

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN EL CANTÓN LOJA

No. proceso: 11333201902651
No. de Ingreso: 1
Acción/Infracción: ACCIÓN DE PROTECCIÓN
Actor(es)/Ofendido(s): REYES RODRIGUEZ MAXIMO AUGUSTO

Demandado(s)/Procesado(s): MINISTERIO DE SALUD PUBLICA
REPRESENTADO POR CATALINA
ANDRAMUBO

PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

ING. RICARDO BUENO DIRECTOR DEL IESS
LOJA

INSTITUTO ECUSTORIANO DE SEGURIDAD
SOCIAL REPRESENTADO POR ING DAVID
RUALES MOSQUERA

PROCEL GONZALEZ MANUEL JOSE

DR. DANIEL GONZALEZ PEREZ DIRECTOR
DEL HOSPITAL MANUEL IGNACIO

Fecha Actuaciones judiciales

25/11/2019 SENTENCIA

13:51

Loja, lunes 25 de noviembre del 2019, las 13h51, Tribunal conformado por: Dr. George Hernán Salinas Jaramillo (Ponente), Dr. Pablo Santiago Narvárez Cano y Dr. Adriano Loján Zumba. VISTOS: Desde fs. 114 a 119 del cuaderno de primera instancia comparece el Dr. Renato Aguirre Valdivieso, manifestando en lo principal de su acción de protección, que acorde a las facultades dispuestas en los artículos 215 numeral 1 de la Constitución y en el Art. 9 literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional interpone a favor del señor Máximo Augusto Reyes Rodríguez,

afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) la presente acción de protección de acuerdo a los artículos 86, 87, y 88 de la Constitución de la República del Ecuador así como los artículos 10, 39 y 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de conformidad con los hechos que a continuación señala; que el señor Máximo Augusto Reyes Rodríguez de 76 años de edad con discapacidad física del 75% ha sido atendido en el Hospital del IESS y Solca recibiendo tratamiento hormonal como quirúrgico, pero su patología avanza, su diagnóstico de cáncer de próstata metastásico, estado IV, por lo que ha recibido Bicalutamida con normalización del PSA (antígeno prostático específico) flutamida, Bicalutamida, Leuprolide, y que ha sido sometido a radioterapia y quimioterapia; que su patología prostática ha hecho metástasis ósea, confirmada con la gammagrafía; que el 15 de noviembre 2018 su médica tratante de Solca, Dra. Fanny Poma Capa mediante reporte médico, señala que “se observa múltiples focos hipercaptantes, localizados a nivel de arcos anteriores de 3ra y 7ma costilla izquierda y 7ma costilla derecha, arco posterior de 2da y 8va costilla derecha en D3, D5, D6, D9, D8 y D12. Además de nivel de rodillas, cuboides derecho y primera articulación metatarso falángica derecha. De la comparación de estudios realizados en febrero del 2018, se evidencia nuevas lesiones y aumento del tamaño de intensidad de las lesiones vertebrales y se evidencia la presencia de nuevas lesiones. Con fecha 06 de junio del 2019 se realizó el formulario de evaluación para solicitar la autorización para la adquisición del medicamento ACETATO DE ABIRATERONA, mismo que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos CNMB, del certificado médico emitido con fecha 29 de julio del 2019 la médica oncóloga clínica del IESS Loja, Dra. Silvia Pineda Hoyos, consta que el señor Reyes Rodríguez Máximo con diagnóstico de tumor maligno de próstata (CIE 10 C61) estadio IV, por metástasis óseas; progresando a varias líneas de tratamiento: radioterapia, bloqueo androgénico completo (leuprolide, flutamida, bicalutamida) Enzalutamida, Docetaxel +prednisona, al momento está a la espera de respuesta a la presentación del anexo 1 para Abiraterona en tratamiento paliativo con Ácido Zoledrónico”; que se presenta el problema en que el medicamento ABIRATERONA, no puede ser utilizado por no constar en el cuadro nacional de medicamentos básicos (CNMB) definido por el Ministerio de Salud Pública, señala que mediante oficio IESS-HG-MYM-DA-2019-O del 25 de julio del 2019 el Mgs. Daniel Alexander Gonzalez Pérez, Director Administrativo del HGMIM-Loja, remite al Mgs. Manuel José Procel G., Coordinador Zonal 7 del Ministerio de Salud Pública, a quien solicita la autorización correspondiente para la

