Ana Teresa Intriago Ceballos (ponente), Luis Lenin López Guzmán y Gustavo Xavier Osejo Cabezas, en calidad de Jueces Titulares, éste Tribunal de la Sala está integrado por quienes se encuentran investidos de Jurisdicción en forma constitucional y legal.- Dentro de la Acción de Protección seguida por Carmen del Pilar Espinosa Vásquez en contra del Hospital de Especialidades Carlos Andrade Marín y el Procurador General del Estado, para resolver el recurso de apelación del accionante, se considera:

PRIMERO. - COMPETENCIA. - Este Tribunal de alzada, es competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación, conforme lo prescrito en el Art. 92 de la Constitución de la República, en concordancia con los Arts. 8.8, 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

SEGUNDO. - VALIDEZ PROCESAL. - Al no evidenciarse omisión de solemnidad procesal, el proceso es válido y así se lo declara.

TERCERO. - Partes Procesales: Legitimada activa: Carmen del Pilar Espinosa Vásquez Legitimados pasivos: el Gerente General del Hospital de Especialidades del Instituto de Seguro Social IESS Carlos Andrade Marín HCAM y el Procurador General del Estado

CUARTO: ANTECEDENTES. -

De fs. 1 a 5 del expediente de primera instancia ha comparecido Carmen del Pilar Espinosa Vásquez manifestando lo siguiente: Que en el mes de octubre de 2020 fue diagnosticado con una enfermedad degenerativa y catastrófica denominada Mieloma Múltiple, la que le causa afecciones anatómicas como anemia severa, pérdida de movilidad e insuficiencia renal.

Que el tratamiento necesario para impedir el agravamiento de su enfermedad y no corra riesgo su vida, su tratamiento lo realiza en el Hospital HCAM, en el cual su médico tratante le ha prescrito un medicamento principal llamado Bortezomib y coadyuvantes que son Dexametasona y Ondasentron; que su enfermedad es una especie de cáncer sanguíneo, que concretamente el Bortezomib a pesar de estar considerado en el Cuadro de Medicamentos Básicos, ha estado de proveerse por el HCAM, que hace más de 6 meses que no lo recibe mientras que los demás le son entregados en forma fluctuante.

Que este hecho le significa realizar esfuerzos económicos muy grandes pues las cuatro unidades tienen un valor aproximado de \$1300 dólares.

Que el 16 de abril de este año dirigió una petición al HCAM para que se adquirieran los medicamentos en cuestión, pero no se le ha contestado.

En su acción ha solicitado que se ordenen medidas cautelares a fin de que la entidad demandada adquiera los medicamentos. Con este antecedente considera que se han vulnerado su derecho a la salud, su derecho a una vida digna, su derecho al acceso a medicamentos de calidad y derecho a una vida digna.

Calificada su demanda, se ha notificado a las entidades accionadas y se ha celebrado la audiencia pública, en la que la jueza a quo ha aceptado la demanda, declarando la vulneración de los derechos de la accionante a la salud, a la seguridad social, a una vida digna, a la atención prioritaria y atención diferenciada, y como medidas de reparación en lo principal ha dispuesto que el IESS suministre todos los medicamentos que precisa la accionante por el tiempo que los facultativos determinen como necesario, que se cuente con el consentimiento informado de la paciente, accionante sobre el tratamiento, dosificación; que se incluyan los medicamentos Bortezomib, Dexametasona y Ondasentron en la provisión permanente a fin que se garantice su provisión para garantizar el tratamiento médico.

En vista que el Director del IESS, así como el Gerente del HCAM han interpuesto sendos recursos de apelación, se ha remitido el expediente a esta Corte Provincial de Justicia, y por sorteo ha correspondido la competencia a este Tribunal.

