

ACCIÓN DE PROTECCIÓN

SEÑOR/A JUEZ CONSTITUCIONAL DEL CANTÓN QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

Dr. Roberto Veloz Navas, Coordinador General Defensorial Zonal 9 (e), y Abg. Andrés Solórzano Ortiz, ambos servidores de la Defensoría del Pueblo, con domicilio en la ciudad de Quito, ante usted muy respetuosamente comparecemos y decimos:

En uso de la facultad que confiere a la Defensoría del Pueblo el numeral 1 del artículo 215 de la Constitución de la República del Ecuador, así como lo dispuesto por los artículos 9, literal b; 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, interponemos la siguiente acción de protección.

Conforme dispone el numeral 2 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, le corresponde a usted, señor/a Juez Constitucional del cantón Quito, el conocimiento de la presente acción de protección.

PRIMERO.- NOMBRES Y MÁS GENERALES DE LEY DE LOS ACCIONANTES.

El accionante responden a los nombres de Juan Manuel Pástor Herdoiza, ciudadano ecuatoriano, de 61 años de edad, portador de la cédula de ciudadanía No. 1705610903, domiciliado en la calle Bosmediano No 782 y Pedro Carbo, Bellavista.

SEGUNDO.- ENTIDAD U ÓRGANO CONTRA QUIEN SE PROPONE ESTA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La presente acción de protección se interpone en contra del señor/a Director/a General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante *IESS*) y en contra del señor/a Gerente General del Hospital Carlos Andrade Marín (en adelante *HCAM*).

Finalmente, en base a lo señalado en los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se servirá contar en la presente causa con el señor Procurador General del Estado.

TERCERO.- FUNDAMENTOS DE HECHO - DESCRIPCIÓN DEL ACTO U OMISIÓN VIOLATORIO Y RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

3.1. Antecedente

- a) En marzo de 2019, debido a la presencia de un tumor en el área submaxilar izquierda, el señor Juan Manuel acudió al IESS. En esta casa de salud le ordenaron una biopsia que fue practicada en un sitio particular, pues el IESS apenas tenía disponibilidad para un mes después. Los resultados de la biopsia arrojaron que se trataba de un tumor maligno, probablemente un melanoma.

A partir de estos resultados se le proporcionó al accionante una cita para dos meses después en la unidad de oncología del HCAM.

- b) El tipo de cáncer que adolece el accionante es un cáncer sumamente agresivo, por lo que tuvo que tratarse con un médico oncólogo del Hospital Metropolitano, donde dispusieron una cirugía para el 17 de septiembre de 2019. A través de la intervención quirúrgica, el Comité de Tumores del Hospital Metropolitano confirmó la existencia de un melanoma metastásico agresivo con su tumor primario en el conducto nasal izquierdo.

El Comité además recomendó como tratamiento la inmunoterapia, consistente en la aplicación del medicamento PEMBROLIZUMAB DE INTENCIÓN PALIATIVA (nombre comercial KEYTRUDA) y no la cirugía de la nariz, pues en una cirugía en la nariz, además de ser peligrosa, no tenía mayor efectividad, pues el cáncer ya se había expandido. Tanto la quimioterapia como la radioterapia no son eficaces para el tratamiento de estos casos, en cuanto el beneficio del tratamiento con

PEMBROLIZUMAB es que detiene el tumor e incluso tiene posibles efectos de regresión tumoral.

- c) Después de la cirugía el accionante programó una cita en el IESS para el mes de octubre de 2019. En esta fecha fue atendido por la Dra. Oderay Larrea, quien estuvo de acuerdo con los resultados obtenidos después de la cirugía practicada por el Hospital Metropolitano. A pesar de que coincidía con el diagnóstico médico, para prescribir PEMBROLIZUMAB, la doctora debía cumplir con exámenes complementarios.

Entre los exámenes complementarios está el PET SCAN, cuya finalidad es determinar la existencia o no de metástasis. La conclusión del examen señaló que no existía actividad metabólica que sugiriese metástasis, pero este resultado respondió al poco tiempo que había transcurrido después la cirugía y no a la realidad del paciente.

La consecuencia de este resultado implicó que la Dra. Larrea, de acuerdo a los protocolos, no pueda prescribir PEMBROLIZUMAB, pues éste está solo destinado a personas que presentan metástasis.

Este proceder es absurdo, pues en el caso específico ya se tenía certeza de que se trataba de una metástasis, desde el inicio, y que el resultado del examen en realidad no reflejaba la situación del señor accionante porque había sido practicado con muy poco tiempo después de la haber realizado la cirugía. En otras palabras, el señor Pástor tenía que esperar que reapareciera el cáncer, como se tenía certeza que sucedería, para que recién en ese momento pueda acceder a la medicina, en lugar de proporcionársela inmediatamente y evitar que éste se riegue o aparezca nuevamente.