adquisición del medicamento (ABIRATERONA SOLIDO ORAL 250 MG) que se encuentra fuera del cuadro básico en razón del estado de salud del paciente Máximo Reyes Rodríguez; que en el oficio Nro. MSP-CZ7-S-2019-0810-O del 30 de julio del 2019, el Mgs. Manuel José Procel González, contesta el requerimiento del Director Administrativo del HGMYM- Loja, mismo que en su parte pertinente señala, "... que conforme lo establece en la Normativa legal antes señalada el establecimiento de salud de la red Pública Integral de Salud RPIS que deriva al paciente a la Red privada Complementaria es quien debe validar la pertinencia de la información presentada por el prestador de salud y luego de efectuada la validación y aprobación correspondiente, remitir a través de la máxima autoridad de salud de cada institución de la RPIS a la Subsecretaria Nacional de Gobernanza de la salud Pública o a instancia que haga sus veces"; que con memorando Nro. IEES-HG-MYM-DA-2019-4528-M del 01 de agosto del 2019, el director administrativo del HGMYM Loja, solicita al Coordinador Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Loja, la validación para la compra de medicamentos fuera del cuadro básico, sin que hasta la fecha el señor Reyes Rodríguez tenga una respuesta favorable para que su médica tratante suministre el tratamiento correspondiente y necesario; que el derecho vulnerado por la omisión del Ministerio de Salud Pública es del derecho a la salud, el derecho a acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, el derecho de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria y el derecho a la seguridad social, los cuales se encuentran garantizados por instrumentos internacionales y la Constitución Ecuatoriana; que la persona cuyo derecho se está violando pertenece a grupo de atención prioritaria debido a que sufre enfermedad catastrófica, y padece discapacidad física del 75%, que se viola su derecho como persona de atención prioritaria, cuya atención preferente, oportuna y especializada él no recibe, no recibe el medicamento necesario para un tratamiento eficaz, por lo que cada día que pasa sin poder tratarse adecuadamente su salud y vida digna empeora y se pone en riesgo inclusive perderla; que la documentación conocida como anexo 1, fue remitida al MSP con fecha 25 de julio del 2019, y que al demorar la adquisición de los medicamentos solicitados dentro del tratamiento su estado es más crítico, siendo el trámite tan engorroso para autorizar la adquisición de medicamentos el causante de su estado lamentable, toda vez de que el medicamento "acetato de abirarterona" no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos CNMB vigente 0158-A-2017, y que de esta manera el Ministerio de Salud Pública afecta a los derechos constitucionales inherentes a la salud y su vida digna; que la omisión y demora del trámite del Ministerio de Salud Pública ha obligado

al señor Máximo Augusto Reyes Rodríguez, hacer conocer a esta dependencia encargada de velar por los derechos de las personas debiendo señalar que en el caso es afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). Con estos antecedentes, deduce acción constitucional de protección de derechos constitucionales en contra del Ministerio de Salud Pública representado legalmente por la Médica Catalina Andramuño, así como de su representante legal en la provincia de Loja Mgs. Manuel José Procel González, Coordinador Zonal 7 de Salud; del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) a través del Ing. David Ruales Mosquera, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, así como de su representante legal en la provincia de Loja Ing. Ricardo Bueno, Director del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en Loja IESS, a fin de que en sentencia declarando vulnerados el derecho a la salud, el derecho a acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, el derecho de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria y el derecho a la seguridad social, se ordene que el MSP en forma inmediata autorice, la adquisición del medicamento ABIRATERONA para el accionante Máximo Augusto Reyes Rodríguez y que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social suministre dicho medicamento a la persona afectada, por el tiempo que se determine necesario; que se disponga el pago de los valores cancelados por la familia para la adquisición del medicamento. Además solicita como medidas cautelares que se realice de manera oportuna la indemnización correspondiente al periodo en el cual la familia ha realizado el pago del tratamiento, previamente mencionado, en el cual el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ha obviado su suministro. Solicita se notifique a la Procuraduría General del Estado a través de la Delegada en Loja, Ana Cristina Vivanco Eguiguren; y, que adicionalmente se cuente con el Dr. Daniel González Pérez, Director del Hospital Manuel Ygnacio Monteros. Declara bajo juramento que no ha presentado otra acción de la misma naturaleza, ni con el mismo objeto o materia.- Aceptada a trámite, se ha procedido a notificar a los accionados, así como los funcionarios llamados a intervenir. Se realiza la audiencia correspondiente, y agotado el trámite de ley, el Dr. Franco Rómulo Carrión Paz, Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Loja, acepta parcialmente la acción de protección y dispone que “el Ministerio de Salud Pública autorice de forma inmediata la adquisición del medicamento ACETATO DE ABIRATERONA para que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) Loja, adquiera y suministre al señor Máximo Augusto Reyes Rodríguez, en la cantidad y bajo las condiciones que el personal médico, y médico tratante establezca, por el tiempo que se requiera, y en la dosis y frecuencia que se considere necesario”.- De dicha sentencia

