

UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

**CARRERA DE DERECHO**

**Trabajo de investigación de Análisis de Casos previo a la obtención del  
título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República**

**TEMA:**

Caso N° 13204-2020-01532 Acción de Protección con Medidas Cautelares: **“Derechos  
al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces”**

**Autores:**

**Agredo García Angela Fernanda**

**Freire Pinargote Gabriela Elizabeth**

**Tutor Personalizado:**

**Ab. Vielka Párraga Macías, Mgs.**

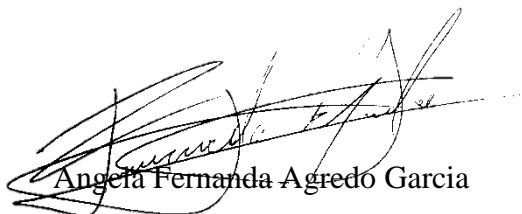
**Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí – República del Ecuador**

**2022**

## **CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.**

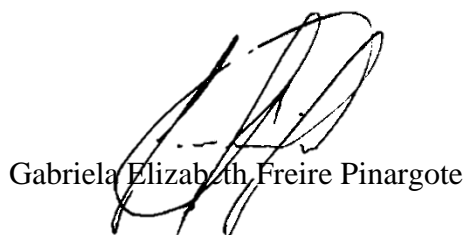
Angela Fernanda Agredo Garcia y Gabriela Elizabeth Freire Pinargote, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: Caso N° 13204-2020-01532 Acción de Protección con Medidas Cautelares: “Derechos al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo,



Angela Fernanda Agredo Garcia

C.C. 1314887991



Gabriela Elizabeth Freire Pinargote

C.C. 1311977589

## ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
INTRODUCCIÓN.....	IV
CAPITULO I.....	1
MARCO TEÓRICO .....	1
1.1 Derecho Constitucional.....	1
1.2. Derecho a la Protección Personal .....	4
1.3. Derecho Adultas y Adultos Mayores.....	6
1.4. Derecho de las personas y grupos de atención prioritaria .....	8
1.5. Derecho a la salud.....	9
1.6. Derecho a la Vida digna.....	11
1.7. Derecho Interno e Internacional.....	14
1.8. Teoría Emocional.....	15
1.9. Normativa del IESS y SOLCA .....	18
CAPÍTULO II.....	20
ANÁLISIS DEL CASO .....	20
2.1. Hechos fácticos .....	20
2.2. Análisis de Sentencia .....	25
CONCLUSIONES.....	40
BIBLIOGRAFÍA .....	42
ANEXOS .....	45

## INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se analiza el caso Constitucional N.º 13204-2020-01532 de acción de protección con medidas cautelares que sigue Pico López Patsi Elizabeth, Zambrano Rubén Darío en contra del Ministerio de Salud Pública, Sociedad de Lucha contra el Cáncer SOLCA e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, donde se busca demostrar los derechos que han sido transgredidos por las entidades antes mencionadas, determinando la vulneración de los derechos constitucionales de las personas y grupos de atención prioritaria de negarle el acceso a medicamentos de calidad seguros y eficaces.

El análisis parte de la Constitución de la República del Ecuador, que en su texto normativo establece que los derechos que nos pertenecen como ecuatorianos, por ende, se tiene que determinar en el presente caso si se vulnera el derecho al acceso de medicamentos de calidad, seguros y eficaces, el derecho a la salud, el derecho a la vida digna de las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria, ya que ambos padecen de una enfermedad catastrófica como lo es el Cáncer de Piel y uno de ellos siendo adulto mayor se considera que existe doble vulneración de derecho.

Teniendo como en primer lugar fundamentar con doctrina, jurisprudencia y derecho comparado conceptos los derechos antes mencionados, pero cabe resaltar que se tomó en cuenta otros temas que complementan la investigación, como conocer sobre la teoría emocional, que es de gran importancia conocer los efectos secundarios de padecer una enfermedad oncológica, y que atribuciones tiene el Estado para proteger la integridad de los ciudadanos.

En el segundo capítulo de esta investigación, es conocer los hechos fácticos de este caso, realizando un análisis de los antecedentes de lo sucedido con los pacientes, pero es de gran relevancia en cómo el Estado ecuatoriano siendo un estado constitucional de derecho, no cumple con la debida y oportuna obtención de medicamentos para los pacientes con enfermedades catastróficas.

En el tercer capítulo de esta investigación, de manera objetiva se realiza un análisis de la sentencia, determinando la vulneración por medio de las entidades antes mencionadas, reconociendo el alcance del IESS para velar por los derechos a la salud de sus afiliados y de la misma manera el grado de participación de SOLCA por prestador de servicio externo.

Así mismo nos enfocamos en el concepto de “vivir con dignidad” nace en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, es un derecho fundamental que debe ser tutelado por la Corte Constitucional, razón por la cual en el presente trabajo nos enfocamos en la vida digna de las personas que han sido afectadas con las enfermedades catastróficas.

# CAPITULO I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1 Derecho Constitucional

Según Maurice Duverger (1982) la denominación de Derecho Constitucional aparece en Francia en 1834, con la creación de la nueva cátedra con el mismo nombre, cuyo titular fue el profesor italiano Rossi, en la ciudad de Pavia. Con el tiempo fue extendiéndose a toda Europa y, posteriormente, hacia el continente americano en las universidades de países que poco a poco iban suprimiendo los regímenes coloniales.

Como afirma el autor (Salgado Pesantes, 2003) en su libro lecciones del derecho constitucional, el mismo determina al derecho constitucional como:

*La disciplina que, ubicada en el derecho público interno, orienta con caracteres de preeminencia a todas las demás ramas del derecho. Tanto público como privado, y establece las pautas del orden jurídico que contribuye a la estabilidad y supervivencia del sistema democrático; hoy en día, utilizar la expresión “régimen constitucional” es tanto como hablar de un “régimen democrático”.*  
(pág. 17)

Dicho brevemente, el derecho constitucional es una rama del derecho público, que se interpreta como la ley suprema de los estados constitucionales. Rige en el ámbito público como privado, la carta magna determina los poderes del estado, y la organización del mismo. Es indispensable resaltar que la constitución de Montecristi del 2008 es una ley completa la misma determina que el estado ecuatoriano es constitucional y democrático.

El autor (Kelsen, 1958) determina en su libro Teoría General Del Derecho Y Del Estado el cual determina

Describe a la pirámide jurídica partiendo del carácter dinámico del sistema normativo y de la existencia de una norma fundamental que prevé una peculiaridad del derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como el contenido de la misma.

Una vez que una regla jurídica es válida, por haber sido construida en la manera implantada por otra, la última constituye el motivo de validez de la primera. La interacción que existe entre la regla que regula la construcción de otra y esta misma regla, puede manifestarse como un parentesco de supra y de subordinación. La regla que establece la construcción de otra es mayor a ésta, la construida según tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico es una verdadera jerarquía de diferentes niveles de reglas.

La unidad de éstas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma, la del grado más bajo se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación es determinada a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regresión termina en la norma de grado más alto que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más elevado dentro del derecho nacional.

En el año 2008 se aprobó, por medio de una consulta popular, la nueva Constitución redactada por la Asamblea Constituyente de Montecristi, que marchó desde diciembre de 2007. Ecuador estrenó así su Carta Magna número veinte, desde que se fundó como Estado independiente en 1830. Con semejante número, el país tiene un récord de redacción de constituciones y de reuniones de asambleas constituyentes. Se han convocado veinticuatro de ellas y se han promulgado hasta aquí, como se anotó, veinte constituciones. Pero cabe resaltar que la constitución del 2008 es una de las más completas, con un decálogo de derechos fundamentales, determinando las garantías que merecemos como ciudadanos ecuatorianos.

La carta magna determina los derechos y garantías, es importante resaltar que se reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho, de la misma manera la igualdad y diversidad en la formulación de los derechos; la plurinacionalidad como lo son las nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, pueblos montubios; la corte constitucional y el fortalecimiento de las garantías; encontramos el modelo de desarrollo, se determina el buen vivir, el sumak kawsay; régimen político, lo más notables de esta constitución es la descentralización y autonomía que tienen los gobiernos autónomos descentralizados y demás instituciones del estado.

Lo que se debe de resaltar de la Constitución de la República del Ecuador es el artículo primero inciso primero *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En efecto, el estado ecuatoriano es constitucional, por lo que es la ley suprema que rige al estado por medio



de las funciones del estado, como lo son la función ejecutiva, función legislativa, función judicial, función electoral, función de participación ciudadana. De esta manera, se resalta que la carta magna es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; todo acto de poder público debe regirse por medio de la constitución y si dichos actos carecen de lo determinado en la constitución, los mismos tendrán eficiencia jurídica. Sin embargo, la misma carta magna se fundamenta en la declaración Universal de los humanos respaldándose con el decálogo de derechos.

## **1.2. Derecho a la Protección Personal**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, fue el resultado de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. El primer proyecto de la Declaración se propuso en septiembre de 1948 y más de 50 Estados Miembros participaron en la redacción final. En su resolución 217 A(III) del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. (Naciones Unidas Derechos Humanos, s.f.)

Es de esta manera que el sitio web con fines educativos (Tomás Moro, s.f.) determina sobre la obligación que tiene el estado para los ciudadanos

“Un principio establecido por todos los miembros de la Organización de Naciones Unidas y sustentado en la Carta Magna de los Derechos Humanos, es una

obligación de los Estados la protección y cumplimiento de todos los derechos dentro de su territorio, por medio de las leyes que deben sancionar a aquellos que los vulneran.”

Por lo tanto, es obligación de estado velar por los derechos fundamentales los cuales se encuentran estipulados en la carta magna, la misma que se fundamenta con la ratificación de los tratados internacionales teniendo como base el decálogo de los derechos, de la misma manera que protege también se sanciona cuando no se velan por los derechos fundamentales que nos protegen.

En el artículo 16 de la Constitución De La Republica Del Ecuador determina “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es decir, se debe de respetar y hacer respetar los derechos humanos los cuales se encuentran estipulados en nuestra carta magna tales, como el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la educación, etc.

Es de importante resaltar los límites de los derechos fundamentales, tal como lo determina el autor Durán Ribera en su libro La protección de los derechos fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional mismo que determina “*El problema del límite a los derechos fundamentales es una de las cuestiones más discutidas en el derecho contemporáneo, sobre el cual aún no existe uniformidad de criterios en la doctrina; no es previsible tampoco que lo haya en un futuro próximo*” (Duran Ribera, 2002). Por lo tanto, los derechos fundamentales que velan por los derechos de los ciudadanos, es discutida, por diferentes teorías que determinan que los ciudadanos deben de sustentar sus propios gastos.

El artículo 17 de la Constitución de la Republica del Ecuador vigente señala “*El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humano (...)*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Dicho de otra manera, el estado ecuatoriano es el encargado de garantizar los derechos humanos de los habitantes, es de esta manera que Ecuador se encuentra suscrito en declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales; y la manera de cómo se garantiza dicha protección por medio de programas.