QUINTO: DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

DERECHO A LA SALUD: La Corte Constitucional en su Sentencia N°. 679-18-JP/20 y acumulados, se ha pronunciado respecto de este derecho en la siguiente forma:

“La Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que la atención primaria de la salud es fundamental para la promoción, el ejercicio del derecho a la salud y la prevención de la enfermedad, por lo que es importante considerar los determinantes sociales de la salud.²⁵

42. La Constitución, en sus artículos 359, 360 y 363, establece que el sistema de salud garantizará la promoción de salud, entre otras medidas, con la prevención y en base a la atención primaria de salud. De igual modo, la ley de la seguridad social establece, entre los lineamientos de política, la prevención (junto con la atención)²⁶, que debe estar debidamente financiada.²⁷

43. El derecho a la salud está estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos, con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal como lo disponen los artículos

12 de PIDESC²⁸, 10 del PSS²⁹ y 3230 y 14 de la Constitución.

La determinación social de la salud, la promoción del derecho a la salud y prevención de la enfermedad, que ordenan como principios guías la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, exige dirigir las políticas públicas de salud hacia la promoción de modos de vida saludables. En consecuencia, el Estado a través de su órgano rector en salud debe realizar coordinación intersectorial, incluyendo a los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD's), y evitar, junto con otras carteras de Estado, las condiciones y los procesos destructivos a la salud”

De acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Salud. OMS, la salud no se define como “la ausencia de enfermedad” sino como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”

Y tal como ha dictaminado la Corte Constitucional en referencia a la Observación No. 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales PIDESC:

“Un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades... el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”.

La Corte Constitucional ha considerado que la tutela y garantía del derecho a la salud exige la formulación de políticas públicas de salud encaminadas a la prevención y a la promoción de éstas, y establece la estrecha conexión a su vez con el derecho al acceso a medicamentos de calidad seguros y eficaces.

En el caso, la accionante cuenta con un diagnóstico de sus médicos tratantes quienes pertenecen al sistema de hospitales del IESS, quienes le han prescrito los medicamentos que han considerado necesarios para atender su enfermedad, no se trata de cuidados paliativos, sino que la accionante recupere su salud en los términos que establece la OMS.

Con lo que examinado el reclamo, las defensas de la entidad demandada, respecto de lo complicado de los trámites de contratación para la adquisición de medicamentos y provisión de éstos a las entidades de salud y a quienes padecen enfermedades y que este caso no es el único, no pueden tomarse como objeciones fundadas para restringir el derecho a la salud de la demandante, más aún cuando se encuentra dentro del grupo de personas que merecen atención prioritaria del Estado Ecuatoriano, pues al tener una enfermedad catastrófica, que es otro de

los elementos que analiza el precedente jurisprudencial vinculante de la Corte Constitucional, le hacen acreedora a una atención personalizada y le otorga prelación en la provisión de medicamentos.

La sentencia, la cual es precedente jurisprudencial obligatorio, aborda también el tema del tipo de tratamiento, lo que, para el caso de la demandante, no se trata de medicamentos en fase experimental, ni de procedimientos alejados de lo que la ciencia médica ha aceptado; se ha agregado su historia clínica la que cuenta minuciosamente los tratamientos recibidos y justifican la necesidad de los medicamentos que constituyen un procedimiento encaminado a que recupere su salud, es decir no se trata de prescripciones médicas ligeras o apresuradas sino de un diagnóstico realizado por un profesional experto en el tema; con lo que no se encuentra dentro de las posibles excepciones a brindar ese tipo de medicamento.

Conforme las referencias anotadas en la sentencia de la Corte Constitucional tenemos que: “Con respecto a los casos seleccionados por la Corte, la Constitución establece, en su artículo 35, que las personas que adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad “recibirán atención prioritaria y especializada tanto en el ámbito público como en el privado.” Estas personas, además, de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución, tienen “derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles,

de manera oportuna y preferente.”

