La justiciabilidad del derecho al acceso a medicamentos en la sentencia No. 679-18-JP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador

Por: Byron Villagómez Moncayo,
Rubén Calle Idrovo y Valeria Garrido Salas.

Introducción:

El 5 de agosto de 2020, la Corte Constitucional (en adelante, la CCE o la Corte) emitió jurisprudencia vinculante de acciones de protección mediante la expedición de la sentencia 679-18-JP/20 y acumulados, en la cual analizó el derecho a la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. En lo principal, la CCE determinó que en un plazo de dieciocho meses, el Ministerio de Salud Pública, como institución rectora del sistema nacional de salud, adecúe las normas, reglamentos y políticas públicas referentes a medicamentos, para que se ajusten a lo dispuesto en el Art. 85¹ de la Constitución (en adelante, la CRE) y a los criterios desarrollados en el citado fallo. Igualmente, estableció que la Asamblea Nacional desarrolle metodologías para medir el cumplimiento de este derecho.

Entre los diversos aspectos analizados por la Corte, destaca la profundización en torno al derecho a la tutela judicial efectiva en casos de acceso a estos medicamentos. En este sentido, la CCE fijó directrices e indicadores que los jueces y juezas deben considerar al momento de resolver demandas de acción de protección relacionadas con violaciones al derecho a la salud. Para el efecto, la CCE partió del reconocimiento de que ***“(...) los jueces y juezas no son estrictamente expertos en salud, no tienen la formación técnica ni la experiencia para poder resolver con certeza los casos que vienen a su conocimiento sobre problemas de salud en general y acceso a medicamentos en particular”***² (énfasis añadidos). Esta falta de experticia podría afectar

¹ CRE. Art. 85: “La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”.

² CCE, Sentencia 679-18-JP/20 y acumulados, 05 de agosto de 2020: párr. 220.

la resolución de casos particulares y, por ende, el cumplimiento de las garantías constitucionales. Por este motivo, los parámetros desarrollados por la Corte en la sentencia tienen una gran repercusión en la justiciabilidad de los derechos relacionados con la salud.

Sobre la garantía y exigibilidad del derecho a la salud, la Corte se ha pronunciado en ocasiones previas, aseverando que éste no implica un estado de ausencia de enfermedad, sino que *“el obligado a la protección de la salud debe actuar previamente, por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos”*³. En un fallo posterior, la CCE agregó asimismo que:

[E]l derecho a la salud constituye una obligación prestacional para el Estado, que es el encargado de garantizar a todas las personas sin distinción, el efectivo goce de este derecho, así como a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos sanos nutritivos y agua potable, servicios básicos de saneamiento, vivienda y condiciones de vida adecuada y digna⁴.

En consecuencia, se ha hecho énfasis en que el Estado es responsable de garantizar el goce del derecho a la salud y, por consiguiente, de todos los

factores determinantes para alcanzar el buen vivir. En el fallo en cuestión, se estima que la demanda judicial del acceso a medicamentos, por medio de una acción de protección, es una manera de contribuir al cumplimiento del derecho a la salud mediante una mejora en la calidad de vida de la ciudadanía que, en situación de vulnerabilidad, así lo requiera⁵. Además, como se recoge en la propia sentencia, se ha constatado en los últimos años una creciente tendencia a la judicialización con relación al derecho a la salud y el acceso a medicamentos⁶.

En virtud de ello, el presente artículo se centra específicamente en el derecho a la tutela judicial efectiva en casos de acceso a medicamentos. Con este propósito, en primer lugar se analizará conceptualmente la justiciabilidad general de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs). Seguidamente, se examinará más específicamente, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia pertinente, la justiciabilidad del derecho al acceso a medicamentos. Finalmente, se revisará de forma más detenida la reciente sentencia de la CCE en lo

³ CCE, *Sentencia 006-15-SCN-CC*, 27 de mayo de 2015: 19-20.

