

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No: 17230201809808, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 998

Casillero Judicial Electrónico No: 0

Fecha de Notificación: 13 de julio de 2018

A: RODRIGO VARELA, MARIA ALEXANDRA ALMEIDA UNDA (EN CALIDAD DE FUNCIONARIOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO) LUIS ALBERTO ROJAS AREND Y VANESSA GABRIELA MOLINA SALAZAR (EN CALIDAD DE PADRES DEL MENOR DE EDAD)

Dr / Ab:

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

En el Juicio No. 17230201809808, hay lo siguiente:

Quito, viernes 13 de julio del 2018, las 15h36, VISTOS: Agréguese a los autos la documentación y escritos que anteceden. 1) Tómese en cuenta la casilla judicial señalada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS por intermedio de la Ab. López Maldonado Magdalena Gioconda.- 2) Téngase en cuenta la comparecencia del Dr. Alfredo Israel Zeas Neira en calidad de Director Nacional Jurídico del Ministerio de Salud Pública, conforme lo justifica con la documentación presentada, la casilla judicial y correo electrónico señalados para recibir notificaciones. Por corresponder al estado de la causa, se emite la siguiente sentencia: 1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES. 1.1. ACTOR: Rodrigo Varela, Director General Tutelar, María Alexandra Almeida Unda, quienes comparecen en calidad de funcionarios de la Defensoría del Pueblo, y los señores Luis Alberio Rojas Arend, Y Vanessa Gabriela Molina Salazar, en calidad de padres del menor de edad. 1.2. DEMANDADOS: Ministra de Salud Pública; Director General del IESS, y Procurador General del Estado. 2. ANTECEDENTES. 2.1. Los accionantes comparecen a fojas 20 a 25 y en lo principal, manifiestan: Que la presente acción es presentada con la finalidad de obtener la protección y tutela del derecho a la salud, integridad personal y la vida digna del niño Esteban Alejandro Rojas Molina de 10 años de edad, que padece de LINFOMA HODKING DE CELULARIDAD MIXTA ALTO RIESGO, sus padres señores Luis Alberio Rojas Arend, su madre señora Vanessa Gabriela Molina Salazar, son afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, (en adelante IESS), teniendo, por ende su hijo derecho a que dicha institución le brinde atención médica integral, lo que implica el suministro oportuno de los medicamentos que le prescriban sus médicos tratantes, necesarios para el tratamiento de su enfermedad catastrófica. El paciente fue remitido desde el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a SOLCA, al momento el menor se encuentra recibiendo tratamiento y en espera para el trasplante autólogo de médula ósea en SOLCA.- Que los médicos tratantes del menor de edad en SOLCA del Departamento de Oncología Pediátrica, al determinar que la enfermedad sigue avanzando, han recomendado se suministre el medicamento BRENTUXIMAB VENDOTINA O ADCETRIS, como parte de su tratamiento al no tener una adecuada respuesta. El referido medicamento no consta en el Cuadro Básico, por lo que debe pedir al Ministerio de Salud Pública autorice al IESS la compra de este medicamento. Que el 06 de junio del 2018 mediante oficio No. 098DM-0837, el Doctor Ramiro Hidalgo Rojas Director Médico de SOLCA Núcleo Quito, pone en conocimiento del Director del Seguro General de Salud Individual y

Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social lo señalado anteriormente, para que el representante del IESS informe del particular al Ministerio de Salud Pública.- Que con este antecedente los padres ponen en conocimiento de la Defensoría del Pueblo, que han realizado todos los esfuerzos pertinentes con la finalidad de acceder al medicamento BRENTUXIMAB VEDOTINA O ADCETRIS, que es la alternativa para continuar con el tratamiento de su hijo; sin embargo este medicamento no está incluido en el Cuadro Nacional de Medicamentos aprobados por el Ministerio de Salud Pública, por lo que se han realizado varios acercamientos con los representantes del Ministerio de Salud Pública y el IESS, sin que hasta la presente fecha se les haya dado respuesta. Que los derechos constitucionales vulnerados son el derecho a la salud; establecido en el Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce que: La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física al trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otro que sustentan el buen vivir.- Que además el artículo 35 de la Constitución de la República reconocen quienes son las personas y grupos de atención prioritaria entre ellos se encuentran las personas que adolecen de enfermedades catastróficas o de alta complejidad. Es así que el artículo 50 dispone 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". Como también se les reconoce que el Estado deberá otorgarles cuidado especializado.- Que de lo señalado se colige que el derecho a la salud como un derecho fundamental está estrechamente ligado con otros derechos fundamentales como el trabajo, alimentación, vivienda, etc.- Que sobre el derecho a la salud la Corte Constitucional en la sentencia No. 016-16-SEP-CC dictada dentro del caso No.2014-12-EP, ha señalado que: En este sentido, manifestó que de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Constitución de la República 4, la salud es un derecho garantizado por el Estado; que a su vez se encuentra articulado con el cumplimiento y eficiencia de otros derechos constitucionales, tales como el derecho al agua, a la alimentación, educación, cultura física, trabajo, seguridad social, ambiente sano, entre otros y cuyo adecuado ejercicio se garantiza a través de políticas públicas y el acceso efectivo a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral en salud.- Que el derecho constitucional a la salud se encuentra desarrollado por la Ley Orgánica de Salud que en el artículo 3 establece: "La salud (...) Es un derecho humano inalienable, indivisible e 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".- Que el derecho a la salud se encuentra además en la normativa internacional como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 10 señala: 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...- Que en el artículo 11 sobre el derecho a la salud ha señalado: "... 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".- Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante Corte IDH, con respecto al derecho a la salud ha sostenido que "La salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados" y, en relación con las personas que se

encuentran recibiendo atención médica, se ha pronunciado señalando que aquellos "tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida e integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud". Añade que los Estados "tienen el deber de regular y fiscalizar toda la atención de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado". Es decir, que según la Corte IDH, los Estados tienen entre sus obligaciones, proporcionar a todos sus habitantes el servicio público de salud, sin ningún tipo de discriminación y prevenir que terceros puedan afectar en su actuación el derecho a la vida y la dignidad de las personas que se encuentran en tratamiento médico.- Que la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el artículo 24 establece que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de disfrute de este derecho.- Que de igual manera el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a una 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".- Que lo señalado se relaciona con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho a la salud física y mental, estableciendo en el literal d) del numeral 2do. Que los Estados Partes deberán adoptar medidas que aseguren la plena efectividad de este derecho creando condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.- Derecho a la vida digna: Que 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 vida digna.- Que el artículo 66 numeral 2 que se reconoce a las personas "El derecho a una vida digna, que asegure la salud (...), es decir el derecho a la salud tiene relación con otros derechos como el de tener una vida digna. En el presente caso el goce del derecho a una vida digna es la administración de un medicamento que le permite acceder a una oportunidad de vida, lo cual lo certifican sus médicos.- Que según la jurisprudencia colombiana el derecho a la vida digna no implica solo existir sino que el individuo además de existir pueda desplegarse libremente de forma física y mental: por lo que no solo los actos u omisiones que atentan contra la vida vulneran este derecho sino que limitan o incomodan la existencia.- Que al respecto la Organización Mundial de la Salud establece que el derecho a la salud es parte esencial de los derechos humanos y de lo que comprendemos por vida digna. El derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental, se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946, que en el preámbulo define a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades". Y señala además que "... el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología, política o condición económica o social".- Que en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, la CIDH ha señalado que el Estado tiene el deber de regular los servicios de salud para la protección de la integridad personal: 134. Conforme esta Corte lo señaló en otro caso: "los Estados son responsables de regular (...) con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, inter alia, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones (...) presentar, investigar y

resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.- Que finalmente, en el Caso González Luy vs. Ecuador, se señala que: 171. En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 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 (196), y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención (197). 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 (198).- Que de lo anotado se deduce que el Estado ecuatoriano ha sido sancionado por parte de la Corte Interamericana por vulneración al derecho a la salud, al no haber proporcionado un servicio adecuado y oportuno a los pacientes, además por la falta de vigilancia por parte del Estado a los Centros Médicos de salud privada.- Que el ejercicio del derecho a la salud, también se lo hace a través de medidas que garanticen el acceso a medicamentos: Que el derecho a la salud no puede conceptualizarse únicamente con la idea de estar sano, ausencia de enfermedad o discapacidad, sino con la idea que el Estado debe garantizar a todas las personas que gocen de una buena salud, es una obligación estatal que su cumplimiento se refleja en la adopción de medidas tendientes a garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.- Que entre los distintos derechos específicos que componen el derecho a la salud, uno de ellos es que el Estado debe garantizar el acceso a la medicina, y así lo contempla la Constitución en el numeral 7 del artículo 363 que señala que el Estado será responsable de "Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces (...). En el acceso a medicamentos, los intereses de salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales.- Que lo señalado reafirma la obligación del Estado de garantizar la salud de sus habitantes a través de la adopción de medidas que garanticen el acceso a medicamentos, pues prepondera el interés general de la población a recibir un servicio de salud de calidad, eficiente y completo, que no se vea afectado por decisiones económicas o injustificadas que vulneren el compromiso del Estado con la población que es brindarle el más alto nivel posible de salud física y mental.- Que sobre esta obligación estatal la Corte Constitucional en la sentencia 074-16-SIS-CC. CASO No.0010-14-IS, señaló que es obligación del Estado el garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces.- Que la Corte señaló además en la misma sentencia, que el derecho a los medicamentos constituye un derecho humano que obliga al Estado en varios aspectos. En efecto, dijo que referente al "derecho humano a los medicamentos", el constituyente estableció como obligaciones del Estado el: I) Formular políticas públicas que garanticen la promoción, prevención, curación, rehabilitación y atención integral en salud y fomentar prácticas saludables en los ámbitos familiar, laboral y comunitario. II) Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución; III) 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. IV) Garantizar la protección, cuidado y asistencia especial a las niñas, niños y adolescentes cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas; V) Garantizar a las personas con discapacidad 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.- Que en este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador comparte el criterio constante en la sentencia No. T- 418/11 dictada por la Corte Constitucional de Colombia, en lo referente a que: "... el derecho a la

salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro (...) si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentren efectivamente disponibles en el mercado.- Que de igual manera la Corte Constitucional Ecuatoriana, comparte lo manifestado por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia No. I-057/15, en lo referente al derecho "innominado" "a intentar", en tanto lo relacionado con la debida observancia y garantía vigencia del derecho a la salud, así como el respecto de la dignidad humana.- Que finalmente la Corte Constitucional es enfática en señalar en la misma sentencia la obligación constitucional que tiene el Estado por intermedio de sus instituciones de realizar toda gestión necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos por el constituyente, incluyéndose entre estos el de intentar, toda vez que conforme lo manifestado en párrafos anteriores precedentes guarda estrecha relación el derecho a la salud con el respecto de la dignidad humana.- Que en el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gonzáles Lluy Vs. Ecuador ha señalado que: El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En particular, el Consejo de Derechos Humanos y la antigua comisión de Derechos Humanos han emitido resoluciones que reconocen que "el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".- Que en definitiva, consideramos que el caso del niño Esteban Alejandro Rojas Molina, debe analizarse bajo el estándar del derecho a la salud y vida digna establecidos en la normativa nacional e internacional, así como los precedentes jurisprudenciales de las altas cortes constitucionales, de manera particular el fallo citado de la Corte Constitucional Ecuatoriana que, por mandato constitucional constituye jurisprudencia vinculante.- Que en base a los hechos descritos, de conformidad al dispuesto en el artículo 87 de la Constitución y artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional solicitamos como medida cautelar lo siguiente: Que el Ministerio de Salud Pública de manera inmediata autorice al IESS la compra del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTINA O ADCETRIS para que sea suministrado al menor de edad Esteban Alejandro Rojas Molina en SOLCA, de acuerdo a lo prescrito por su médico tratante, a fin de que se cumpla con el tratamiento médico integral respectivo de manera oportuna, adecuada y preferente.- Que la medida cautelar solicitada pretende hacer cesar la amenaza de vulneración de los derechos constitucionales del menor de edad Esteban Alejandro Rojas Molina, debido a que hasta el momento no se ha procedido a realizar la autorización de adquisición por parte del Ministerio de Salud Pública al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Es necesario precisar que el referido Ministerio tiene conocimiento de la solicitud por cuanto desde la Presidencia de la República se les hizo conocer mediante quipux. Durante este tiempo de espera sus derechos a la salud, vida digna, a recibir medicamentos gratuitos y de calidad por su enfermedad catastrófica, están siendo amenazados, repercutiendo directamente a su salud y bienestar, no solo del menor de edad sino de su familia.- Por lo que solicitan que en sentencia se declare la vulneración de los siguientes derechos constitucionales a la salud previsto en el artículo 32 derecho a la salud, 66 numeral 2 vida digna, 363 numeral 7 Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, por la falta de suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTINA O ADCETRIS, como parte del tratamiento integral de salud.- Se disponga al Ministerio de Salud Pública, la realización de un procedimiento rápido, en casos análogos, para que sean incluidos en el cuadro de medicamentos manejado por el referido Ministerio, los medicamentos que los médicos tratantes recomienden a sus pacientes para su tratamiento y de esta forma evitar que se vulnere el derecho de los pacientes. 2.2. Aceptada