57. Las personas que, para obtener el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, requieran de medicamentos, son los titulares del derecho al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

58. El derecho a la disponibilidad y al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces tiene dimensiones individuales y colectivas. En lo individual, la persona tiene derecho a que el medicamento contribuya al más alto nivel posible de salud; en lo colectivo, la disponibilidad y el acceso de medicamentos deben contribuir, en el marco de una política pública de salud basada en derechos, a que prevalezcan los intereses de la

salud pública por sobre los intereses económicos, comerciales o particulares, conforme lo dispuesto en los artículos 83 (7) y 363 de la Constitución”

Y con respecto a las obligaciones de los entes estatales ha dicho:

“La regulación y el control sanitario de la producción, importación, distribución, almacenamiento, transporte, comercialización, dispensación y expendio de medicamentos está a cargo de la ARCSA o de quien ejerza estas competencias.^{38 63}. El SERCOP es la entidad rectora de la contratación pública del Ecuador que, junto con la ASN, es responsable de

establecer políticas, desarrollar y administrar la contratación pública en Ecuador. De la eficiencia, transparencia y oportunidad del SERCOP depende en parte el acceso a los medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

64. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene el deber de garantizar la libre competencia en el Ecuador mediante la prevención, corrección, eliminación y sanción de todas aquellas prácticas anticompetitivas que afecten el mercado, buscando la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar del consumidor para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.³⁹

65. El Ministerio de Economía y Finanzas debe proveer los recursos para la compra de medicamentos de forma oportuna, regular y suficiente. El porcentaje de incremento anual debe ser en función de las necesidades epidemiológicas del Ecuador y se incrementará cada año de forma proporcional hasta alcanzar acceso universal”

De lo que entendemos entonces, el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el buen vivir, paradigma de nuestra Constitución y con el derecho a una vida digna, pues las personas que sufren este tipo de padecimientos son acreedoras entonces a los esfuerzos concentrados del Estado Ecuatoriano para atender su enfermedad y contribuir a su recuperación.

La sentencia además asigna un deber a la Función Judicial: “La Función Judicial, mediante sus jueces y juezas en ejercicio de sus competencias, debe garantizar la tutela efectiva a las personas que tienen derecho al acceso a medicamentos de calidad, seguros, eficaces para el disfrute del más alto nivel posible de salud, cuando sus derechos son violados”

Y, por último, en cuanto a las obligaciones del IESS, en el precedente jurisprudencial constitucional que se ha citado, consta lo siguiente:

“En los casos seleccionados por la Corte, muchas personas tienen afiliación al seguro social. La seguridad social, según el artículo 34 de la Constitución, es un derecho.

El derecho a la seguridad social es público y universal, debe atender las necesidades contingentes de la población, a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales.

El sistema de seguridad social debe obedecer los principios de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad, subsidiaridad y aquellos principios que rigen el sistema nacional de inclusión y equidad social, tal como lo ordenan los artículos 367 y 368 de la Constitución de la República del Ecuador.”

Con lo que el cargo a la sentencia de la jueza a quo efectuado por la entidad recurrente, no se encuentra sustentado y se lo niega.

En resumen las obligaciones del Estado de respeto, promoción y garantía franquean el ejercicio de este tipo de acciones a las personas que sufran enfermedades catastróficas, cuenten con el diagnóstico médico especializado que señale la necesidad de ese tipo de medicamentos para el tratamiento encaminado a que el paciente recupere su salud; no son tratamientos experimentales ni innecesarios que podrían ocasionar vulneración de derechos en lugar de su defensa; la paciente ha sido informada del tipo de medicamentos que precisa y sus efectos en su organismo, pues el Tribunal en audiencia pudo escucharla y constatar este hecho, de modo que se ha contado con el consentimiento informado de la demandante para recibir esta prescripción.

Finalmente, de autos aparece que las medicinas se encuentran dentro del Cuadro de Medicamentos Básicos, así que no se trata de una demanda desproporcionada y que tienda a alterar en desmedro de otras, la adquisición y provisión oportuna a los pacientes.

Por las razones expuestas, este Tribunal ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LAS LEYES DE LA REPÚBLICA niega el recurso de apelación y confirma la decisión venida en grado. Ejecutoriada esta sentencia, en virtud del Art. 86 número 5 de la Constitución de la República, remítase copia certificada de esta resolución a la Corte Constitucional. - NOTIFÍQUESE

INTRIAGO CEBALLOS ANA TERESA

JUEZ(PONENTE)

OSEJO CABEZAS GUSTAVO XAVIER

JUEZ

LOPEZ GUZMAN LUIS LENIN

JUEZ