- e) Lamentablemente, en diciembre de 2019 aparecieron unos puntos sospechosos en el tórax y en la región intervenida quirúrgicamente reapareció el tumor que había sido previamente intervenido. El 30 de diciembre de 2019, acude el señor accionante nuevamente al HCAM y la doctora ahora sí concluye que se trata de una

recurrencia irreseccable del tumor y que no es necesaria la operación de la nariz (cosa que ya se sabía en octubre). La doctora ingresa el caso al Comité de Tumores del HCAM donde se aprobó el tratamiento con PEMBROLIZUMAB a mediados del mes de enero de 2020.

- d) A partir de este diagnóstico, el señor accionante pensó que ya le proporcionaría inmediatamente la medicación, pues los médicos particulares le advertían que no puede esperar ni un día, pero la médica le informó que el trámite durará aproximadamente de 6 a 8 meses.
- e) Debido a las graves advertencias de los médicos particulares, el señor accionante junto a su familia decidieron adquirir la medicina, para lo cual él y sus familiares han tenido que despojarse de sus bienes.

El tratamiento debe administrarse en una dosis de 200mg cada tres semanas por 9 meses en su fase inicial. Si inicialmente no existe un resultado favorable, puede el tratamiento extenderse hasta otros 9 meses.

Cada aplicación de este medicamento tiene un precio USD 8.000, es decir, en su fase inicial, el tratamiento costaría aproximadamente 96.000. El accionante y su familia han cubierto 3 aplicaciones hasta el día 03 de marzo de 2020, pero su economía no puede seguir asumiendo estos gastos.

- f) Pese a la urgencia del medicamento, el HCAM hasta la presente fecha no lo ha proporcionado, ni ha avanzado con los trámites para adquirirlo para el señor accionante. Por otra parte, la suspensión del tratamiento del señor Pástor implica la eventual existencia de un efecto rebote que afectaría su salud aún más

CUARTO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO – DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN TRANSGREDIDOS O AMENAZADOS

4.1. Fundamento de derecho constitucional y marco legal

a) Derecho a la salud.-

El derecho a la salud se congrega en varios instrumentos y declaraciones internacionales, así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25 numeral 1, establece:

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 [...].

Así mismo, en el artículo 12 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoce “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*”

En ampliación de lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 14, en relación a la aplicación del artículo 12 del PIDESC, en el numeral 1 menciona:

1. La salud es un derecho humano fundamental e 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. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

Así también, ya en el ámbito nacional, la Constitución de la República instituye como deber del Estado garantizar a sus habitantes el derecho humano a la salud, constituyendo este un derecho que no solo debe ser reconocido sino, sobre todo, promovido por el Estado. Al tener la salud un carácter prestacional, el Estado debe cumplir con una serie de obligaciones positivas y otras de abstención; las obligaciones positivas o de hacer, se orientan a garantizar por parte del Estado que las entidades públicas y privadas o particulares presten de forma adecuada la asistencia médica sin ningún tipo de discriminación; en tanto que las negativas comportan la obligación de abstenerse, en ciertas circunstancias, de implementar acciones que vayan en detrimento o menoscabo de los beneficios o logros alcanzados en la materia.

En este sentido el artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce que:

Art. 32.- [...] *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, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.*** (el énfasis nos pertenece)

Esta obligación estatal es concordante a la definición propuesta en la Ley Orgánica de Salud, que señala:

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.* (el énfasis nos pertenece)

Una vez constituido el marco básico introductorio del derecho a la salud, la Carta Magna en el Título VII referente al Régimen del Buen Vivir, en el artículo 358 dispone que “*el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral [...]*”, en otras palabras, establece que a través de este sistema se garantice, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, conforme se dispone en el artículo 360 de la precitada norma.

Sobre lo anterior es imprescindible resaltar lo dispuesto en el artículo 363 numeral 7 de la Constitución, que señala:

Art. 363.- El Estado será responsable de: 7. *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.*** (el énfasis nos pertenece)

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia No. 074-16-SIS-CC, dentro de la causa signada con el No. 0010-14-IS, señaló que es obligación del Estado el garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, señalando además que el derecho a los medicamentos constituye un derecho humano.