⁴ CCE, *Sentencia No. 017-18-SEP-CC*, 10 de enero de 2018: 90.

⁵ CCE, *Sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados*, 05 de agosto de 2020: párr. 218-219.

⁶ *Ibid.*: párr. 223.

concerniente a la tutela judicial de estos derechos y su significancia jurídica.

La justiciabilidad general de los DESCAs:

La sentencia 679-18-JP/20 en referencia constituye un nuevo hito en lo que concierne a la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs. En la doctrina ha existido un intenso debate respecto a la necesidad de brindar a este tipo de derechos el mismo grado de protección y garantía del que tradicionalmente se ha asignado a los denominados derechos civiles y políticos. Como explican Abramovich y Courtis:

No es raro enfrentarse con opiniones que, negando todo valor jurídico a los derechos económicos, sociales y culturales, los caracterizan como meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Aunque se acepte la privilegiada jerarquía normativa de los tratados internacionales, los instrumentos que establecen derechos económicos, sociales y culturales son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como es el caso de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos⁷.

Sin embargo, este tipo de criterios han venido siendo progresivamente superados, tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Por una parte,

se ha evidenciado que la estructura normativa de los DESCAs no difiere sustancialmente de la de otro tipo de derechos, como los civiles y políticos. Al respecto, como señala Courtis, una revisión de los principales instrumentos internacionales sobre DESCAs revela que no existe un único patrón formal en torno a su regulación y estructura, con una gran variedad de disposiciones de distinta naturaleza⁸. De igual manera, como afirma de forma más extensa Cano Blandón:

La continua comparación entre unos y otros y la pretensión de que los sociales 'alcancen' la posición de los civiles y políticos, deja de lado un asunto de mayor trascendencia: los derechos sociales son derechos fundamentales a partir de una justificación propia y no a partir de su equiparación con los tradicionales derechos liberales (...) el principio de igualdad sustancial o material, enuncia una 'regla anti-abstencionista' que impone remover los obstáculos que impiden ser iguales a los sujetos. Entonces, si la igualdad material es premisa determinante del Estado Social de Derecho, resulta coherente que los instrumentos para la realización de la misma tengan el carácter de fundamentales. Estos instrumentos sin duda, son los derechos sociales que, cumpliendo la función igualitaria a la que obedecen, pueden definirse no sólo como la vía de cumplimiento de las necesidades básicas, sino también como elemento imprescindible para que todo hombre pueda gozar, de hecho, y en igualdad de condiciones, de los derechos civiles y políticos, para establecer, en últimas, unas condiciones mínimas de homogeneidad que sitúen a los sujetos en una posición suficiente de realización humana⁹.

⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (1997): 1.

⁸ Christian Courtis, "Standards to make ESC rights justiciable. A summary exploration". *Erasmus Law Review*, 2(4) (2009): 380.

⁹ Luisa Fernanda Cano Blandón, "Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: Una propuesta argumentativa". *Estudios de Derecho*,

Por consiguiente, se colige que existe una estrecha vinculación entre los DESCA y la instauración a nivel constitucional del Estado constitucional y social, en sus diversas acepciones. En este sentido, Marquardt alude a una “*sexta ola*” o era del Estado constitucional, democrático, social y ambiental en Iberoamérica, en el que se destaca lo siguiente:

Las constituciones iberoamericanas de la sexta ola muestran típicamente un perfil pluralista de valores, combinando ahora, de acuerdo con las necesidades de la sociedad industrial avanzada, los elementos del Estado liberal del siglo XIX, del Estado social de la primera mitad del siglo XX y del Estado ecológico de finales del siglo XX, al estilo de un triángulo de valores. En otras palabras, el Estado constitucional republicano-democrático se ha transformado también en América Latina –de manera similar al escenario europeo y en contraste con EE.UU– al Estado constitucional democrático-social-ambiental¹⁰.