### **1.3. Derecho Adultas y Adultos Mayores**

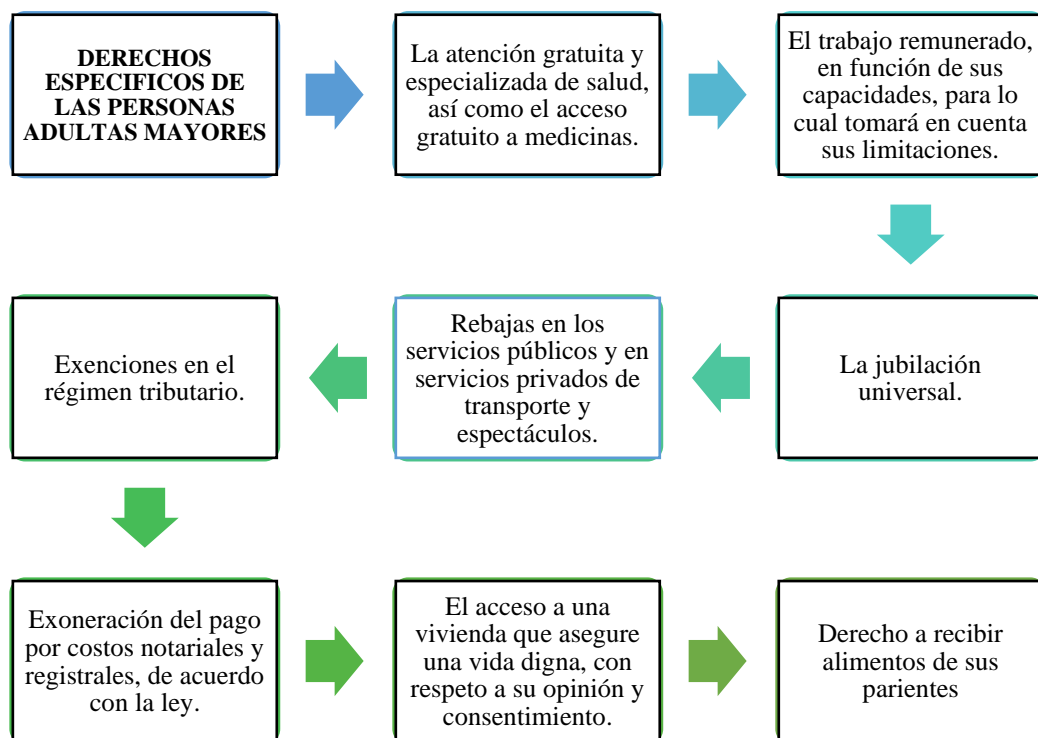
El artículo 36 de la Constitución de la República del Ecuador vigente señala: “*Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad*”. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2015). Dicho en otras palabras, se considera adulto mayor a las personas que han cumplido sesenta y cinco años de edad, determinando que atraviesa el último ciclo de su vida, dando como resultado cambios físicos como mentales; el estado ecuatoriano protege a las adultas mayores investidos con beneficios.

Los derechos de las personas adultas mayores suponen una sensibilización estatal, social y gubernamental respecto a la situación de riesgo y vulnerabilidad de la que son sujetos. La situación de la población adulta mayor se encuentra ligada a la concepción socio-cultural de su significado pues su figura es asumida como el deterioro o declive de las facultades humanas debido a que viene acompañada de cambios fisiológicos,

biológicos y sociales que desde un punto de vista negativo desvalorizan la condición de los mayores subestimando sus capacidades, habilidades y su existencia en la comunidad. (Guitierrez & Tyner, 2012)

Los Estados parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social. (Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores, 2019)

Fig 1. Derechos Específicos de las Personas Adultas Mayores



Fuente: (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional). Elaboración propia

Es de gran relevancia resaltar que el derecho a la atención gratuita y especializada de salud y el acceso de medicamentos gratuitos es el objetivo principal de este trabajo de titulación por lo que es indispensable reconocer los derechos de los adultos mayores.

#### **1.4. Derecho de las personas y grupos de atención prioritaria**

Los grupos de atención prioritaria son aquellos que históricamente, por su condición social, económica, cultural y política, edad, origen étnico se encuentran en condición de riesgo que les impide incorporarse al desarrollo y acceder a mejores condiciones de vida, al buen vivir, es así como las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado; la misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos, es el Estado quien prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Romero, Zúñiga, Tapia Núñez, Arana Rodríguez, & García Vicuña, 2017)

La sección novena, Personas usuarias y consumidoras, es la última del capítulo tercero, Derechos de los grupos de atención prioritaria, y contiene los siguientes derechos artículo 52 “(...) La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es indispensable señalar que las personas en situación prioritaria, gozan de una protección constitucional reforzada, se establece la obligación del estado de promover las condiciones que permite materializar otros Derecho Constitucional, el derecho a la igualdad; pues estas personas, no tienen la mismas oportunidades que otras para vivir los derechos bajo una igualdad material; es decir, garantizar que la igualdad de estos grupos sea real y efectiva mediante una atención preferente, especializada, propiciando ajustes razonables y acciones positivas o afirmativas

La Constitución de la República del Ecuador dispone proteger de manera especial a las personas que por diversas razones se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición física, etnia, salud, entre otros aspectos. De tal manera, el Estado debe adoptar y fortalecer todas las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y de cualquier otra índole, a fin de garantizar a pacientes con enfermedades catastróficas un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos. Esto implica que este grupo poblacional debe ser incluido de manera prioritaria y adecuada en sus planes de contingencia.

### **1.5. Derecho a la salud**

Para el tratadista (Figuerola, 2020) nos estipula del derecho a la salud dentro de su investigación en el año 2013, realizado en la Universidad Diego Portales en Chile que refiere:

La salud es un derecho constitucional que se debe de exigir al estado, para obtener una vida digna y debe de imperar la justicia social, el objetivo de este artículo científico es determinar la importancia del derecho a la salud y que tan exigible para el estado es proporcionar este derecho(...)"

Dentro del Ecuador la salud ha sido reformada para la mejor aplicación y mejor servicio a los ciudadanos, tomando como eje la restructuración y modernización estatal, el estudio de los autores Miguel Malo y Nicolas Malo con el título Reforma de salud en el Ecuador: nunca más el derecho a la salud como un privilegio concluye que los desafíos en la reforma dad tiene que ver con la sustentabilidad de los procesos, sostenibilidad financiera del sistema y con la mayor activación de mecanismos de participación.

Nuestra Constitución de la República del Ecuador en su artículo 359 menciona que el sistema de salud abarcara todas las dimensiones del derecho a la salud y que el mismo estado será quien garantice este mismo derecho, previniendo, recuperando, rehabilitando, promocionando todos los niveles de salud participando de ello todos los ciudadanos.

También podemos acotar que el artículo 421 ibidem nos refiere que cuando hablamos de derecho a la salud debemos de tener en cuenta que nos referimos a toda clase de ayuda como proveer de medicamentos, acceder a insumos, servicios y a cualquier avance científico o tecnológico que ayude a mejorar la salud de cualquier ciudadano.

Debemos de recordar que la Constitución es la Carta Magna, la máxima ley en nuestro país y que se debe de tener en cuenta todos los derechos establecidos ahí como primordiales ya que es lo que va a suplir las necesidades básicas de los ciudadanos para obtener una vida digna.

Las enfermedades de alto costo, también llamadas "enfermedades catastróficas", constituyen un conjunto limitado de patologías de baja prevalencia que tiene un alto impacto económico. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las

enfermedades catastróficas son aquellas enfermedades cuyo tratamiento involucra un costo directo mayor al 40% del ingreso del hogar. Estas enfermedades requieren procedimientos complejos tanto para el diagnóstico como para el tratamiento. (Parra Baltazar, Pinto Dongo, & Quispe Iporra, 2016)

## **1.6. Derecho a la Vida digna**

Para el autor (Godoy, 2016) comienza una investigación titulada “El derecho a la vida y la Constitución”. Esto comprende sobre la comprensión de la vida consagrada en la constitución en donde lo plantean como un derecho natural adquirido desde su concepción, el autor hace un recorrido por varias de las constituciones observando y analizando su evolución, de tal manera que plantea una metodología en donde el análisis bibliográfico es el protagonista, la revisión y observación de jurisprudencia también se hace presente.

Según nuestra Constitución la vida digna es un derecho que los ecuatorianos tenemos que nos ayuda a asegurar la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

A todo lo dicho anteriormente podemos resaltar que la importancia de una vida digna es cuidar de la integridad física de las personas además de su moral y de su sexualidad, evitando la violencia, o la vulnerar a las demás personas, recordemos que los derechos de cada quien empiezan donde terminan los derechos de los demás.



Según (Garcia, 2008) nos indica en su artículo científico llamado “Concepto de derecho a la vida”, él nos hace énfasis en la búsqueda de bibliografía que le permita determinar varios conceptos que le ayudaran en su trabajo de investigación, por ende el derecho a vivir y a permanecer vivo también forman parte de estos conceptos, podemos observar que se encuentra también el derecho a recibir todo lo posiblemente necesario para no morir en lo inmediato es decir tener un auxilio que le proporcione vida.

La vida digna es la satisfacción de las cosas que necesitamos, sin embargo, la idealizamos pensando en muchas cosas más de las que necesitamos, partiendo de este pensamiento definiremos a la vida digna como la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano, teniendo como primordiales los sectores básicos, alimento, salud, educación.

En la (Convenio Interamericano sobre la Protección de los Derechos, 2012) nos manifiesta que; *“las personas mayores tienen el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor”* .

Es necesario Proteger el derecho de los mayores a expresar su consentimiento a los Aviso previo, voluntario, libre y explícito y al ejercicio del derecho a modificarlo o retirarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, En el área de la salud, los Estados Partes se comprometen a desarrollar y aplicar mecanismos apropiados y a prevenir eficazmente el abuso y fortalecer la comprensión de las personas mayores.

Una de las problemáticas sociales que estas personas deben afrontar es el tener un servicio de salud pésimo no solo en el abastecimiento de medicamentos y médicos en los centros de salud dado que estos no cuentan con centros de especialistas en geriatría, ocasionando su traslado a las zonas urbanas siendo largas distancias que deben recorrer y los gastos ocasionados no los logran cubrir debido a su situación económica.

Los adultos mayores deben merecer una vida digna en todos los aspectos necesarios ya que de esta manera se puede velar por la integridad y el respeto que merece este grupo de personas que han sido vulnerado y ante la falta de atención especial en lo que respecta a los derechos consagrados en la Constitución estos deberían ser aplicados en la sociedad.

Al respecto la (Acción de Protección, 2021) en la corte Constitucional Colombiana señala que:

"Para la Sala la acción de tutela resulta procedente en los casos en los cuales el actor es una persona diagnosticada con cáncer, por el impacto que dicha enfermedad tiene en la salud y vida, y porque la suspensión, demora en la entrega o cambio del medicamento o retraso irreversible en la orden para el tratamiento o cirugía puede suponer un deterioro irremediable e irreversible de la salud e incluso la muerte de quienes sufren enfermedades catastróficas, de ahí que exigirle agotar un trámite judicial ordinario para la reclamación podría suponer un riesgo para la vida."

Es decir que como objeto tiene el derecho de proteger a los usuarios a recibir el medicamento o tratamiento en las condiciones y tiempo señaladas por el médico tratante y que cualquier cambio en la prescripción médica les sea informado.

## 1.7. Derecho Interno e Internacional

El autor (Paguari, 2016), trabajó en “*Derecho Internacional y derecho interno, El sistema constitucional argentino*” En donde hace referencia a que el derecho interno remite simplemente a toda norma jurídica interna de gobierno o del estado, si mencionamos el ordenamiento jurídico de nuestro país pues tenemos que nombrar a las normas internas de nuestro gobierno, como decretos, ordenamientos, convenios, ordenanzas, constitución que es una la principal que rige internamente nuestro territorio.

Por otra parte, el Derecho Internacional es de interés común entre territorios, tal como lo indica la Corte Central Internacional, en donde nos manifiesta que los Derechos Internacionales son tratados entre estados que se comprometen a hacer u omitir algún acto, respetando la soberanía de los dos estados o de los involucrados en el compromiso adquirido.

Referente al derecho interno en septiembre de 2008 se interpuso una acción de protección a favor de un ciudadano que fue diagnosticado con Hepatocarcinoma (variedad de cáncer de hígado), debido a sus síntomas y consecuencias graves esta enfermedad es calificada por el ministerio de salud como enfermedad catastrófica, es de causa imperativa que el posea su medicamento a tiempo para sobrellevar su vida y hacerlo de una manera digna, además que ejecuta su derecho a la salud que prevé nuestra Carta Magna, una vez retirado el último lote de medicamentos el ciudadano quedó desprovisto ya que no fue solicitado más medicamento por el director del IESS.