Mediante sentencia No. 364-16-SEP-CC, dentro de la Acción Extraordinaria de Protección signada con el No. 1470-14-EP, la Corte Constitucional del Ecuador nuevamente sobre el derecho a la salud, ha señalado, que:

*[...] el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, 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. (el énfasis nos pertenece)

De la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional Colombiana, en un caso análogo al propuesto, tuteló el derecho a la atención médica integral de las personas con enfermedades catastróficas, al señalar que ello implica el suministrarles todos aquellos medicamentos que sean necesarios para lograr la recuperación del paciente o brindarle una mejor calidad de vida, aunque ello signifique prescribirle o suministrarle medicamentos que no consten en Listado de Medicamentos del Programa Obligatorio de Salud; textualmente se señala:

A quienes padecen enfermedades catastróficas, como el cáncer, se les debe garantizar siempre un tratamiento integral. [...] En todo caso, cuando los trámites son excesivos e injustificados, no solo pueden implicar que se extienda el tiempo de sufrimiento por las dolencias del paciente, sino también un detrimento en su salud e incluso su muerte, por ende, constituyen una violación al derecho fundamental a la salud, a la vida e incluso a la dignidad humana.

Además de la no oposición de barreras administrativas para prestar el servicio de salud, el tratamiento integral implica obedecer las indicaciones del médico tratante. Este profesional es el idóneo para “promover, proteger o recuperar la salud del paciente”, pues, “cuenta con los criterios médico-científicos y conoce ampliamente su estado de salud, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad.”¹

¹Sentencia T-081/16. Corte Constitucional Colombiana. Web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-081-16.htm>

De lo expuesto se puede apreciar que es responsabilidad del Estado ecuatoriano garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, que permitan entre otras cosas, el disfrute máximo del derecho a la salud, entendido este como un derecho humano fundamental para la consecución de otros derechos y fines primordiales como el buen vivir. Del caso que nos compete, los pacientes con melanoma son personas que necesitan un tratamiento médico integral de su enfermedad, por ser potencialmente degenerativa y tendiente a la muerte de las personas que la padecen.

Con lo referido, queda reforzada la necesidad de que el suministro de medicamentos de calidad y eficacia, sólo puede estar condicionado a cuestiones estrictamente médicas, determinadas así, por el médico tratante y no por cuestiones meramente administrativas o de presupuestos.

b) Derecho a una vida digna e integridad personal.-

El derecho a la vida digna se encuentra estrechamente vinculado con el ejercicio del derecho a la salud; en tal virtud, cualquier afectación injustificada al derecho a la salud afecta también el ejercicio del derecho a la vida digna.

Estos derechos están previstos en el artículo 66 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador, respectivamente.

En el ámbito internacional, el derecho a la vida ha sido reconocido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; así como, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos y declaraciones internacionales.

En la jurisprudencia colombiana² el derecho a la vida digna no implica solo existir, sino que el individuo además de existir pueda desplegarse libremente físicamente y mentalmente,

3. Sentencia T-444/99. Corte Constitucional Colombiana. Web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-444-99.htm>

por lo que no solo los actos u omisiones que atentan contra la vida vulneran este derecho sino aquellos que limitan o incomodan la existencia, podría ser considerado como un acto en contra del derecho a la vida digna imponer condiciones no argumentadas e injustificadas que sometan a la persona a no poder disfrutar de un estado de normalidad o mejoría.

En cuanto al derecho a la integridad personal, los seres humanos que adolecen de una enfermedad catastrófica o de alta complejidad, como se ha señalado previamente, el riesgo en el detrimento de su integridad física llegando incluso a la pérdida de su vida, es inminente, por lo que la protección de estos derechos debe tener el carácter de preferente.

Así por ejemplo, en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, de fecha 01 de septiembre de 2015, ha manifestado:

171. En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1³ de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación [...]

c) Derechos a la atención prioritaria.-

La Constitución en el artículo 35 dispone que “*las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de*

³Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.-

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado [...]”(el énfasis nos pertenece)

En el artículo 50 de la norma enunciada, señala que “*el Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.*” (el énfasis nos pertenece)

En el presente caso, el accionante pertenece a un grupo de atención prioritaria, pues es una persona que adolece de una enfermedad catastrófica por padecer de melanoma. En este sentido el estado ecuatoriano debe brindarle especial protección que garantice de manera oportuna y preferente el tratamiento médico integral que necesita, siendo de suma importancia que el medicamento que se suministre, observe los principios de gratuidad, calidad, seguridad y eficacia.

4.2. Derechos fundamentales vulnerados

Señor/a Juez Constitucional, los derechos constitucionales vulnerados son el derecho a la salud, el derecho a la integridad personal y los derechos de atención prioritaria.