interpone recurso de apelación la entidad demandada, esto es el Ministerio de Salud Pública, Mgs. Manuel José Procel González, Coordinador Zonal-7 SALUD Ministerio de Salud, señalando, en lo esencial, que la salud es un derecho fundamental; que las personas jurídicas no son titulares de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, debido a que los mismos constituyen una “derivación directa del principio de la dignidad humana”; que las obligaciones del Estado para con el ciudadano no solo surgen de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, sino en general de las manifestaciones de voluntad de la comunidad internacional con respecto del reconocimiento de sus derechos humanos y su dignidad humana, principios que además de regir el orden público internacional, son pilares fundamentales de la constitucionalidad ecuatoriana; que la dignidad humana se puede presentar de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa, por su vínculo con las condiciones materiales de existencia y por su condición de garante de la integridad física y moral de las personas; que el derecho de salud implica que se le asegure a las personas tanto individual como colectivamente las condiciones necesarias para lograr y mantener el más alto nivel posible de salud física y mental; que entre los principios vinculantes al derecho a la salud se encuentran la disponibilidad, la aceptabilidad, la calidad, la continuidad y el principio pro omine fundamentado en la dignidad humana; que el Juez constitucional no es el competente para pronunciarse sobre la idoneidad de un medicamento; sin embargo de hacer una extensa exposición y dilatado enfoque de los derechos fundamentales en los que se encuentra el derecho a la salud en juego, termina solicitando se revoque en todas sus partes la sentencia impugnada, dado que la adquisición de medicamentos no se ha fundamentado en aspectos jurídicos, sino en aspectos evidentemente científicos, cuya dilucidación corresponde única y exclusivamente a los profesionales. El accionante no ha hecho uso de impugnación alguna, por lo que se estima que está de acuerdo con la sentencia. Siendo el caso el de resolver la impugnación presentada, para hacerlo se considera: PRIMERO: Jurisdicción y competencia. La Sala es competente para conocer el recurso de conformidad con lo que determina el antepenúltimo inciso segundo del numeral 3 del Art. 86 de la Constitución de la República, en relación con los Arts. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 76. 7. m) de la citada Carta Magna. SEGUNDO: Validez procesal. En el trámite del proceso constitucional no se observan omisiones de solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión que se adopte, tomando en cuenta además que por su

naturaleza el trámite constitucional es sencillo, rápido, eficaz y sin formalidades conforme lo establece el Art. 86 de la Constitución de la República. TERCERO: El objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, conforme lo señala el Cuerpo normativo Constitucional en su Art. 88, así: “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” (El énfasis es nuestro). CUARTO: El Art. 1 de la Constitución menciona que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, de ahí que concede a todos los ciudadanos instrumentos procesales destinados a la protección y garantía de los derechos constitucionales y humanos. El constitucionalista Juan Zarini Helio, en su obra “El Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 521, señala: “...las Constituciones ponen al alcance de los afectados, las vías y medios efectivos, rápidos y eficaces, a fin de que los órganos jurisdiccionales deparen tutela oportuna, que haga realidad el ejercicio de los derechos constitucionales”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 8, señala: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; en relación, El Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, expone: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Según prescribe el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección se podrá presentar cuando ocurran 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 conforme lo señala el Art. 42.4 “Cuando el acto administrativo pueda

ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz” (Lo resaltado y subrayado es de la Sala), Del análisis de la normativa citada, se advierte lo siguiente: 1. Que la acción de protección procede contra la violación de derechos constitucionales, si tenemos en cuenta su fin proteccionista y reparatorio; 2. Que la restricción a que se refieren los Arts. 40.3 y 42.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, encuentran sustento y razón de ser en virtud de que la acción que nos ocupa, es una garantía concebida para tutelar los derechos constitucionales y no para el control de legalidad, el cual corresponde hacerlo, por las vías ordinarias judiciales o administrativas, y ante los jueces ordinarios; 3. Que esta regla desaparece cuando existiendo vías ordinarias, se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz, o cuando subyace una violación constitucional manifiesta que debe ser tutelada de manera inmediata y directa, por imperio de la propia Constitución de la República, según su Art. 11.3 y 426, lo cual ocurre, de manera general, cuando el problema planteado no requiera de una ardua labor analítica, o cuando la violación del derecho constitucional es patente, manifiesto, grave y palmariamente antijurídico. En ese sentido se ha pronunciado Emilio Pfeffer Urquiaga, al sostener que el objetivo propio y restringido de este recurso es: “reaccionar contra una situación de hecho, evidentemente anormal, que lesiona alguna garantía constitucional, puesto que con él se procura mantener el statu quo vigente, impidiendo que las partes se hagan justicia por sí mismas, a través de conductas de facto que alteren el orden jurídico establecido...”(La Acción Constitucional de Protección y su Regulación, Situación Actual y Prospectiva, Estudios Constitucionales, vol. 2, núm. 1, 2004, pp. 159-174, Centro de Estudios Constitucionales de Chile); y, 4. Que el análisis del Juez Constitucional no puede restringirse a la simple determinación de si las consecuencias derivadas de una acción u omisión de autoridad pública no judicial encuentran solución en las vías ordinarias judiciales o administrativas, sino analizar también si el caso comporta o no, un problema de constitucionalidad. QUINTO: Ante el problema suscitado, corresponde al Tribunal de la Sala determinar si se han vulnerado o no los derechos constitucionales del accionante, y para el efecto se puntualiza lo siguiente: 5.1. El problema central radica en establecer si la parte demandada ha vulnerado el derecho a la salud, el derecho a acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, el derecho de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria y el derecho a la seguridad social, a decir del accionante, por la falta de adquisición y suministro del medicamento ABIRATERONA para el accionante Máximo Augusto Reyes Rodríguez, quien ha sido diagnosticado de cáncer, con un tumor maligno de la próstata; 5.1.1. Se ha

justificado que el señor Máximo Augusto Reyes Rodríguez , de 77 años de edad (a esta fecha), tiene una discapacidad física del 75% conforme se desprende del carné de persona discapacitada que obra de fs. 4, padece de cáncer de próstata metastásico, y que, a fs. 5, según lo certifica la Dra. Silvia Pineda Hoyos, Médica Oncológica de la Clínica Hospital del IESS de Loja, el 29 de julio de 2019, CERTIFICA: “Que el SR. REYES RODRÍGUEZ MÁXIMO,... con diagnóstico de Tumor Maligno de próstata (CIE 10 C61), estadio IV, por metástasis óseas; progresado a varias líneas de tratamiento: radioterapia, bloqueo androgénico completo (leuprolide, flutamida, bicalutamida), Enzalutamida, Docetaxel +prednisona, al momento está en espera de respuesta a la presentación del Anexo 1 para Abiraterona, en tratamiento paliativo con Ácido Zoledrónico”, siendo su patología avanza. De ello se advierte que se trata de una persona en condición de doble vulnerabilidad, por su edad, por su discapacidad y por el cáncer que padece, por lo que, según mandato constitucional debe recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, mereciendo especial protección por dicha condición y sufrimientos; lo dicho se refiere al contexto del Art. 35 de la Constitución de la República que se relaciona directamente con lo previsto en el Art. 50 ibídem, que textualmente, señala: “Derecho a la atención especializada y gratuita.- El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente”. 5.1.2. La discusión central radica en el hecho de que el Ministerio de Salud, no ha dado respuesta oportuna e inmediata al pedido de comprar la medicina prescrita por la especialista oncóloga, silencio que sin duda constituye una evidente vulneración al derecho a la salud del accionante, y como consecuencia de ello se ha vulnerado también el derecho de acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, el derecho de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria y el derecho a la seguridad social; 5.2. El derecho a la salud es inherente a la dignidad de la persona, de modo que la sociedad ecuatoriana ha consagrado en la Constitución de la República una nueva forma de convivencia ciudadana en todas sus dimensiones para alcanzar el buen vivir. En este marco, los Arts. 32, 363.7, 366 y 66 de dicha Carta Magna, señalan, en su orden lo siguiente: “Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre el derecho de agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente,

oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional” (El énfasis es nuestro); “Art. 363.7.- El Estado será responsable de: 7. Garantizar la disponibilidad y el 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”; “Art. 366.- El financiamiento público EN SALUD SERÁ OPORTUNO, regular y suficiente, deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Los recursos públicos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud. El Estado financiará a las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas sin fines de lucro y privadas sin fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos. Estas instituciones estarán sujetas a control y regulación del Estado”; y, “Art. 66. “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 2.- EL DERECHO A UNA VIDA DIGNA, QUE ASEGURE 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. 3.- El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual (...)”. La normativa constitucional tiende a que la salud sea de carácter pública y universal, a fin de que toda las personas accedan a ella con la finalidad de que “tengan un completo bienestar físico, mental y social”, como lo define la Organización Mundial de la Salud. Para conseguir este cometido, el sistema de salud debe involucrar entonces actividades de prevención, promoción y protección que impliquen un enfoque integral en donde se incluyen los entornos físico y social y los demás factores relacionados con la existencia humana. “Bajo un enfoque similar, la Corte Constitucional ha entendido el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en su estabilidad orgánica y funcional. De allí que este derecho implique una acción de conservación y otra de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo” (El Derecho a la Salud, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales Defensoría del

Pueblo de Colombia-, Pág. 38). Entonces, para propender a conseguir y mantener “la normalidad orgánica-funcional, tanto física como mental” implica el visible y protagónico rol del Estado, también de la sociedad y del propio individuo; e ineludiblemente como parte del Estado están los operadores de justicia, concretamente las juezas y jueces constitucionales para velar, garantizar y proteger que este derecho fundamental de la persona humana sea respetado. Por lo dicho resulta errónea y hasta ingenua la apreciación que hace el Ministerio de Salud apelante, en el sentido de que “al Juez constitucional no es el competente para pronunciarse sobre la idoneidad de un medicamento”; debiendo en este sentido aclarar que el Juez constitucional, obviamente, no es que diagnostica, examina, evalúa y prescribe tal o cual medicamento para el paciente. El Juez no se arroga atribuciones que no las tiene en otros campos del saber, no invade áreas de conocimiento inherentes a otras profesiones, sino que como en el presente caso, ante un paciente con cáncer prostático invasivo que, según prescripción médica, necesita para su tratamiento “acetato de abirateroma” y que no consta en el CNMB - CUADRO NACIONAL DE MEDICAMENTOS BÁSICOS-, y no obstante de haberse corroborado en autos que se está en espera de la respuesta del Ministerio de Salud para la obtención del mencionado producto; es obvio que, en forma sencilla, rápida y eficaz, debe mediar la intervención de la justicia constitucional, en procura de que la “atención prioritaria, especializada y gratuita” -sobre todo, en pacientes en condición de doble vulnerabilidad, como en el presente caso- sea una realidad objetiva, oportuna, eficiente, y de aplicación inmediata; caso contrario el mandato constitucional, no dejaría de ser una expectativa lírica y quimérica, propia de sociedades sin solidaridad y comprometimiento. La justicia constitucional debe intervenir habida cuenta que según la resolución del Comité Técnico de Farmacia y Terapéutica del Hospital General del IESS “Manuel Ygnacio Monteros”, en la parte relevante, resuelve que: “1. Que se solicite al Ministerio de Salud Pública, la aprobación de la compra del medicamento ABIRATERONA SOLIDO ORAL 250MG para el tratamiento de cáncer de próstata metastásico resistente a la castración para el paciente Máximo Reyes Rodríguez. Eficacia: La dosis recomendada de ABIRATERONA SOLIDO ORAL 250MG es de 4 tabletas de 250 mg como dosis única diaria que debe tomarse en ayunas.... (...) En consecuencia.... se concluye que el medicamento abirateroma constituye un aporte terapéutico en situaciones clínicas concretas en pacientes con cáncer de próstata tetastático (sic) resistentes a castración. 2. En el caso de ser positiva la respuesta por parte del Ministerio de Salud Pública el médico prescriptor será el responsable del uso adecuado del medicamento para