Esto no fue impedimento para que el ciudadano no reclame su derecho a la salud como le corresponde, sin que su vida esté en riesgo, la acción fue concedida por la juez demostrando así que existen normativas que internas que prevalecen y garantizan la vida digna, la salud y el bienestar de los ciudadanos, así como también nuestra Carta Magna que claramente en su art. 421 nos manifiesta que *El derecho a la salud comprende el suministro de medicamentos para que prevalezca la salud ciudadana.*

Así mismo la declaración universal de los derechos humanos hacen referencia a que la salud es el derecho de toda persona, siendo adecuado para ellos mismos como para su familia, la OMS nos manifiesta que un tercio de la población mundial no sabe ni tiene garantizado los medicamentos o la libre comercialización de medicamentos básicos, conociendo que hay tratados y derechos internos que viabilizan la obtención su derecho a la salud pública.

Es de gran importancia reconocer algunos de los tratados Internacionales que examinan el derecho a la salud y derechos generales fundamentales entre los principales tenemos; La declaración Universal de Derecho Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio constitutivo de la organización mundial de la salud.

### **1.8. Teoría Emocional**

Según el autor (Winnicott, 2011) la Teoría Emocional tiene origen en las relaciones interpersonales, se compromete la madurez según la edad que se tenga.

Para el autor (Sartre, 2012) dentro de su trabajo investigativo “*bosquejo de una Teoría de las emociones*”, habla de la psicología como disciplina que extrae las mejores experiencias, que forman las emociones y que se definen perfectamente en el desarrollo humano, debemos de tomar en cuenta que las emociones se crean por circunstancias ajenas a nosotros, por circunstancias externas, por lo que se debería estudiar las situaciones que crean esas emociones unas más aisladas que otras.

Si nos remontamos a la antigüedad Aristóteles no formuló, una teoría de las emociones sin embargo dentro de este artículo su objeto es reconstruir la parte medular de las distintas aproximaciones al tema, interpretando discusiones y analizando el material bibliográfico para conocer emociones sensoriales como emocionales psicológicas, es decir placer, dolor, procesos cognitivos, lecturas.

Conociendo que las emociones se disparan por acciones externas debemos mencionar que el estado emocional de las personas con enfermedades catastróficas cambia radicalmente, según la investigación de (Eddison, 2021), pone en manifiesto que investiga el estado emocional de una paciente adulta mayor de 80 años de edad, con diabetes tipo 2 en estado crónico, pidiendo su organismo insulina que le permita manejar la glucosa en el torrente sanguíneo y manteniendo estable su salud, nos muestra que el estado emocional hace que su salud cambie, mediante la observación de su historial clínico, pruebas psicométricas y escala de depresión geriátrica.

Este selecto autor una vez estudiado el caso concluye que la adulta mayor mejora si sus emociones se encuentran bien y desmejora si ocurre lo contrario, por lo que su

tratamiento se basó en el enfoque cognitivo conductual y se contó con la ayuda de su hija quien es el soporte de la paciente en cuestión.

Ahora entendemos que las emociones son reacciones a ciertos actos, por lo que debemos de estudiar las respuestas emocionales, en el caso de nuestros dos pacientes las respuestas fueron las lógicas, por ejemplo, el miedo a morir cuando la situación cambió para ellos, enterarse que padecen una enfermedad terminal o catastrófica siempre va a resultar en una emoción negativa, bloqueando muchas veces al oyente, y manteniendo una ansiedad o impotencia de salir de esa situación.

Es de suma importancia que las personas que tienen enfermedades catastróficas conozcan realmente el verdadero significado de una vida digna ya que su bienestar depende de ello, de llevar sus últimos días una vida llena de bienestar y de suplir necesidades que les acatan, podríamos indicar también que un buen estado emocional ayudaría en su tratamiento y sería incluso una estrategia para que el paciente pueda manejar su situación desviando las emociones negativas e incrementando niveles de positivismo, aunque es muy complicado llevar las dos cosas de la mano, por eso el estado debe de garantizar que los medicamentos no les falten para que no sea otro motivo de preocupación para ellos y su estado emocional decaída.

Debido a que ellos también tienen que lidiar con los síntomas de cada una de sus enfermedades provenientes de su patología, dejando de lado los síntomas de debilidad mental, general, pudiéndose concentrar a cabalidad en su mejora y pasar los episodios depresivos con otro tipo de emoción.

## 1.9. Normativa del IESS y SOLCA

(Instituto Ecuatoriano de seguridad Social, 2018) hace referencia a la firma de acta *“que permitió alcanzar acuerdos económicos relacionados a valores solicitados por SOLCA al IESS, marca un nuevo momento en la relación interinstitucional”*.

“Art. 18.- Prescripciones médicas: La prescripción de medicamentos en la Red Plural, se sujetará al Cuadro Básico de Medicamentos del Sistema Nacional de Salud (...) Se garantiza la provisión de medicamentos en todos los niveles según las guías clínicas y terapéuticas que permitan mantener la continuidad y eficacia del tratamiento establecido. En casos excepcionales se compensará por la compra de fármacos e insumos en establecimientos externos, de conformidad a las regulaciones dictadas por el IESS.” (Reglamento para la Atención de Salud Integral y en Red de los Asegurados, 2011)

La adquisición de medicamentos calidad, seguros y eficaces es un derecho que no se puede vulnerar, ya que consiste en el tratamiento médico de ciudadanos más si se suspende de medicamentos a las personas pertenecientes al grupo de atención prioritaria, como en este caso pacientes oncológicos que no se les administró el medicamento por no constar Cuadro básico de Medicamentos del Sistema Nacional de Salud, pero el IESS debió hacer trámites administrativos correspondientes para adquirir dicho medicamento o en casos especiales se compensará la compra de la misma.

*“Elaborar el mapa de contrarreferencia con las redes articuladas por niveles de mayor complejidad y con otras redes especializadas de ambulancias, emergencias, atención especializada como el servicio de diálisis, atención de enfermedades oncológicas y catastróficas”*. (Reglamento para la Atención de Salud Integral y en Red de los Asegurados, 2011)

En el Reglamento de Salud integral y en red de los asegurados en su Art. 18 y en las disposiciones transitorias determina que la prescripción de medicamentos deberá sujetarse en el cuadro básico de Medicamentos del Sistema Internacional de Salud, dirección dándonos al tema principal de nuestro estudio de caso, a los accionantes se les negó en el momento oportuno el acceso a sus medicamentos.



## **CAPÍTULO II**

### **ANÁLISIS DEL CASO**

#### **2.1. Hechos fácticos**

Estos hechos son presentados en base a la investigación realizada. El proceso consta de sentencia por una Acción de Protección con medidas cautelares, los accionantes Pico López Patsi Elizabeth, Zambrano Rubén Darío. La primera sentencia la emite la doctora Farias Macias Betsy Elizabeth, Juez de la Unidad Judicial FMNA con sede en el cantón Manabí, y una sentencia de apelación interpuesta por IESS (Acción de Protección con Medida Cautelar, 2020)

Los accionante presentan la Acción de Protección con Medidas Cautelares con fecha 18 de diciembre del 2020 en contra de la Sociedad de Lucha Contra el cáncer Manabí, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Ministerio de Salud Pública, impuesta en el proceso No. 13204-2020-01532 para la adquisición de medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

En el año 2011 la señora Patsi Elizabeth Pico López se la diagnosticó con cáncer de piel conocido como MELANOMA MELIGNO, por médicos del Hospital del Seguro Ecuatoriano del Seguro Social siendo asegurada por medio de relación de dependencia, por medio de controles anuales en el año 2019 se diagnosticó con recaída local de melanoma y por la progresión de su enfermedad se multiplicó a metástasis en la pierna derecha.

En el año 2019 fue derivada al Hospital SOLCA de Manabí como prestador externo de salud, donde fue recibiendo tratamiento con guía del médico tratante Dr. Gary Guillem, Oncólogo Clínico, el cual por sobre guardar la salud de su paciente le prescribe el medicamento PEMBROLIZUMAB, dicho medicamento no consta en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos y por ende en stock en sus farmacias, por ello, en fecha 14 de octubre del 2020, por medio de Formulario De Referencia, Derivación Contrarreferencia y Referencia Inversa, fue contra derivada al Hospital del IEES - Portoviejo, como principal proveedor es el responsable de dar medicamentos, y cuidados paliativos a sus afiliados

En el Hospital del Seguro Social, como médico tratante la atendió la Doctora Mariuxi Mendoza, Oncóloga, la cual supo manifestar que el *“Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IEES - Portoviejo NO cuentan con el medicamento, por lo que únicamente con una disposición judicial lo adquirirán y suministrarán.”* vulnerando el derecho a la salud y adquisición de medicamentos y más a sus afiliados con enfermedades catastróficas conocidas también como enfermedades de alto costo.

En el año 2020 el Sr. Rubén Dario Zambrano Zambrano Siendo dicha persona pensionista jubilado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IEES, quien padece de Cáncer de piel llamado Melanoma Maligno, generando un Tumor Maligno en el muslo derecho de la pierna. Fue derivado al Hospital de SOLCA prestador externo, en donde ya dicho paciente ha venido recibiendo tratamiento desde el diagnóstico de su enfermedad.

Por la gravedad de la enfermedad su médico tratante la Dra. Yohana Gilces Ureta, oncóloga clínica le prescribe el tratamiento Pembrolizumab, el cual no consta en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos por ende en stock en sus farmacias.

Con fecha 24 de septiembre de 2020, fue contra derivado al Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IEES Portoviejo, con allí se le suministre dicho medicamento lo atendió la misma doctora de la Sra Patsi, donde le manifestó lo mismo *“Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IEES - Portoviejo NO cuentan con el medicamento, por lo que únicamente con una disposición judicial lo adquirirán y suministrarán.”*

Actualmente ante la falta de la referida medicación, en el Hospital de SOLCA su salud se ha venido desmejorando paulatinamente le está suministrando el medicamento Temozolamida lleva dos ciclos, sin embargo, su salud se ha venido desmejorando paulatinamente. En razón de las quejas presentadas por los afectados, hemos procedido a solicitar información a SOLCA; Manabí, IEES y MSP, a fin de conocer acerca de la eficacia, calidad y seguridad sobre el medicamento para el tratamiento de sus enfermedades catastróficas.

En cuanto a eficacia y seguridad del medicamento Pembrolizumab el Dr. Gary Guillen, tratante de la Sra. Patsi Pico, indicó:

“La medicina en cuanto al perfil de seguridad establecido ya es conocido en la actualidad en cuanto a que el beneficio superará los potenciales riesgos, siendo un fármaco de categoría A de acuerdo a la escala del beneficio clínico para esta patología, demostrados por los ensayos clínicos KEYNOTE. En cuanto a los resultados de eficacia se obtuvieron datos relevantes en los ensayos KEYNOTE en beneficios clínicos y estadísticamente significativos en términos de supervivencia libre de progresión y en resultados de supervivencia global.”

En el caso del señor Ruben Zambrano, el médico tratante la Dra. Yohana Gilces, le indicó los parámetros clínicos, donde la seguridad y eficacia eran la clave para la justificación médica de los pacientes que en este caso necesitan como es el recibir el fármaco denominado Pembrolizumab.

Este tratamiento ha sido evaluado en el tratamiento del melanoma avanzado con Keynote, así mismo, se le indica que el ensayo realizado fase III Keynote 002, Pembrolizumab también demostró un avance en lo que se trataba de quimioterapia.

Los síntomas adversos de este tipo frecuente para Pembrolizumab fueron: fatiga, diarrea, rash y prurito. Todos los eventos de gravedad 3-4 sucedieron en menos del 1 % de los pacientes, excepto en el caso de la diarrea. Los eventos adversos de especial interés relacionados con el sistema inmune más frecuentes con Pembrolizumab fueron hipotiroidismo e hipertiroidismo. Y, los eventos adversos grado 3-4 que tuvieron lugar en más del 1% de los pacientes tratados con Pembrolizumab fueron colitis y hepatitis.