En lo que concierne específicamente a la justiciabilidad de los DESCA, Courtis explica que no se trata de algo realmente novedoso, puesto que los tribunales en materia laboral han funcionado por alrededor de un siglo, a lo que se añade una enorme cantidad de jurisprudencia alrededor del mundo en materias tales como seguridad social, salud

o educación¹¹. Sin embargo, este desarrollo jurisprudencial ha sido progresivo y no ha tenido el mismo alcance para todos los posibles derechos en cuestión. En este sentido, en el ámbito latinoamericano sobresale la sentencia emitida en el año 2017 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso *Lagos del Campo v. Perú*. Al respecto, de acuerdo a lo señalado por Calderón Gamboa:

La sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* (2017), referente al despido irregular de un representante de trabajadores con motivo de ciertas manifestaciones publicadas en una revista gremial, representa por primera vez en la historia del Tribunal Interamericano, y luego de casi 40 años de jurisprudencia, la determinación... de interpretar de manera directa –no indirecta ni progresiva– lo propiamente dispuesto en la CADH, a través de su artículo 26, para dar contenido a uno de los derechos mayormente consolidado en el mundo: el *derecho al trabajo*... Lo anterior se erige como un nuevo paradigma jurídico, no solo para la jurisprudencia interamericana, sino también para el derecho internacional público. Con ello se consagra la *puerta de entrada* –a nivel regional– a un determinado catálogo de derechos humanos, los cuales tendrán la posibilidad de ser analizados en vía internacional por un Tribunal especializado en la materia, a fin de determinar el alcance de sus obligaciones de respeto y garantía, sus límites y vías de implementación¹².

62(140) (2005): 220 y 240.

¹⁰ Bernd Marquardt, “La sexta ola o era del Estado constitucional democrático, social y ambiental –ECDSA– en Iberoamérica: reconstitucionalización y pluralismo tridimensional”. *Revista Derechos en Acción* (2019): 122.

¹¹ Courtis, *óp. cit.*: 380.

¹² Jorge Calderón Gamboa, “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia *Lagos del Campo*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al. (coord.), *Inclusión, Ius Commune y Justiciabilidad de los DESCA en la Jurisprudencia Interamericana. El Caso Lagos del Campo y los Nuevos Desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México (2018): 336-337.

En este sentido, la Corte IDH consideró que el derecho a la estabilidad laboral era plenamente justiciable, con amparo en el Art. 26 de la CADH. Concretamente, el citado tribunal interamericano determinó expresamente lo siguiente:

Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello¹³.

Con relación al valor e impacto de esta sentencia, el juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor emitió un voto concurrente en el cual resaltó las principales repercusiones de la nueva regla jurisprudencial de la Corte IDH, respecto de la justiciabilidad directa de los DESCAs. En este sentido, el referido magistrado expresó lo siguiente:

[L]a Corte IDH sienta un precedente importante para la justiciabilidad de los derechos sociales en el Sistema Interamericano, al abrir la posibilidad de que derechos que no fueron expresamente contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador... puedan ser protegidos directamente mediante la Convención Americana. En la Sentencia, la Corte IDH afianza los principios de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con respecto a los derechos civiles y

políticos. Ello es así, a partir de su comprensión de los derechos humanos entendidos integralmente y de forma conglobada, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. En otras palabras, la Sentencia reconoce que existe una dependencia recíproca entre todos los derechos humanos, lo cual ha sido incorporado en el marco internacional de los derechos humanos, sin jerarquizar ni subsumir en algunos derechos el contenido de otros¹⁴.

La CCE también ha tenido oportunidad de determinar la plena justiciabilidad de los derechos constitucionales, incluyendo los DESCAs, concretamente de esta manera:

[C]onviene además recordar que a partir de la expedición de la Constitución de la República del 2008, los derechos contenidos en ella gozan de igual jerarquía, por lo que la tradicional división entre derechos de primera, segunda y tercera generación ha sido superada; de allí, que todos los derechos consagrados en el texto constitucional son plenamente justiciables, además de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles¹⁵.