a trámite la acción, se ha procedido a aceptar la medida cautelar con la correspondiente motivación conforme consta en el auto de fecha viernes 06 de julio del 2018 a las 09h40 y se ha dispuesto notificar con la misma a las autoridades demandadas, conforme se aprecia de las razón de fojas 32 del proceso, habiéndose efectuado la correspondiente audiencia pública constitucional, a la que comparecieron el legitimado activo junto con su patrocinadora Ab. María Alexandra Almeida Unda; la Ab. López Maldonado Magdalena en representación del Iess y el Dr. Zeas Neira Alfredo Israel en calidad de Procurador Judicial del Ministerio de Salud; habiéndose procedido conforme lo previsto en el Art. 86 de la Constitución de la República y Arts. 14 y 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, escuchados los argumentos de las partes, el suscrito juzgador se formó criterio sobre el asunto a decidir, resolviendo la causa, conforme a los argumentos que in extenso y de manera motivada se expondrán en esta sentencia.

2.3. En la audiencia respectiva, la defensora del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en lo principal manifiesta que no se violentado los derechos humanos ni constitucionales del menor ESTEBAN ALEJANDRO por parte del Iess; Por su parte el Procurador Judicial del Ministerio de Salud, manifiesta que medicamentos como el BRENTUXIMAB; medicamento que no cura al paciente ya que tiene efectos paliativos, y mejor tiene acciones adversas dañinas y no curativas, siendo mejor establecer otros tratamientos, debiendo el ministerio de salud pública analizar los medicamentos que son verdaderamente útiles a la cura, no siendo apto para personas, estando en fase de evaluación recién; medicamento tiene solo dos fases de estudio; que no existe petición formal para el requerimiento a través del órgano rector; se solicitan los medicamentos sin el tramite correcto; se le ha dado la atención requerida y no se puede demandar por la falta de un solo medicamento únicamente al ser medicamentos experimentales;

2.4. En la audiencia respectiva se receptó la declaración testimonial de la Dra. Gissela Lucía Sánchez Fernández, médico tratante especialista de la Dirección Pediatría de Solca, y del Dr. José María Eguiguren León, Presidente de la Dirección Pediátrica de Solca; quienes declararon sobre las condiciones de salud del menor de edad de nombres Esteban Alejandro Rojas Molina y de manera concordante manifestaron que el mismo se encuentra en emergencia y es necesario que continúe con el tratamiento del medicamento sugerido Brentuximab como la mejor opción de tratamiento para el cuadro clínico presentado.

3. PRESUPUESTOS PROCESALES. 3.1. El suscrito Juez es competente para conocer y resolver la presente acción según lo establecido en el Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador y Arts. 13, 14, 15, 39, 40 y demás pertinentes de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, habiéndose cumplido además con el procedimiento previsto para esta clase de garantía jurisdiccional constitucional, por lo que se declara su validez. 3.2. El legitimado activo, declaró bajo juramento que no ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones en contra de las personas que han sido demandadas en esta acción.

4. MOTIVACIÓN. 4.1. El Art. 88 de nuestra Carta Fundamental, señala 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 de 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 por concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. En este sentido, se ha dicho que: "La acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo." 4.2. La

acción de protección tiene naturaleza reparatoria sea esta material o inmaterial, siendo una garantía de naturaleza jurisdiccional, tutelar, sencilla, célere, eficaz y con efectos reparatorios. Así se ha pronunciado nuestro máximo órgano de justicia constitucional al expresar: "... la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado"

4.3. La Corte Constitucional en el caso No.- 0010-14-IS, hace referencia y dice: la Declaración Universal de Derechos humanos, en el primer párrafo del artículo 25 establece " toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le aseguren así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.- De igual manera la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagra en su artículo 11, el derecho a la salud en los siguientes términos: " Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda, y la asistencia médica correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.(..) .- En este contexto la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador (2015) y el caso Suarez Peralta vs Ecuador (2013), relacionados con el derecho a la salud estableció: " Que en lo que respecta a la relación del deber de garantía consagrado en el artículo 1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), con el Art. 5.1 de la precitada convención, 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. Que en lo referente al derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la salud en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud privados, los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud.- Que en lo concerniente al examen sobre la "disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la asistencia sanitaria en el marco del derecho a la vida y a la integridad personal, que el acceso a los medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.- La Corte Constitucional a través de sus sentencias contribuye como herramienta a fin de que el juzgador oriente sus criterios en armonía con las normas constitucionales, es así que al referirse al derecho a la salud manifiesta: " Teniendo como sentado por el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la salud " la salud se define como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades, seguidamente se observa como la Corte Constitucional se ha aproximado a la estructuración de este concepto. Al revisar el ordenamiento ecuatoriano, la Corte ha indicado que tanto constitucionalmente como dentro del corpus iuris interamericano la consagración