Así mismo ante lo señalado, se les indicó que necesario realizar dos puntuales apreciaciones que deben ser tomadas muy en cuenta por la Autoridad Judicial en el presente caso:

“En primer lugar, ante el avance de los accionantes sobre la enfermedad catastrófica que ambos padecen, y en la línea del tratamiento de su padecimiento, sus médicos tratantes del Hospital oncológico de SOLCA - Manabí, han dispuesto que es necesario que se les suministre el medicamento Pembrolizumab, el cual según ha sido expuesto, es un medicamento que cumple con parámetros de calidad, seguridad y eficacia para sus casos, por ende el Estado está obligado a suministrárselos”.

Por otra parte, el Hospital del IESS, después de haber obtenido un amplio conocimiento de la necesidad del medicamento Pembrolizumab, y tenerlo en stock en sus farmacias, no procedieron a administrarles el medicamento a los afectados, alegando que, para ello, debe disponérselos una autoridad judicial. Según se verificó en la parte final del memorando N° IHSS-DPM-2020-2306- M, de 11 de diciembre del 2020, que se adjuntan en calidad de prueba, la jefa de Farmacia del Hospital del IESS comunicó que cuentan con 26 unidades del medicamento.

Hechos que evidencian la omisión tanto de SOLCA Portoviejo - Hospital Oncológico "Dr. Julio Villacreses Colmont", como del IESS, de suministrar el medicamento Pembrolizumab a las personas afectadas, cuyo suministro tienen derecho a recibir conforme a la legislación nacional e internacional de derechos humanos.

De tal manera, con lo antes mencionado los afiliados del IESS por no atender a sus peticiones decidieron iniciar una acción de protección alegando que se vulneró el

derecho a la salud, adquisición de medicamentos eficientes, seguros y eficaces, dando inicio a un proceso judicial constitucional.

## **2.2. Análisis de Sentencia**

Con fecha 24 de Enero del 2021 la Unidad Judicial de FMNA de Portoviejo con número de caso 13204-2020-01532 la juez Farias Macias Betsy Elizabeth realiza un fallo a favor de los actores Patsi Elizabeth Pico Lopez, Ruben Dario Zambrano Zambrano, se considera la base de este estudio; determinando de que no existe vicios de consentimiento, y cumple con las competencias el juez.

La organización social de la salud determina que la salud es un estado de bienestar físico, psíquico, social del individuo de y de la colectividad. Por lo tanto, la salud está constituida por un elemento personal ya que cada individuo puede o no gozarlo independientemente de su ámbito. Sin embargo, una vez que se refiere al elemento colectivo, se alude a los componentes externos que son atentatorios contra la salud como las pandemias, la contaminación, falta de limpieza, entre otros.

Sin embargo, con la promulgación de la Constitución de la República Ecuador En 2008, Ecuador, como Estado de Derecho, reconoció una serie de derechos fundamentales, analizados en este contexto; el derecho a la salud para asegurar una vida digna.

Con lo antes expuesto, se puede alegar que la autoridad sanitaria nacional, debería ponderar el derecho a la salud y el derecho de atención a las personas prioritarias por cuestiones de vulnerabilidad; los individuos con patologías cancerígenas. Por agregación, el artículo 35 del (Constitución de la República del Ecuador, 2008)“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. (...) El Estado prestará especial protección a las personas en condición de vulnerabilidad.”

Es de esta forma que en el artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador consagra los deberes fundamentales del Estado, ofreciendo como punto de inicio el mecanismo de garantía y de respeto de los derechos primordiales que se reconocen tanto en la Constitución como en las herramientas de todo el mundo ratificados por el Estado, teniendo como eje servible a los derechos de enseñanza, salud, ingesta de alimentos, estabilidad social, entre otros.

Tanto en los artículos 359 - 360 el estado se compromete que a través de las diferentes instituciones tanto públicas como privadas otorgarán la eficiencia necesaria para poder ejercer el derecho a la salud en conjunto de la promoción de una vida digna donde se pueda garantizar de manera integral el acceso a una atención pertinente ya sea de forma individual o en familia.

Con anterioridad la Corte Constitucional se ha manifestado en alusión a los individuos pertenecientes al conjunto de atención prioritaria, en la situación N.0528-11-EP, se necesita aplicar el inicio de favorabilidad una vez que lo requerido son medicamentos para la entrada de una vida digna, así se prolonga y se asegura el goce de sus derechos.

La Corte Constitucional en repetidas situaciones ha manifestado que el derecho a la salud no se entiende sencillamente por el hecho de disponer de una patología, sino que éste encierra más allá, si una persona que está en estado estable sin embargo que necesita de un medicamento debería tener ingreso a él, es parte de la tarea como ente garante del Estado proporcionar los medicamentos necesarios con el objetivo de asegurar una vida digna al habitante, más todavía una vez que se tratan de individuos originarios de los conjuntos de atención prioritaria.

Estableciendo como punto de discusión ¿El Estado ecuatoriano siendo un estado constitucional de derecho, no cumple con la debida y oportuna obtención de medicamentos?

En la sentencia T 314 de 2015 se dijo: “que, en materia de prestación de la atención en salud, los usuarios gozan de la garantía de no interrupción del suministro del tratamiento médico iniciado esta es la faceta de continuidad del derecho fundamental a la salud”. Por ende, no se puede suspender la adquisición de medicamentos, tal como se



hizo en el presente caso, determinando en la sentencia que el MSP no vulnera el derecho a la adquisición de medicamento, más el IESS es la encargada de realizar los trámites administrativos pertinentes.

En la sentencia T-381/16 esta Corte señala:

"Para la Sala la acción de tutela resulta procedente en los casos en los cuales el actor es una persona diagnosticada con cáncer, por el impacto que dicha enfermedad tiene en la salud y vida porque la suspensión, demora en la entrega o cambio del medicamento o retraso vida para el tratamiento o cirugía puede suponer un deterioro irremediable e irreversible de la salud e incluso la muerte de quienes sufren enfermedades catastróficas de ahí que exigirle agotar un trámite judicial ordinario para la reclamación podría suponer un riesgo para la vida".

El principio de continuidad tiene como objeto proteger el derecho de los usuarios a recibir el medicamento o tratamiento en las condiciones y tiempo señaladas por el médico tratante y que cualquier cambio en la prescripción médica les sea informado al respecto.

Esta Corporación ha señalado que tal obligación se encuentra asociada con el principio de eficiencia, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, y que ha sido concebido por la jurisprudencia constitucional como la disposición del sistema para conseguir la plena realización de los fines asignados al sistema de cantidad ordenada por el médico tratante, con la calidad necesaria para el restablecimiento de su salud, y sin que existan interrupciones injustificadas en el suministro. Accionar con el que se evidencia la violación de derechos con seguridad social.

A propósito, en el apartado de la sentencia T-I60 de 2008, la Corte sostuvo que todos los usuarios del Sistema Público de Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran (medicamentos, procedimiento o exámenes), en la constitucionales a los derechos de la salud, seguridad social, a la atención especial de las personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria-protección especial en salud, trato especial de las personas con enfermedades catastróficas

Como medidas cautelares en la sentencia se enfatiza que de manera inmediata y en virtud de que IESS contaba con 26 unidades del medicamento PEMBROLIZUMAB; las cuales pertenecían a pacientes que por una u otra causa han dejado de utilizarlas, por lo tanto citando la sentencia se determinó “(...) (Derechos al acceso a medicamentos de cañidad, seguros y eficaces, 2020) serles entregadas a los afectados a la brevedad posible, hasta que se proceda a la adquisición del resto de dosis que sean necesarias para cada caso, según lo disponga los médicos especialistas, petición que fue concedida por la suscrita en auto de fecha 21 de diciembre del 2020 (...)” dado que en la sentencia se llega a la restitución de los derechos vulnerados, el IESS como entidad principal es el encargado de suministrar el medicamento a los pacientes.

De manera puntual se llegó a colación de cada punto de la decisión del juez, como primer punto tenemos la reparación integral

“(…) La vulneración de derechos suscitada se dispone que en un plazo perentorio de hasta 15 días, el Hospital General Del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social de esta ciudad de Portoviejo, proceda a suministrar a los señores Patsi Elizabeth Pico Lopez Y Ruben Dario Zambrano Zambrano medicamento PEMBROLIZUMAB en la dosis y frecuencia dispuestos por sus médicos tratantes, estén o no en el cuadro nacional de medicamentos básicos.(…)” (Acción de Protección con Medida Cautelar, 2020) tal como lo determina la carta magna la adquisición de los medicamentos de calidad, seguros y eficaces son derecho que tienen todos los ciudadanos y más si se encuentran en estado de vulnerabilidad tienen a ser la prioridad de los hospitales por una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer.

Es por cuanto, como lo termina la jueza que dentro de 15 días debían de administrarles el medicamento solicitado, y se les restituye el derecho que ha sido vulnerado a dicho accionantes de este caso.

Consecuentemente en el punto número dos se determina que a través del Ministerio de Salud Pública dentro de los mismos quince días se debe de realizar las gestiones necesarias para que realicen la adquisición y suministro inmediato del medicamento Pembrolizumab, “(…) *manera inmediata - urgente y que acceda a dicha medicina, respetando el protocolo de tratamiento y aplicación del mismo, en la dosis y frecuencia dispuesto por su médico tratante(…)*” (Acción de Protección con Medida Cautelar, 2020) cómo es de conocimiento el medicamento antes mencionado no consta en el cuadro nacional de medicamentos, por ende el Ministerio de Salud Pública mediante

de los procedimientos que dispone para la adquisición de medicamentos, se lo realiza por medio del reglamento de aplicación de la ley de producción, importación, comercialización y expendio de medicamentos genéricos de uso humano.

Derivandonos en el punto número cuatro de la sentencia donde se estipula la medida de no repetición “este medicamento (Pembrolizumab) y cualquier otro que requieran los señores Patsi Elizabeth Pico Lopez Y Ruben Dario Zambrano Zambrano para su tratamiento médico integral, sean suministrados de Manera Inmediata, Oportuna, Adecuada Y Preferente por parte del Hospital General Del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social de esta ciudad de Portoviejo, a la mayor brevedad posible, y hasta que el médico tratante lo estime pertinente(...)” (Acción de Protección con Medida Cautelar, 2020) A su vez, la juez determina que la atención que deben de recibir los autores por medio del Hospital general del Instituto Ecuatoriano de Seguridad social, debe de ser integral enfocándose en todo el tratamiento que los actores necesiten durante todo

Consecuentemente el quinto punto la juez determina que la entidad responsable de manera directa, para la adquisición de medicamento es El Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social el cual deberá asumir el pago total del medicamento indicado, por ende, se deberá informar a la jueza constitucional sobre el cumplimiento de los procedimientos para la adquisición teniendo el término de hasta ocho días posteriores al plazo establecido.

En razón al punto número seis en la Sociedad de Lucha contra el cáncer (SOLCA) deberán cumplir con los trámites administrativos para la adquisición de los medicamentos prescritos por los médicos tratantes de este hospital.

Basándose en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “(...) *fin de garantizar el cumplimiento y la ejecución de la presente medida se delega a la Defensoría del Pueblo la supervisión de la ejecución de la presente sentencia(...)*” dando cumplimiento de que la Defensoría de Pueblo es la autoridad competente para realizar el seguimiento adecuado para verificar que se dé cumplimiento de que se obtuvo el medicamento en el periodo de tiempo determinado que será de quince días, la entidad encargada debió ser el IESS quien debe de efectuar dicha adquisición.

Definiendo el punto noveno el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) hace uso de su derecho al recurso de casación fundamentándose en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada. (...)”