QUINTO.-ELEMENTOS PROBATORIOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, me permito enunciar las pruebas que demuestran la existencia de la acción que produce violación a los derechos *ut supra*. De forma que todos los antecedentes indicados se prueban con los siguientes documentos anexados en originales y copias certificadas:

1. Sobre el señor Gregory Paúl Mena Moreno:

- a) Copia simple de la historia clínica del accionante que reposa en el HCAM. Solicito se remita atento oficio al HCAM, a fin de que remita a su autoridad copias certificadas de la historia clínica perteneciente al señor accionante.
- b) Certificados médicos emitidos por el Dr. Hernán Lupera, que prueba el diagnóstico, condición actual y tratamiento del señor accionante.
- c) Testimonio del Dr. Hernan Lupera, médico Oncólogo del Hospital Metropolitano, quien rendirá testimonio sobre el cuadro médico actual del accionante, la medicina prescrita, la eficacia del tratamiento hasta el presente momento y las consecuencias de su interrupción.
- d) Testimonio del Dr. Cristian García, médico cirujano del Hospital Metropolitano, quien rendirá testimonio sobre la operación, el tipo de tumor que se extrajo y las recomendaciones que emitió después de la cirugía.
- e) Testimonio de la Dra. Larrea, médica Oncóloga del HCAM, quien rendirá testimonio sobre el cuadro médico actual del accionante, la medicina prescrita, la eficacia del tratamiento hasta el presente momento y las consecuencias de su interrupción. La médica también testificará sobre la disponibilidad actual del medicamento en el HCAM.
- f) Tres facturas

SEXTO.- IDENTIFICACIÓN CLARA DE LA PRETENSIÓN

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicito:

1. Se declare la violación de los derechos *ut supra*.
2. Se ordene al HCAM la provisión permanente del medicamento PEMBROLIZUMAB al señor Pástor por el tiempo que dure su tratamiento, de acuerdo a las indicaciones de los médicos tratantes de la casa de salud.
3. Se ordene la devolución de los valores gastados por el accionante para la adquisición del medicamento PEMBROLIZUMAB, a los que incurrió a fin de

salvar su vida por la falta de provisión del medicamento por parte del HCAM. Para tal efecto, se adjuntan las facturas correspondientes.

4. Se ordene a la accionada extienda al accionante las debidas disculpas públicas como garantía de reparación.

5. Se establezcan garantías de no repetición.

6. Las demás medidas de reparación integral por el daño material e inmaterial que su autoridad considere adecuados para que los accionantes gocen y disfruten de sus derechos de la forma como lo hacían antes de la vulneración.

SÉPTIMO.- DECLARACIÓN DE QUE NO SE HA PLANTEADO OTRA GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Conocedores de las penas de perjurio y de la gravedad de las mismas, declaramos bajo juramento ante su autoridad que no hemos presentado ninguna otra acción de protección por la misma materia, objeto y causa.

OCTAVO.- AUTORIZACIONES Y NOTIFICACIONES

Parte accionante

De conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el accionante autoriza al Dr. Roberto Veloz Navas, Coordinador General Defensorial Zonal 9 de la Defensoría del Pueblo, y al Abg. Andrés Solórzano Ortiz, a fin de que en forma individual o conjunta suscriban cuanto escrito sea necesario, asistan a la audiencia pública y realicen las gestiones necesarias en la presente acción de protección, en defensa de sus derechos constitucionales.

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos en el casillero judicial No. 5676 del Palacio de Justicia de Quito, perteneciente a la Defensoría del Pueblo de Ecuador; así como también en las direcciones electrónicas jasolorzano@dpe.gob.ec y rveloz@dpe.gob.ec

Parte accionada

Sírvase notificar a la parte accionada en su domicilio:

- a) Al señor/a Director/a General del IESS se le notificará en la Av. 10 de Agosto y Bogotá, edificio Matriz del IESS.
- b) Al señor/a Gerente General del Hospital Carlos Andrade Marín se le notificará en la calle Ayacucho N19-63 y 18 de Septiembre entre. Av. América y Av. Universitaria.
- c) Al señor/a Procurador/a General del Estado se le notificará en la Av. Amazonas N39-123 y Arízaga.

Firmamos a continuación

Ab. Roberto A. Veloz Navas. Esp. Mgs. DDHH.
COORDINADOR GENERAL DEFENSORIAL ZONAL 9 (e)
DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR

Abg. Andrés Solórzano Ortiz
Mat. 17-2015-1863

Sr. Juan Manuel Pástor Herdoiza
C.C. No. 1705610903