La justiciabilidad de los DESCAs aparece entonces como una tendencia que ha ganado cada vez más terreno, con un desarrollo a nivel mundial en diversas materias por parte de las cortes nacionales e internacionales. Como detalla Courtis, si bien ciertos aspectos de los DESCAs requieren una progresiva consecución, un

¹³ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Sentencia de 31 de Agosto de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 340: párr. 141.

¹⁴ Corte IDH. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. "La Justiciabilidad Directa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales: Una Nueva Etapa en la Jurisprudencia Interamericana". *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 8 y 9.

¹⁵ CCE, *Sentencia 016-16-SEP-CC*, 13 de enero de 2016: p. 25. Ver también, CCE, *Sentencia No. 146-14-SEP-CC*, 01 de octubre de 2014: 23.

sin número de deberes son de inmediato cumplimiento por parte de los Estados¹⁶. En este sentido, se distingue en primer término entre los deberes de efecto inmediato, que incluyen la protección negativa o abstención, protección procesal, igualdad de protección y no discriminación, y contenido mínimo de realización; y en lo que concierne a los deberes de progresiva consecución, se deben considerar los estándares de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, así como la prohibición de regresividad¹⁷.

Justiciabilidad del derecho a salud, en particular el acceso a medicamentos:

La sentencia No. 679-18-JP/20 ha determinado expresamente que *“El acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces es un derecho que, cuando se lo viola, puede ser demandado judicialmente mediante una acción de protección”*¹⁸. De esta manera, la CCE ha establecido una regla jurisprudencial clara y precisa que configura la plena exigibilidad y justiciabilidad del

derecho de las personas a acceder a medicamentos, y el correlativo deber del Estado de proveerlos oportuna y adecuadamente. Esta determinación jurídica ha sido recogida y desarrollada con antelación por la doctrina especializada, y también sostenida y enfatizada por la jurisprudencia comparada e internacional¹⁹.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana constituye uno de los casos más notables en lo atinente a la fijación de estándares sobre el derecho al acceso a medicamentos. Según López Oliva, *“es viable la protección de los derechos cardinales del paciente consagrados en la Carta Política de los colombianos, con la aplicación del derecho procesal constitucional”*²⁰. De igual manera, Vélez-Arango y González-López señalan que:

[L]a acción de tutela se ha tornado en Colombia un mecanismo alterno y en un medio de acceso directo a servicios de salud (...) en el caso del derecho a la salud los pronunciamientos de la Corte para los casos específicos... superan en forma afortunada la discusión sobre la conceptualización de los derechos sociales, su normativa de carácter programático y prestacional y, consultan el

¹⁶ Courtis, *óp. cit.*, p. 382.

¹⁷ Cfr. *ibíd.*: pp. 381-385.

¹⁸ CCE, *Sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados*, 5 de agosto de 2020: párr. 218.

¹⁹ Cfr. María Fernanda Rodríguez Maldonado. “La judicialización del acceso a medicamentos para enfermedades catastróficas y de alta complejidad en el Ecuador: Un estudio de los casos relevantes de la Corte Constitucional 2014-2017”. *Universidad Andina Simón Bolívar* (2019): 96-105.

²⁰ José López Oliva. “La garantía de los derechos humanos del paciente a través del derecho constitucional, procesal constitucional y el derecho de daños”, *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, 2(2014): 62.

espíritu del constituyente hacia la protección integral del derecho²¹.

De manera concreta, la Corte colombiana sostuvo ya en 1997 lo siguiente:

[E]l derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela (...) En cuanto a la solicitud de dar medicamentos recetados por el médico tratante, estando de por medio la vida del paciente, así la droga no figure o no haya figurado en el listado oficial, se reiterará la jurisprudencia de ordenar mediante tutela que se cumpla con la determinación médica de entregar un medicamento esencial en presentación genérica a menos que solo sea producida con marca específica. Por supuesto que si no hay orden médica, sino simplemente se trata de un deseo del paciente, la tutela no puede prosperar²².