El recurso de apelación es interpuesto por el IESS en la misma audiencia, esta entidad considera que la decisión interpuesta por la juez de que es la “*entidad responsable para la adquisición de medicamentos*” (Instituto Ecuatoriano de seguridad Social, 2018), ponderar que la entidad SOLCA es un servidor externo de Salud y que el IESS es la entidad con la competencia para adquirir medicamentos, y que SOLCA solo deberá realizar el acto administrativo de contraferencia de los pacientes al IESS.

En segunda instancia el IESS inconforme con la decisión de la jueza Farias Macias Betsy Elizabeth recurre a la apelación por medio de la sala especialidad de lo penal, penal militar, penal político y tránsito de la corte provincial de Manabí la cual se solicitó en la primera audiencia que se realizó el 24 de febrero del 2021, dicho procedimiento cumple con los requisitos establecidos en la ley.

Con fecha 6 de abril del 2021 se dio inicio a la audiencia de apelación motivada por la Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, en contra de la sentencia emitida el día miércoles 24 de febrero del 2021, por la Abogada Betsy Elizabeth Farías Macías en su calidad de Juez de la Unidad Judicial de FMNA de Portoviejo en la que resuelve declarar la procedencia de la acción ordinaria de protección planteada por Mg. Adrian Hernan Cedeño Casquete, Ab. Sergio Luis Gutierrez Gorozabel, Ab. Roxana Bravo Moreira, Ab. Ruben Dario Pavon Perez en representación de los señores Patsi Elizabeth Pico Lopez Y Ruben Dario Zambrano Zambrano.

Los fundamentos teóricos de la Institución Ecuatoriano de Seguridad Social para iniciar este recurso de apelación “(...) nosotros derivamos a los pacientes, este es un acto médico, en donde los pacientes recibirán el tratamiento integral, contamos con el medicamento pero la prescripción de este medicamento no lo hace el Hospital, quien lo hizo fue los médicos de SOLCA, son ellos que deben realizar el procedimiento, mas no el IESS, por lo que no incurrimos en ninguna omisión(...)” (Instituto Ecuatoriano de seguridad Social, 2018) A consideración, IESS ha dado cumplimiento a la medida cautelar, pero sigue alegando que el encargado de dicha responsabilidad es SOLCA como entidad que brinda salud de manera integral.

*La Sala considera necesario reiterar que los responsables de garantizar a los afiliados la prestación de los servicios de salud, ya sea de forma directa o indirecta, es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, al tratarse de personas no afiliadas el Ministerio de Salud Pública, siendo responsabilidad absoluta de las autoridades de Salud quienes representan al Estado.*

Como se menciona a lo largo de esta investigación es el IESS como prestador de servicios de la salud privado, tiene que responsabilizarse por sus usuarios ya que ambos son afiliados, y el ministerio de Salud Pública como entidad controladora de los mecanismos para que entidades como el IESS no vulneren el derecho a la Salud y a la vida Digna.

*La sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, por UNANIMIDAD*

*“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, resuelve: desechar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social confirmando la sentencia venida en grado con la presente motivación.*

Se declara sin motivación la presente sentencia ya que los jueces de la sala ante mencionada ya que el IESS por ser una institución privada y salvaguardar la salud tanto física como psicológica.

ya que con estudios se comprobó que los pacientes oncológicos deben de sentirse seguros mas no oprimidos al momento de no conseguir los medicamentos de su tratamiento, de esta manera también se violenta el derecho a la vida digna.

Solca al ser un servidor externo del IESS realiza todos los procedimientos administrativos pertinentes, resaltando que que nunca se les prohibió la atención médica más bien al ser derivado al IESS busca alternativas para que su enfermedad no avance y mejorar su estilo de vida.

El derecho a la salud como parte fundamental como parte de este caso, no ha sido vulnerado como tal, más bien se brindó atención en todo momento por ambas instituciones, brindándoles citas médicas con citas médicas con especialistas.



Un testimonio dado por la Sra. Katia Ron de 34 años nos cuenta su dura situación que padeció, al recibir un trasplante renal. Hace 5 años ella se sometió a la cirugía, pero el órgano que ella recibe está en riesgo, dada la falta de medicamentos en el IESS.

Esta madre necesita una serie de inmunosupresores, son medicamentos que evitan que el cuerpo no rechace al riñón nuevo. Entre los fármacos requeridos están everolimus, tacrolimus, micofenolato.

Conseguir estas medicinas en el Hospital Carlos Andrade Marín de Quito (HCAM) se ha convertido en un verdadero problema, el tratamiento se interrumpió más de 10 veces en los últimos 4 años por falta de medicamentos; cuando los había, se agotaban casi de inmediato, ella ha estado sin medicación por hasta 30 días y su salud se deterioró hasta el punto de incapacitarla debido a las bajas existencias y al constante cambio de marca de los medicamentos.

Basándonos más sobre las enfermedades catastróficas que padecen personas adultas mayores, la Sra. Luz Divina Bravo Moreira, de 77 años de edad, tiene una discapacidad visual del 80%, padece de un carcinoma basocelular es un tipo de cáncer que le afecta el rostro, ella es afiliada al seguro social campesino del IESS.

Se le prescribe un tratamiento con Vismodegib, un tratamiento que no está en el CNMB y por ello no recibe el medicamento. Dada la acción de protección en contra del IESS, la accionante afirma. *“(...) que han transcurrido cinco meses sin que dicho medicamento le sea suministrado, resultando que el cáncer le sigue comiendo el rostro de la afectada y la situación en que se encuentra es desesperante (...)”*

En primera instancia, la Unidad Judicial Tercera de Violencia contra la Mujer o miembros del núcleo familiar de Portoviejo aceptó la acción de protección. En apelación, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial aceptó parcialmente el recurso de apelación, ordenó que el IESS suministre todos los medicamentos que requiera la paciente y que el medicamento ingrese al CNMB.

El Ecuador se ha caracterizado por una profunda desigualdad, por ello es altamente probable que existan personas que padecen enfermedades y que ni siquiera tienen diagnóstico, peores medicamentos y mucho menos la posibilidad de acceder a una acción jurisdiccional para exigirlos.

La sentencia de (Acción de Protección, 2022) con numero N° 679-18-JP/20 que tomamos en referencia tiene presente a todas las personas que padecen y sufren enfermedades que requieren tratamiento especializado, a quienes accedieron a garantías constitucionales y a quienes no han accedido a servicios de salud ni a medicamentos.

La Corte Constitucional tiene el deber de mirar la problemática desde la perspectiva de la Constitución y de los derechos, y garantizar, de la mejor manera posible y para todas las personas que lo necesiten, mediante la expedición de un precedente obligatorio, el derecho a la salud integral que incluya disponibilidad y el acceso a medicamentos de calidad, seguridad y eficacia.

El Ecuador recibió el 14 de agosto de 2017 una sentencia favorable de la Sala Provincial del Juzgado Penal de Cotopaxi, aceptando una acción de protección contra el Instituto de Seguridad Social del Ecuador (IESS) para proteger los derechos a la seguridad social, la salud y la vida de una enfermedad catastrófica.

El peticionario -afiliado al IESS desde 1993- afirmó que tenía 242 solicitudes de depósito para retiro por invalidez debido a su mala salud. El 1 de mayo de 2016, el IESS aceptó su solicitud luego de presentar un certificado que acreditará su enfermedad y entregó su tarjeta de retiro al ciudadano para que pudiera hacer uso de todos los servicios sociales y médicos y recibir una pensión de por vida.

Debido a aquello desafortunadamente, el 23 de noviembre de 2016, luego de una decisión tomada por la Comisión de Controversias y Bienestar de Tungurahua, el IESS desconoció la pensión de invalidez otorgada al asegurado en primera instancia.

Ante esta situación, el peticionario recurrió la acción administrativa ante la Cámara Nacional de Apelaciones del IESS de Pichincha, la cual está si aprobó la resolución dictada en la jurisdicción regional de Tungurahua, por lo que no solo canceló su derecho al retiro social por su invalidez, sino que exigió al ciudadano que devuelva al IESS las pensiones que percibía, el tratamiento oncológico que recibía en SOLCA y los medicamentos que le habían entregado

Con base en lo anterior, la Delegación Provincial de la Defensoría del Pueblo de Cotopaxi inició una acción de protección para proteger los derechos constitucionales del peticionario en materia de seguridad social, salud y vida. Dada primera instancia, el juez desestimó la acción de protección demostrando que el derecho a la jubilación por invalidez estaba pendiente y que no había vulneración del derecho.

En este caso, la Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH) interpuso un recurso de apelación, que fue aceptado. Entre ellos, se dispuso dejar sin efecto el alcance de la resolución de la Comisión de Intereses y Controversias del IESS Tungurahua y restituir los derechos vulnerados.

## **CONCLUSIONES**

De lo que se concluye la salud es un derecho fundamental en el cual se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales, basándonos al dualismo jurídico en el principio de Pacta sunt servanda; los cuales dichos derechos no vienen sólo, si no que desprenden otros derechos y como ciudadanos nos pertenecen y obligaciones del Estado.

La vulneración del derecho a la salud, desprende una violación de un sin número de derechos como el de una vida digna, derecho a la educación, etc. los cuales se encuentran plasmados en la declaración universal de los derechos humanos, como la norma encargada de garantizar los derechos de los ciudadanos de cada estado, por lo tanto, el estado ecuatoriano debe brindar a sus ciudadanos atención de salud de calidad, integral, y más si existen pacientes de atención prioritaria entre ellos se incluye a los pacientes con enfermedades catastróficas como lo son los pacientes del presente caso, sumando que uno de ellos es adulto mayor y está determinado en la constitución como doble vulneración de derechos.

Es indivisible no determinar a la vida digna y en este caso en particular a los derechos que tienen las personas y grupos de atención prioritaria y adultos mayores, ante

la inviolabilidad a recibir tratamiento y adquisición de medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

Dado los estudios que se realizaron adaptando las teorías al derecho emocional, llegamos a la conclusión de que a dichos pacientes que padecen de esta enfermedad catastrófica como lo es el cáncer les afecta tanto física como emocionalmente por ende el Estado es el encargado de velar los derechos personales y emocionales; se considera, que en el tema emocional los doctores deben de ser capacitados para atender a sus pacientes de manera empática.

Se enfatiza que, dentro del presente caso, el cáncer de ambos estaba afectando su diario vivir, ya que, al padecer una enfermedad catastrófica y el Señor Ruben Zambrano siendo adulto mayor, se vulnera doblemente, y al no recibir a tiempo los medicamentos prescritos por lo galenos, la efectividad del tratamiento no resultaría eficaz.

Es por medio de la sentencia de primera instancia el juez determina que la institución encargada de brindar el medicamento es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y excluye tanto al Ministerio de Salud Pública y a SOLCA ya que ellos son prestadores externos de dicha institución.

El suministro de los medicamentos, insumos, y tratamientos a los pacientes Patsi Elizabeth Pico Lopez y Ruben Dario Zambrano Zambrano, no ha sido todas las veces oportuno e integral, tras informes que determina la Defensoría del Pueblo, como entidad vigilante del cumplimiento de la sentencia de primera instancia.

## BIBLIOGRAFÍA

Acción de Protección, 0528-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 12 de Septiembre de 2015).

Accion de Proteccion, 09332202116100 (penal 12 de 03 de 2021).

Acción de Protección, 679-18-JP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 31 de Marzo de 2022).

Acción de Protección con Medida Cautelar, 13204-2020-01532 (Unidad Judicial de FMNA de Portoviejo 12 de Diciembre de 2020).

Carpizo, J. (23 de 7 de 2008). *LA SOBERANÍA DEL PUEBLO EN EL DERECHO*.

Constitución de la Republica del Ecuador. (2008). *De los Derechos, Garantías y Deberes*. Montecristi - Ecuador: Lexis - Finder.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Derecho*. Montecristi - Ecuador: Lexis - Finder.