del derecho a la salud sale a flote. El contenido del Art. 32 de la Constitución establece: " Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al 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, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional". 4.4 En la especie, se evidencia que el menor de edad Rojas Molina Esteban Alejandro, se encuentra diagnosticado con la enfermedad de Linfoma de Hodgkin Clásico Alto Riesgo, y se encuentra en recaída, y que requiere para continuar con su tratamiento, de acuerdo sugerido por los médicos tratantes, el medicamento Brentuximab Vedotin; mismo que no ha sido autorizado por el Ministerio de Salud debido a que no existen argumentos científicos suficientes que justifiquen su aplicación ya que se encuentra en proceso de evaluación y que no se ha realizado el proceso interno para que proceda el análisis en el Ministerio de Salud Pública a través del comité de evaluación para atender la solicitud respectiva.- En este sentido, la acción planteada es procedente al encontrarse el menor de edad en estado de emergencia con una enfermedad catastrófica, por el impacto y evolución que dicha enfermedad tiene en su salud y su vida, de ahí que exigirle agotar un trámite judicial ordinario para la reclamación podría suponer un alto riesgo para su vida y su dignidad humana.- Como quedó dicho el derecho a la salud, es un derecho fundamental, que comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y de calidad, siendo un deber del Estado el garantizar la situación de salud permanente de quienes se encuentran en los grupos de atención prioritaria conforme establece el Art. 35 de la Constitución de la República .- La Corte Constitucional en la sentencia No. 074-16-SIS-CC, ha señalado lo siguiente: "(...) Esta Corte Constitucional es enfática en señalar la obligación constitucional que tiene el Estado por intermedio de sus instituciones de realizar toda gestión necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos por el constituyente, incluyéndose entre estos el derecho a intentar, toda vez que conforme lo manifestado en párrafos precedentes guarda estrecha relación el derecho a la salud, así como también el respeto a la dignidad humana.".- En este mismo sentido en sentencia No. 016-16-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 2014-12-EP se refirió a la obligación del Estado de garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. "... En correlación con la presente causa cabe recoger lo que el colectivo constitucional colombiano en su sentencia T-345/13 ha resaltado, en cuanto "en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente. La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio. Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. (...) Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es

resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico...".- Como quedó dicho, en el presente caso, la Dra. Gissela Sánchez Fernández, en calidad de médico tratante del menor de edad ya referido, es quien al conocer de manera íntegra el caso de su paciente; las condiciones en que se encuentra y las particularidades que puede existir respecto a su condición de salud, es quien sugiere la administración del medicamento Brentuximab como parte de su tratamiento, el cual debe ser suministrado conforme sus recomendaciones, esto con la finalidad de garantizar el cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales de salud, vida digna y disponibilidad de medicamentos de calidad a que tiene derecho en las condiciones en que se encuentra en menor de edad ya referido. QUINTO.- DECISIÓN: 5.1. En virtud de los argumentos expuestos, con fundamento en el numeral 3 del Art. 86 de la Constitución de la Republica, en concordancia con los Arts. 14, 15 y 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se acepta la acción de protección planteada y se ratifica las medidas cautelares ordenadas y se dispone garantizar la disponibilidad y el suministro del medicamento BRENTUXIMAB VEDOTINA O ADCETRIS como parte del tratamiento integral de salud del menor de edad Esteban Alejandro Rojas Molina.- 6.- APELACION El Procurador Judicial del Ministerio de Salud en la misma audiencia dedujo el recurso de apelación , por lo que de conformidad a lo establecido en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se concede la misma por lo que elévese los autos a la Corte Provincial.- Notifíquese.-

f: LÓPEZ TAPIA EDISSON EDUARDO, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

SANDOVAL CAMPAÑA IVÁN RAFAEL
SECRETARIO

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

[Descarga documentos](#)

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

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

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