la patología aprobada por el ente rector MSP...” Cada quien en su área. Corresponde a los galenos pronunciarse sobre aspectos médicos y científicos, y obviamente, al Juez constitucional pronunciarse sobre aspectos jurídicos para adoptar su decisión que en derecho corresponda, lo que en la especie así ha ocurrido. Sintetizando, el juez debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los pacientes en sus diversas necesidades y dolencias, más aún, de aquellos que atraviesan situaciones especiales y de doble vulnerabilidad como en el caso sub iudice; complementando lo dicho se anota lo siguiente: “Queda claro, ... que la Corte ha definido y desarrollado de manera diáfana el papel preponderante y activista que asume el juzgador que conoce de garantías jurisdiccionales, en aras de una real protección de los derechos constitucionales de los usuarios del sistema de justicia a través de sus resoluciones; esto, como consecuencia del sistema constitucional instituido a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, en el que a la par de un reconocimiento amplio de un catálogo de derechos, se establece que éstos constituyen el núcleo central del Estado, así pues, nuestro país se define como un Estado constitucional de derechos; y en función de aquello, la Norma Suprema consagra varias garantías jurisdiccionales, cuyo objetivo radica en la reivindicación y tutela efectiva de tales derechos” (Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 364-16-SEP-CC. Caso No. 1470-14EP); 5.3. Sobre este derecho connatural a la vida, e immanente a la dignidad humana, en la obra sobre “El Derecho a la Salud, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales de la Defensoría del Pueblo de Colombia, ya citada, se señala, que: “La Corte Constitucional ha ofrecido tres criterios para entender el derecho a la salud como derecho fundamental: en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales (2.1.1.1), debido a su importancia frente a sujetos de especial protección constitucional (2.1.1.2), y como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo (derecho prestacional fundamental) (2.1.1.3). 2.1.1.1. El derecho a la salud como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales La jurisprudencia constitucional considera que los derechos fundamentales por conexidad “son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la

desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”. A partir de este criterio, una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional precisó en los siguientes términos los alcances del derecho a la salud: “El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela”. De todo lo anotado, con facilidad, y sin el mayor análisis se puede advertir la real existencia de la vulneración a derechos constitucionales, más concretamente el derecho a la salud y sus implicaciones, como se señalará más adelante. SEXTO: En referencia al derecho constitucional vulnerado, el Tribunal de la Sala anota lo siguiente: 6.1. El derecho a la salud constituye un derecho de contenido dinámico y diverso, que no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, como política pública, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud. “De igual forma, el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. Por tanto, resulta necesario que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud. En este punto es importante indicar que la Constitución de la República a la par que reconoce el derecho a la salud, establece también el sistema nacional de salud, el cual tiene por finalidad, el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e

integral, tanto individual como colectiva, reconociendo la diversidad social y cultural. Este sistema se guía por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 364-16-SEP-CC, caso No. 1470-14EP); 6.2. La Constitución de la República en su articulado sobre el tema, en su orden, señala: “Art. 359.- El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social; “Art. 360.- El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad”; “Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios”; 6.3. Se lo anotado, se colige que “el Estado es responsable de formular la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura; fortalecer los servicios estatales de salud; incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud; brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como, garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos” (Sentencia No. 364-16-SEP ya citada); 6.4. El derecho a la salud no solamente se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna

como un derecho de aplicabilidad directa y de cláusula abierta; sino es parte de las normas *ius cogen* que integran el bloque de constitucionalidad; es decir, de ciertas normas y principios supranacionales que se constituyen en parámetros del control de constitucionalidad así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema. Dentro de estos instrumentos internacionales, se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el artículo 25, numeral 1 señala: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Sobre el derecho a la salud, el Art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, contempla que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", en el Art. 10 señala: “Derecho a la salud: 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y, f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 12.1, expresa: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...). La Ley Orgánica de Salud, en el artículo 3, determina: Art. 3.- La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y

no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables”. Dicha Ley, en el artículo 9 literal f, prevé: “Art. 9.- Corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de las personas, para lo cual tiene, entre otras, las siguientes responsabilidades: (...) f) Garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad a bajo costo,...”. En conclusión, la falta de autorización por parte de la entidad demandada para la adquisición de “Abiraterona” que no consta en el cuadro nacional de medicamentos básicos (CNMB) para suministrarle al paciente Máximo Antonio Reyes Rodríguez en la dosis prescrita por su médica tratante Dra. Fanny Poma Capa y prevista por los miembros del Comité de Farmacia y Terapéutica del Hospital General del IESS “Manuel Ygnacio Monteros” no solamente constituye en sí misma una violación consumada de su derecho a la salud; sino que se ocasiona una daño irreparable en una persona con cáncer de la próstata metastásico, lo que implica un peligro real e inminente de complicar más aún el derecho de la salud que motiva la presente acción constitucional, y como secuela de ello la vulneración también al derecho de acceder a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, así como al derecho de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria en recibir atención oportuna, preferente y especializada; situación que con la demora en la adquisición y suministro de dicho fármaco se agrava enormemente en desmedro del accionante Máximo Augusto Reyes Rodríguez. Concluyentemente, habiéndose justificado la vulneración de los derechos constitucionales preindicados del legitimado activo, corresponde al órgano constitucional tutelar dichos derechos, y ordenar que el Ministerio de Salud Pública autorice de forma urgente la adquisición del medicamento ACETATO DE ABIRATERONA para que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) Loja, adquiera y suministre al señor Máximo Augusto Reyes Rodríguez, en la cantidad y bajo las condiciones que el personal médico tratante establezca y por el tiempo que se requiera, y en la dosis y frecuencia que se prescriba. SÉPTIMO: 7.1. Este Tribunal hace hincapié que en la especie se ha justificado la (i) violación de un derecho constitucional (ii) por la acción u omisión de autoridad pública, así como la (iii) inexistencia de un mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger los derechos vulnerados; por lo que las normas que se enuncian para la procedencia de esta acción son las contenidas en los Arts. 40 y 41.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,

normas que tienen la debida pertinencia para su aplicación; y además, en el caso sub iudice, la vía constitucional es la adecuada y eficaz para tutelar los derechos constitucionales vulnerados del accionante, de acuerdo al análisis y motivación efectuados en esta sentencia. Además, para concluir, es de señalar que, el análisis del Juez Constitucional, no puede restringirse a la simple determinación de si el asunto puesto a su conocimiento encuentran solución en las vías ordinarias judiciales o administrativas, sino que, ventajosamente, tiene la facultad independiente y sin interferencias de analizar también si el caso reporta o no un problema de constitucionalidad, como ha ocurrido en el caso en análisis. Y para cuya finalidad el Juez dispone del principio “Iura novit curia”, en virtud del cual podrá, incluso, aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional; toda vez que en materia de garantías jurisdiccionales el procedimiento no es formalista, es sencillo, rápido y eficaz. Y bajo esta premisa, este Tribunal conmina a la institución demandada para que en lo venidero corrija esta actitud desidiosa e indolente, y en su lugar adopte y coordine acciones óptimas y urgentes, para que los pacientes que padezcan enfermedades complicadas y difíciles, según sus necesidades, obtengan respuestas de calidad y calidez, en forma oportuna y eficiente, que tiendan humanamente a mitigar, aliviar o recuperar su salud. Y, OCTAVO: DECISIÓN: Por lo expuesto en los considerandos que anteceden, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Provincia de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechazando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirma la sentencia venida en grado, pero por las consideraciones expuestas por este Tribunal. Envíese copia de este fallo a la Secretaría de la Corte Constitucional para los fines de ley consiguientes.- Notifíquese y cúmplase.-