Constitución de la Republica del Ecuador. (2015). *Derecho*. Montecristi - Ecuador : Lexis - Finder.

Constitución de la Republica del Ecuador. (2015). *Elementos Constitutivos del Estado*. Montecristi - Ecuador: Lexis - Finder.

Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. (2019). *Derecho a la salud*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

- Convenio Interamericano sobre la Protección de los Derechos. (10 de 9 de 2012).  
*Convenio Interamericano sobre la Protección de los Derechos.*
- Derecho a la Salud de Paciente con Cancer, T-381/16 (Corte Constitucional de Colombia 2016).
- Duran Ribera, W. R. (2002). La protección de los derechos fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional. *Scielo* .
- Duverger, M. (1982). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Eddison, M. (5 de 8 de 2021). *Teoria Emocianl en adultos mayores*.
- Figuroa, R. (10 de 9 de 2020). *Concepto de Derecho a la vida*.
- Franco, V. P. (5 de 5 de 2021). *Derecho de los adultos mayores a una vida digna y la intervención de trabajo*.
- Garcia, R. (18 de 11 de 2008). *Concepto de Derecho a la vida*. Obtenido de Concepto de Derecho a la vida.
- Godoy, U. (3 de 10 de 2016). *El Derecho a la vida y la Constitucion*.
- Guitierrez , A., & Tyner, K. (2012). Media Education, Media Lite racy and Digital Competence. 31-39. doi:10.3916/C38-2012-02-03
- Instituto Ecuatoriano de seguridad Social. (19 de 12 de 2018). Obtenido de [https://www.iess.gob.ec/noticias/-/asset\\_publisher/4DHq/content/acuerdo-entre-iess-y-solca-garantiza-atencion-a-pacientes-oncologicos/10174?redirect=https%3A%2F%2Fwww.iess.gob.ec%2Fnoticias%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_4DHq%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dno](https://www.iess.gob.ec/noticias/-/asset_publisher/4DHq/content/acuerdo-entre-iess-y-solca-garantiza-atencion-a-pacientes-oncologicos/10174?redirect=https%3A%2F%2Fwww.iess.gob.ec%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_4DHq%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dno)
- Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Mexico: Universitaria Mejia.



Naciones Unidas Derechos Humanos. (s.f.). *Historia de la Declaración* . Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration#:~:text=El%20primer%20proyecto%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20se%20propuso%20en%20septiembre,Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos%20Humanos>.

Paguari, A. S. (11 de 8 de 2016). *Derecho Internacional y Derecho interno*.

Parra Baltazar, I., Pinto Dongo, C., & Quispe Iporra, S. (2016). Ley de cobertura universal de enfermedades de alto costo. *Scielo*. Recuperado el 20 de Septiembre de 2022, de [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-46342016000200029](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342016000200029)

Reglamento para la Atención de Salud Integral y en Red de los Asegurados. (2011). Quito: Lexis Finder.

Romero, E. J., Zúñiga, X. L., Tapia Núñez, D. W., Arana Rodríguez, A. E., & García Vicuña, J. A. (2017). Atención a Grupos Prioritarios y Calidad de Vida, ¿Responsabilidad Social Atención a Grupos Prioritarios y Calidad de Vida, ¿Responsabilidad Social? *Publicando*, 16 - 26.

Salgado Pesantes, H. (2003). *Lecciones de Derecho Constitucional* (Vol. 1). Quito - Ecuador: Ediciones Abya-Yala.

Sartre, j. P. (15 de 11 de 2012). *Bosquejo de una Teoría de las emociones*.

Servicio de Salud Incluidos y no Incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, T-314-15 (Corte Constitucional de Colombia 2015).

Tomás Moro. (s.f.). *Tomas Moro Unidad Educativa*. Obtenido de Casos de Vulneración de Derechos en el Ecuador : <https://www.tomasmoro.ec/casos-de-vulneracion-de-derechos-en-el-ecuador/>

Winnicott, D. (24 de 9 de 2011). *El proceso de maduración en el niño*.

## ANEXOS

**VISTOS:** El accionado Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) interpone recurso de apelación de la sentencia emitida el día miércoles 24 de febrero del 2021, a las 12h54 por la Abogada Betsy Elizabeth Farías Macías en su calidad de Juez de la Unidad Judicial de FMNA de Portoviejo en la que resuelve declarar la procedencia de la acción ordinaria de protección planteada por Mg. ADRIAN HERNAN CEDEÑO CASQUETE, AB. SERGIO LUIS GUTIERREZ GOROZABEL, AB. ROXANA BRAVO MOREIRA, AB. RUBEN DARIO PAVON PEREZ en representación de los señores PATSI ELIZABETH PICO LOPEZ y RUBEN DARIO ZAMBRANO ZAMBRANO pacientes oncológicos CON DIAGNOSTICO DE la primera de ellos CANCER EN LA PIEL conocido como MELANOMA MALIGNO desde el 2011 y el segundo de ellos un adulto mayor con CANCER – MELANOMA MALIGNO EN LA PIEL generándosele un TUMOR MALIGNO en el muslo derecho de la pierna; y, por consiguiente se DECLARA la vulneración de los derechos constitucionales a la salud, seguridad social, a la atención especial de las personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria-Protección especial en salud, a la atención especial de las personas con enfermedad de alta complejidad a la integridad personal y derecho a la vida, establecidos en los artículos 32, 34, 35, 47 numeral 1, 50, y numeral 2 del artículo 66 de la Constitución, por parte de EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, representada legalmente por el DR. Carlos Luis Tamayo Delgado, en calidad de Director General del IESS, o quien ocupe dicho cargo actualmente, LA SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER- SOLCA Manabí Núcleo Portoviejo y Hospital Oncológico “Dr. Julio Villacreses Colmont”, (de ahora en adelante (SOLCA MANABÍ), a través de su representante legal, Dr. José Bosco Barberán Mera o quien ocupe dicha representación en los actuales momentos y El MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, en la persona del Ministro Juan Carlos Zevallos López, por ser los responsables principales de la atención integral y eficiente de los pacientes. Es así que una vez recibido en la Sala de Sorteos de la Corte Provincial de Manabí, mediante el respectivo sorteo constante a fs. 1 del cuaderno de esta instancia, se radicó la competencia de esta Acción de Protección en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial; y, de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia Manabí conformada por los Jueces Provinciales: Dra. Carmita Dolores García Saltos, Mcs (ponente), Dr. José Alberto Ayora Toledo; y, Dr. Mauro Alfredo Pinargoty Alonzo, Msc se procedió a avocar conocimiento, agotado el trámite previsto en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional, este Tribunal de Alzada para resolver realiza las siguientes consideraciones:

**PRIMERO: COMPETENCIA.-** El Art. 167 de la Constitución de la República respecto a la jurisdicción define que, “...La potestad de administrar justicia emana del pueblo, y se ejerce por los órganos de la Función Judicial, y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución...”, norma que guarda sindéresis con las disposiciones de los artículos 7, 150 y 151 del Código Orgánico de la Función Judicial. En cuanto a la competencia, de acuerdo al Art. 156 ibídem, significa la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados; así mismo, el Art. 157 del cuerpo legal antes citado, expone que “...La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley...”. Por su parte, el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, indica: “Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos...” y el Art. 24 ibídem, señala: “Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada. Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo...” en tal virtud, y de acuerdo al sorteo de Ley, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial; y, de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia Manabí conformada por los suscritos juzgadores, es competente para conocer y resolver en segunda instancia la acción Constitucional de Protección propuesta por el accionado.

**SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** El debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República, se concreta en respetar, observar y aplicar las garantías constitucionales básicas y legales, siguiendo el trámite propio de cada procedimiento (numeral 3 ibídem), que en el caso de la garantía constitucional de acción de protección se encuentra establecido en los Art. 4, 13, 14 y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no observándose que se hayan transgredido tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial; por lo que se declara su validez.-

**TERCERO: NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.**- En relación a la Acción de Protección, nos permitimos realizar el siguiente análisis, para determinar, el marco jurídico constitucional dentro del cual debemos de enmarcar nuestra decisión; y, la procedencia o caso contrario su improcedencia; para una vez analizado los antecedentes de hecho y las pruebas practicadas, proceder a fundamentar nuestra decisión.- Para aquello es necesario ubicarnos en el contexto constitucional que ampara tal petición, al respecto el artículo 88 de la Constitución de la República, manifiesta que: “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.”, disposición que guarda relación con el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (LOGJCC) en el que se indica: “Art. 39.- Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”.- Este texto constitucional, guarda perfecta armonía con nuestro actual modelo del Estado Ecuatoriano consagrado en el Art. 1 de nuestra Carta Magna, siendo un Estado Constitucional de derechos y justicia, que dejó de ser una mera declaración, para convertirse en un Estado que garantiza la protección y tutela de los derechos constitucionales, lo cual lo efectiviza a través de las garantías normativas, de políticas públicas y las jurisdiccionales que permiten evitar o cesar la vulneración de estos derechos o mitigar y reparar los daños, si ya se han producido. Entre las garantías jurisdiccionales, tenemos la acción de protección. Para Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, en su libro titulado “Apuntes de Derecho Procesal Constitucional” Tomo 2, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Noviembre del 2011, Quito Ecuador, página 103, la acción de protección es: “(...) tal vez la más importante, en función de su ámbito de protección(...) ya que sirve para lograr la tutela general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; no hay que olvidar que la acción de protección es o constituye- la cláusula general de competencia en materia de garantías, de tal manera que mediante ella se pueden garantizar todos los derechos, en particular aquellos que no tengan o no estén amparados por una vía procesal especial, y en tanto tal, se constituye en la herramienta básica para la garantía de los derechos de las personas, colectivos y de la naturaleza en Ecuador, ya que es el instrumento básico e inmediato con que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano para tutelar eficazmente los derechos.”.- En relación a la procedibilidad de la acción de protección tenemos que el Art. 40 de la LOGJCC nos señala: “Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.” Y el Art. 41 de la LOGJCC, aplicado para el caso particular nos indica en la parte pertinente: “Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.(...) 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.” Para el análisis de este último numeral, cabe hacer referencia de lo que piensan los tratadistas antes referidos, en el libro mencionado, (ut supra) página 110: “Por último, en armonía con el mandato constitucional de búsqueda de la igualdad material o de resultados y la prohibición de cualquier forma de discriminación establecida en los artículos 11, numeral 2 y 66, numeral 4 de la Constitución, la acción de protección procede cuando se haya producido un acto discriminatorio contra una persona bien sea por acción u omisión de cualquier persona o entidad pública o privada. Esta norma es obvia, pero no por ello menos necesaria, toda vez que desarrolla a un nivel procesal concreto el derecho a la igualdad y no discriminación que, como se sabe, es el principio transversal más importante de toda la Constitución.- En ese sentido, el enunciado normativo constituye una precisión y una especificación normativa del carácter tendencialmente universal que tiene la acción de protección, de esa forma procede y puede impetrarse contra cualquier forma de desconocimiento o violación del principio de igualdad en cualquiera de sus facetas. Como se deduce de su lectura, al aprobar el numeral 5 del artículo 41 de la LOGJCC, el legislador secundario quiso dejar fuera de toda duda y dotar de los más altos niveles de garantía la lucha contra la discriminación en cualquiera de sus formas, pues la igualdad es fundamento básico de todo Estado constitucional que merezca tal nombre.”.- Y finalmente, en el Art. 42, se hace una enumeración taxativa de los casos en los que la acción de protección es improcedente: “Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En

estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.”.-

**CUARTO: ANTECEDENTES DEL CASO.-** Los accionantes Mg. ADRIAN HERNAN CEDEÑO CASQUETE, AB. SERGIO LUIS GUTIERREZ GOROZABEL, AB. ROXANA BRAVO MOREIRA, AB. RUBEN DARIO PAVON PEREZ interponiendo de oficio ACCIÓN DE PROTECCIÓN CON MEDIDA CAUTELAR a favor de los señores PATSI ELIZABETH PICO LOPEZ y RUBEN DARIO ZAMBRANO ZAMBRANO, en los siguientes términos: “...Descripción de la acción u omisión del prestador de servicio público que viola los derechos constitucionales.- Su Autoridad Judicial, la Defensoría del Pueblo en su calidad de Institución. Nacional de Derechos Humanos, ha conocido las quejas de las personas afectadas, cuyos casos individualizamos a continuación: 1.- Caso de la señora Patsi Elizabeth Pico López: La Sra. Patsi Pico es afiliada activa del Seguro Social, a quien en el año 2011 le fue diagnosticado CANCER A LA PIEL, conocido como MELANOMA MELIGNO; que se ha multiplicado a metástasis en la pierna derecha. En el año 2019 fue derivada al Hospital de SOLCA —Manabí (prestador externo), en donde ha venido recibiendo tratamiento, más resulta que en razón de la progresión de su enfermedad catastrófica, su médico tratante, el Doctor Gary Guillem, ONCÓLOGO CLINICO, le prescribió el medicamento PEMBROLIZUMAB, el cual no consta en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos y por ende en stock en sus farmacias, por ello, en fecha 14/10/2020, por medio de FORMULARIO DE REFERENCIA, DERIVACIÓN CONTRAREFERENCIA Y REFERENCIA INVERSA, fue contra derivada al Hospital del IEES - Portoviejo, a fin de que allí se le suministre dicho medicamento. Al presentar los documentos de derivación en el Hospital General del IEES; le atendió la Doctora Mariuxi Mendoza, Oncóloga; quien le informó que en el Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IEES, NO cuentan con el medicamento, por lo que únicamente con una disposición judicial lo adquirirían y suministrarían. 2.- Caso del señor Rubén Darío Zambrano Zambrano: El señor Rubén Zambrano es una persona adulta mayor, de 70 años de edad, pensionista del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IEES, quien padece de CANCER —MELANOMA MALIGNO A LA PIEL; generándosele un TUMOR MALIGNO en el muslo derecho de la pierna. Fue derivado al Hospital de SOLCA —Manabi (prestador externo), en donde ha venido recibiendo tratamiento, más resulta que en razón de la progresión de su enfermedad catastrófica, su médico tratante, Doctora Yohana Gilces Ureta, ONCÓLOGO CLINICA, le prescribió el medicamento PEMBROLIZUMAB, el cual no consta en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos y por ende en stock en sus farmacias, por ello, en fecha 24/09/2020, fue contra derivado al Hospital del IEES Portoviejo, a fin de que allí se le suministre dicho medicamento. En la consulta que tuvo con la Doctora Mariuxi Mendoza, ésta le supo informar que en farmacia del Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IEES, el medicamento si existe en stock, pero que no se lo podían aplicar sin una orden judicial. Actualmente ante la falta de la referida medicación, en el Hospital de SOLCA se salud se ha venido desmejorando paulatinamente\_ le está suministrando el medicamento TEMOZOLAMIDA (lleva dos ciclos), sin embargo su salud se ha venido desmejorando paulatinamente...” Considerando que se les han vulnerado los derechos constitucionales a la protección especial de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria, derecho a la salud, derecho al acceso a medicamentos de calidad, seguro y eficaz, derecho a una vida digna.

**QUINTO: AUDIENCIA PÚBLICA.-** Una vez calificada la demanda, la jueza constitucional de primera instancia convocó a la audiencia pública de conformidad con lo dispuesto en el Art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la misma que se llevó a efecto el día MARTES 29 DE DICIEMBRE DEL 2020, a las 11h30 contando con la presencia de los accionantes PATSI ELIZABETH PICO LOPEZ y RUBEN DARIO ZAMBRANO ZAMBRANO quienes se encontraron acompañados de su defensor técnico abogado Ab. Sergio Luis Gutierrez Gorozabel; Ab. Idalina Mera Vera en representación a Solca, Ab. Lorena Mendoza Fernández en representación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Ab. Carlos Vélez Cedeño en representación del Ministerio de Salud Pública, no compareció ningún representante de la Procuraduría General Del Estado.

**5.1.-** Escuchados a los sujetos procesales en igualdad de condiciones los accionantes por medio de su defensa indicaron: “En el presente caso de acción de protección con medida cautelar a favor de los ciudadanos Patsi y Rubén Darío Zambrano, las personas afectadas tienen una enfermedad catastrófica, ellos padecen de cáncer a la piel conocido como melanoma maligno, en el caso de la señora Patsi Pico fue derivada en el año 2019 al hospital de SOLCA Manabí donde recibe el tratamiento, pero por la progresión de su enfermedad el Dr. Gary Guillen le prescribió el medicamento PEMBROLIZUMAB el cual no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos, por ello el 14/10/2020 por medio de formulario fue transferida al IEES, en donde en ese momento no contaban con el medicamento, el señor Rubén Darío Zambrano también fue derivado a SOLCA siendo afiliado del IEES, la oncóloga le indicaba que no contaban con el mismo medicamentos, en el caso de don Rubén la falta del medicamento ha implicado que su calidad de vida se vea mermada; de acuerdo a lo prescrito por los médicos ellos necesitan de este medicamento, frente a las quejas presentadas por los ciudadanos, solicitamos información a las instituciones demandadas, en el caso de la señora Patsi Pico su médico tratante indica que el medicamento es un fármaco de categoría A, y en el caso del sr. Rubén Zambrano su médico tratante indico que el medicamento su eficacia son claves para el paciente, está probado que este medicamento es de calidad y es seguro según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de hace poco tiempo, quien también indica que el obligado a suministrar este medicamento es el Estado; tenemos en este caso que SOLCA no cumplió con el trámite administrativo

correspondiente de acuerdo a lo que establece el Acuerdo Ministerial, lo que realizó SOLCA fue contra derivar a los pacientes al Hospital del IESS, el IESS tampoco cumplió con darles el medicamento en un tiempo proporcional, frente a la medida cautelar que usted acepto el hospital el día de hoy a la Sra. Patsi Pico la primera dosis del medicamento, no al sr. Rubén Zambrano, existen omisiones de parte de SOLCA y del IESS, violando derechos constitucionales como la atención prioritaria, la salud y el derecho a medicamentos de calidad, y el derecho a la vida digna, ellos deben recibir una atención prioritaria en todos los casos; solicitamos que en sentencia se declare la vulneración de los derechos constitucionales como la atención prioritaria, derecho a la salud, derecho a la vida digna por la falta del suministro del medicamento PEMBROLIZUMAB, disponga su autoridad de manera inmediata que sea el IESS por medio del Hospital general que proceda a la adquisición del medicamento PEMBROLIZUMAB a favor de los afectados conforme a lo que prescrito por los médicos tratantes de SOLCA debiendo el M.S.P. en caso de que se necesite la autorización respectiva, conceder la autorización inmediata de ser el caso, en caso de nuevos medicamentos estos le sean proporcionados de manera oportuna, siempre que sean de calidad y eficacia.

**5.2.-** La entidad accionada Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el derecho a la réplica dice: “comparezco ofreciendo poder y ratificación de gestiones a nombre del actual Director Provincial del IESS, solicitando el termino de 3 días para legitimar mi intervención, hemos sido notificados con esta acción, dentro de la cual usted mediante auto acepto la medida cautelar disponiendo al IESS que proporcione el medicamento de manera inmediata, ya que se le informo a la Defensoría del Pueblo que si existe el medicamento en la farmacia, dejo constancia que el IESS ha dado cumplimiento a la medida cautelar, en cuanto a la acción manifiesto que la parte accionante indica que la omisión viene de parte de SOLCA, nosotros derivamos a los pacientes, este es un acto médico, en donde los pacientes recibirán el tratamiento integral, contamos con el medicamento pero la prescripción de este medicamento no lo hace el Hospital, quien lo hizo fue los médicos de SOLCA, son ellos que deben realizar el procedimiento, mas no el IESS, por lo que no incurrimos en ninguna omisión, cabe señalar que el IESS reconoce que los pacientes tienen el derecho a la salud, pero esta establecidos procedimientos para la obtención de medicamentos, por ello en esta audiencia se debe indicar que prestador de salud va a adquirir el medicamento, SOLCA es el prestador externo y tiene que cumplir con el procedimiento porque el médico que prescribe el medicamento que no está dentro del cuadro nacional de medicamentos básicos es de SOLCA. Nosotros contamos con el medicamento, y hasta que SOLCA realice el procedimiento, puede el IESS suministrar el medicamento a los pacientes, pero quien tiene que cumplir este procedimiento es SOLCA, más no el IESS, una vez que usted tenga la certeza de como pronunciarse respecto a esta causa, solicito que se resuelva en beneficio de los intereses de los pacientes.

La entidad accionada Sociedad de Lucha contra el cáncer, en la réplica dice: “Comparezco a esta audiencia ofreciendo poder y ratificación de gestión del Dr. Santiago Guevara García' Presidente del SOLCA Manabí núcleo de Portoviejo, solicitando 3 días para legitimar mi intervención; efectivamente los pacientes han sido derivados del IESS, para que nuestros médicos oncólogos le prescriban el medicamento que dentro de la liga de tratamiento les corresponde por la enfermedad que Cien SOLCA los ha atendido como consta en la historia clínica y que esta adjunta al cuaderno procesal, SOLCA no ha dejado de atender a los pacientes, se les presta la atención medica integral que requieren ellos, rechazo enérgicamente la acotación de la Abogada, quien dice que sea SOLCA el que adquiera el medicamento, no se nos está permitido a nosotros como SOLCA, prestadores externos del IESS realizar la adquisición de este medicamento; por lo que debió el IESS realizar el trámite pertinente, pedirnos la información, pero ellos no han hecho nada desde enero que se los contra refiere, por lo que en aras de los derechos de la institución a la que pertenezco rechazo la omisión que supuestamente realizamos. Solicito usted se aseguren los derechos de mi representado de acuerdo a 1 Art. 76 y 82 de la Constitución.”

**5.3.-** La entidad accionada del MINISTERIO DE SALUD PUBLICA, en la réplica indica “comparezco dentro de esta acción solicito se me dé el termino de 10 días para legitimar mi intervención entro de esta diligencia, ya que ofrezco poder o ratificación de gestiones a nombre del Ministro de Salud Pública Dr. Juan López Ceballos. El M.S.P. al estar el Estado ser considerado un estado de derechos y justicia, debemos apegarnos a las normativas, por lo que el M.S.P. ha emitido el Acuerdo Ministerial No.158, en la que publica la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro nacional de medicamentos básicos, el cual incorporo a este proceso, estarnos prestos a conceder la autorización para la adquisición del medicamento, en ese sentido se debe dar cumplimiento este Acuerdo Ministerial. Una vez que su autoridad emita su sentencia solicito que al momento que se dé la autorización se pueda excluir al MSP porque en ningún momento se ha vulnerado ningún derecho constitucional.”

**SEXTO.- ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.-** Conforme a las normas que regulan la garantía jurisdiccional de ACCIÓN DE PROTECCIÓN antes indicadas, para que opere la misma deben reunirse tres exigencias, estas son las que indica la norma, exista de un acto u omisión, que existe la violación de un derecho constitucional, es decir que este identificado en la Constitución y que no exista otra vía eficaz idónea, tutelar de derecho reclamado. Sobre la verificación de estos requisitos, y, para un mejor resolver, es preciso citar la Sentencia No 001-16-P.JO-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador, de fecha Quito, D. M., 22 de marzo de 2016, en la cual este máximo Órgano de Justicia Constitucional emite la Jurisprudencia vinculante, con carácter erga omnes: “I. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la

vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido”, debiendo este Juzgador Plural, en uso de sus facultades de juzgador constitucional, proceder al análisis y verificación de los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los presupuestos de procedencia o de improcedencia determinados en los artículos 41 y 42 respectivamente del mencionado cuerpo legal, para determinar la procedencia o no del recurso de apelación y de la acción de protección, debiendo analizar los derechos constitucionales presuntamente vulnerados.

En este orden de ideas, debemos indicar que conforme al Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, “el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos”, definición constante en el texto constitucional que coloca los derechos constitucionales como centro del acuerdo jurídico político de la sociedad y al Estado como garante de los mismos en favor de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos e incluso la naturaleza. Derechos que son exigibles, de aplicabilidad directa, bajo los principios de igualdad y no discriminación, no restricción de derechos, pro ser humano, integralidad y progresividad. Además debemos decir que muchos de los derechos constitucionales tienen relación entre sí, de manera que la vulneración de un derecho necesariamente implica la vulneración de otro de los derechos que guardan correspondencia, por lo que para analizar el presente caso, se lo realizará de forma integral en varios de los derechos que la accionante afirma le han sido vulnerados.

Por lo que es preciso traer los hechos fácticos descritos en la demanda, en donde hacen conocer los accionantes PATSI ELIZABETH PICO LOPEZ y RUBEN DARIO ZAMBRANO ZAMBRANO, que han sido diagnosticados con cáncer conocido como MELANOMA MALIGNO A LA PIEL, por los que al ser pensionistas el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ( en adelante IESS) los derivó al hospital de SOLCA – MANABÍ como prestador externo en donde el Oncólogo Clínico les prescribió el medicamento PEMBROLIZUMAB el cual no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos y por ende en el stock de su farmacia siendo contra derivados al hospital del IESS de Portoviejo, en donde se les ha informado que únicamente con una orden judicial se los podrá adquirir y suministrar, indicando la accionante Patsi Pico que a ella le han indicado que no cuentan con el medicamento mientras que a Rubén Zambrano quien es un adulto mayor de 70 años le dicen que el medicamento si existe pero que no se lo podían aplicar sin una orden judicial.

En el presente caso, los accionantes solicitan que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pueda adquirir y suministra el medicamento PEMBROLIZUMAB, ya que su salud se ha venido desmejorando, por lo que el amparo constitucional resulta procedente en aquellos eventos en que existiendo otros mecanismos ordinarios de protección, estos se tornan ineficaces y carecen de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable, o cuando recae sobre un sujeto de especial protección como el que nos ocupa en el cual la tutela procede de manera definitiva, ya que los accionantes padecen enfermedades catastróficas, degenerativas y de alto costo, como el cáncer, y se pretenda la protección del derecho fundamental a la salud.

Respecto de esa última calidad, la Corte Constitucional ha indicado que la categoría de sujeto de especial protección constitucional está conformada por “aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular, merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad efectiva “Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que en este grupo de atención prioritaria conforme al Art. 35 de la Constitución de la República se encuentran “ 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 ...” De tal manera que resultaría desproporcionado exigirle a este tipo de personas (en una situación de vulnerabilidad) el “agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, que por su dispendioso y lento trasegar judicial, no surgen como el medio más adecuado e idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales”

Así que “exigir idénticas cargas procesales tanto a las personas que soportan diferencias materiales relevantes [como a las que] no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al acceso a la administración de justicia en igualdad de condicione” por lo que el juez constitucional puede conceder el reconocimiento del derecho a la salud.

Del material probatorio se puede concluir que los accionantes pertenece a un grupo de especial protección constitucional quien se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como enfermedad catastrófica (Cáncer); y, debido a la edad de uno de los accionantes (70 años de edad) adulto mayor, quienes son afiliados al Seguro Social, los mismos que fueron derivados a SOLCA, que en este caso es un agente externo siendo el responsable el IESS.

Debiendo entenderse que 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.

El derecho a la seguridad social está reconocido en varios instrumentos de derechos humanos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por sus Estados Parte. Por lo que el PIDESC ha desarrollado el derecho a la seguridad social en su Observación general N: 19 y estableció que tiene cuatro elementos: disponibilidad, riesgos e imprevistos sociales, nivel suficiente y accesibilidad. Uno de los derechos que se encuentran contenidos en la seguridad social, es garantizar el derecho a la salud de las personas afiliadas. Del artículo 11 (1) de la Constitución se derivan tres obligaciones generales para cada uno de los derechos reconocidos en el sistema jurídico ecuatoriano, incluido el derecho al acceso a medicamentos: ejercer, promover y exigir. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes. Para que un derecho se pueda ejercer, el Estado debe respetar. El deber de respetar obliga al Estado a abstenerse de tomar acciones que afecten el ejercicio de derechos.

(...) La Constitución de la República del Ecuador y el ordenamiento jurídico ecuatoriano dan especial importancia a la salud, pues es reconocida como un derecho constitucional (Art. 32) y a la vez, como uno de los deberes primordiales del Estado (art. 3.1) que debe ser garantizado a través políticas, programas y servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud (artículo 358), y que debe regirse por los principios de calidad, eficiencia, eficacia y precaución.

El derecho a la salud está además reconocido en numerosos instrumentos de derecho internacional que son vinculantes para el Ecuador: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.iv.e); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 y 12. 1); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24.1); la Convención sobre la Protección de los trabajadores migratorios y sus Familiares (artículo 28); el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 25).

La salud es un derecho humano indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. De este modo, el derecho a la salud implica no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral.

La Corte Interamericana ha precisado que la obligación general respecto del derecho a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud garantizando una prestación médica eficaz y de calidad, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

Asimismo, este derecho debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias, así como un derecho inclusivo que abarca la atención en salud apropiada y oportuna de todas las personas para alcanzar el más alto nivel de salud (...), tal como lo recoge la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia Nro: 328-19-EP/20

Por lo que en el presente caso cobra relevancia respecto a las personas con enfermedades catastróficas a quienes la Constitución expresamente reconoce como grupo de atención prioritaria y les otorga, entre otros, el derecho a "La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida" (artículo 47.1 )

En sentencia de la Corte Constitucional N°. 679-18-JP/20 y acumulados Derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces1 Quito, D.M., 05 de agosto de 2020 siendo el Juez ponente: Dr. Ramiro Avila Santamaría, la misma que es de carácter vinculante por lo que debe ser aplicada por todo Juzgador que en sus partes más relevante indica (...) 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. 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. 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. El Estado será 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 (...)

En el caso del derecho al acceso de medicamentos, ha indicado la Corte Constitucional que “ El deber de promover exige que el Estado debe establecer la normativa que sea necesaria para la realización del derecho y formular políticas públicas para el acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. La normativa para promover derechos se desarrolla en el artículo 84 de la Constitución que impone a todo órgano con potestad normativa“ la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas de los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. ”De igual modo se promueve el derecho a través de políticas públicas, que deben incluir el financiamiento, las compras públicas, la regulación del mercado hasta las políticas ambientales y de salud. El derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. El acceso a un medicamento de calidad, seguro y eficaz debería mejorar las capacidades y potencialidades para que la vida de la persona con enfermedad sea lo más plena posible. El medicamento ofrecido debería permitir, mantener o incrementar la autonomía del paciente, su dignidad, su voluntad y capacidad para desarrollar su personalidad, el control de los síntomas relacionados con la enfermedad, las redes de apoyo, la solidaridad, la realización personal, los sentimientos de felicidad y de satisfacción. Las capacidades y potencialidades para la vida implican también, por ser parte sustancial de la misma, la consideración de una muerte natural digna, sin dolor ni padecimiento “

De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas, como así lo dispuso la Sentencia T-607 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia con respecto de las personas que padecen cáncer: “(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua; y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.

Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios “que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente “Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado “de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.

En este sentido, la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el médico tratante determina que el paciente requiere, “sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”

Por ello, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la Corte ha sido clara en afirmar que la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada.

En este sentido, ha sostenido en varias oportunidades que la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, “puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”

Es decir, que de la oportuna prestación del servicio depende la calidad de vida de los pacientes y que, por esta razón, cuando la prestación del servicio de salud no es eficaz, ágil y oportuna, se afectan sus derechos fundamentales, situación que empeora cuando se trata de personas con enfermedades catastrófica.

Así mismo, la Sentencia T-881 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia recordó la jurisprudencia en torno al tema de las dilaciones y demoras en la práctica de tratamientos médicos, y señaló que “no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos” que los mismos médicos del



I. E.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”

Por ello, para este Tribunal es claro que el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico es también un requisito para garantizar de forma eficaz y en condiciones de igualdad los derechos a la salud y a la vida de los pacientes.

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia ha concluido que el derecho a la salud también puede resultar vulnerado cuando, debido a la demora para la prestación de un servicio o el suministro de un medicamento, se produzcan condiciones que sean intolerables para una persona. Sobre el particular, la Sentencia T-062 de 2017 dispuso lo siguiente:

“(…) el derecho en cuestión puede resultar vulnerado cuando la entidad prestadora del servicio se niega a acceder a aquellas prestaciones asistenciales que, si bien no tienen la capacidad de mejorar la condición de salud de la persona, logran hacer que la misma sea más manejable y digna, buscando disminuir las consecuencias de su enfermedad”

Es decir, para que se ampare este derecho no se requiere que el paciente esté en una situación que amenace su vida de forma grave, sino que el mismo se encuentre enfrentado a condiciones indignas de existencia, como puede ser tener que soportar intensos dolores, en casos de pacientes que se encuentran en estadios avanzados de su enfermedad.

Siendo las autoridades del sector salud, de orden nacional y territorial, quienes tienen la obligación de ejercer mayor vigilancia y control, con el fin de que se garantice la atención integral oportuna del cáncer.

Atención Integral Oportuna que debe incluir el suministro de todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentre o no el medicamento en el cuadro nacional de medicamentos básicos.

En esos casos el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social “deberá establecer un fondo solidario específico destinado a atender enfermedades catastróficas y de alta complejidad “como se explica en el párrafo 288 de la sentencia emitida por la Corte Constitucional N°. 679-18-JP/20 y acumulados Derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

Sobre los argumentos empleados por la demandada, esta Sala considera necesario reiterar que los responsables de garantizar a los afiliados la prestación de los servicios de salud, ya sea de forma directa o indirecta, es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, al tratarse de personas no afiliadas el Ministerio de Salud Pública, siendo responsabilidad absoluta de las autoridades de Salud quienes representan al Estado.

Todo lo anterior permite a esta Sala inferir que el suministro de los medicamentos, insumos, y tratamientos a los pacientes PATSI ELIZABETH PICO LOPEZ y RUBEN DARIO ZAMBRANO ZAMBRANO, no ha sido todas las veces oportuno e integral. Por el contrario, la demora en la prestación ha demandado de los pacientes y de los familiares de quien reciben apoyo, la realización de múltiples trámites administrativos para insistir en la autorización de los medicamentos, aún más que el accionante RUBEN DARIO ZAMBRANO ZAMBRANO, es un adulto mayor de 70 años por lo que se encuentra en condición de doble vulnerabilidad, siendo los accionantes merecedores de especial protección constitucional, en razón del deterioro de su salud debido al cáncer que padecen, no se les ha brindado la atención urgente y oportuna por parte de las autoridades de salud que requería.

Debiendo indicar que el hecho de la falta de medicamentos ha sido superado, conforme a la jurisprudencia constitucional, por lo que debe concederse la acción de protección solicitada.

**SEPTIMO: RESOLUCIÓN.-** Por los argumentos, motivaciones y presupuestos indicados, esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, por UNANIMIDAD “**ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**”, **resuelve: desechar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social** confirmando la sentencia venida en grado con la presente motivación. Conforme lo dispone el Art. 142 del Código Orgánico de la Función Judicial, se dispone que se remita el proceso al inferior para que ejecute la presente decisión. Cúmplase con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador; y, Art. 25 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Notifíquese y Cúmplase.-