Como se puede constatar, en la citada resolución el mencionado tribunal requería la necesaria vinculación con el derecho a la vida, entendido en un sentido amplio, para posibilitar la procedencia de la acción constitucional. Sin embargo, la Corte colombiana fue modificando su criterio hasta reconocer de forma autónoma al derecho a la salud como un derecho fundamental. En este

sentido, se destaca un fallo emitido en el año 2008, en el cual el mencionado organismo constitucional expresó lo siguiente:

El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante (sic) es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna (...) la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'. Para la jurisprudencia constitucional '(...) *no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud*'²³.

A partir de este precedente fijado por la Corte Constitucional de Colombia, en el año 2015 el Parlamento de dicho país emitió la Ley Estatutaria 1751, por medio de la cual se proclamó a la salud como un

²¹ Alba L. Vélez-Arango y José R. González-López. "El acceso a medicamentos y su alcance por la vía judicial: análisis comparativo Colombia-España", *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*, 33(1) (2015): 128 y 129.

²² Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-480/97*, 25 de septiembre de 1997.

²³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-760/08*, 31 de julio de 2008.

derecho fundamental, autónomo e irrenunciable de cada persona²⁴. Como explican Gómez-García y Builes-Velásquez, la incidencia de la jurisprudencia de la Corte colombiana fue fundamental en este sentido, al punto de que:

Solo a partir de las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional en diferentes sentencias de tutela, y de manera más importante en la Sentencia T-760 del año 2008, se logró entender a la salud como un derecho fundamental de todos los colombianos, que puede ser protegido y reclamado mediante la acción de tutela. Han sido muchas las oportunidades en la que los colombianos han alcanzado la protección de su salud por medio de esta acción, bajo las apreciaciones de la Corte Constitucional de la salud como un derecho fundamental autónomo, en conexidad y directa afectación con un derecho de mayor jerarquía, o por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional. Bajo estas concepciones se interpretó la naturaleza fundamental del derecho a la salud, sin presentarse una consagración formal o legal que diera por determinada dicha situación²⁵.

De igual manera, resulta pertinente aludir a la jurisprudencia argentina, que como puntualizan Bracamonte y Cassinerio, *“En las últimas décadas en Argentina, desde un punto de vista cuantitativo, los reclamos judiciales tuvieron un crecimiento exponencial. Pero mayor significación tiene el aspecto que*

*nosotros llamamos cualitativo, que se refiere a la prestación de salud que se peticiona mediante estos procesos de amparo”*²⁶. En esta misma línea de análisis, Abramovich y Pautassi han constatado que:

[A] partir de la promulgación de la reforma constitucional en 1994 los tribunales han reconocido la existencia de un derecho a la salud y a la asistencia sanitaria, en el marco de las obligaciones estatales dispuestas a partir de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental de base constitucional es un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional, habilitando así, por ejemplo, la posibilidad de interponer acciones de amparo, e incluso activando en ciertas circunstancias la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La jurisprudencia ha establecido además que el derecho a la salud impone al Estado deberes negativos y también obligaciones positivas, lo que autoriza a interponer acciones judiciales para exigir al Estado ciertas prestaciones y la definición de políticas en este campo²⁷.

Es así que en el año 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una sentencia en la que, acogiendo el dictamen del Procurador Fiscal, declaró procedente el recurso extraordinario y concedió los insumos médicos requeridos por la parte actora. En el razonamiento

²⁴ Carlos A. Gómez-García y Alejandro Builes-Velásquez, “El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: Una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* – UPB, 48 (2018): 139.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Silvina Andrea Bracamonte y José Luis Cassinerio, “La evolución de la jurisprudencia en materia de salud en Argentina”, *Documento de Investigación 113*, South Centre, (2020): 44.

²⁷ Víctor Abramovich y Laura Pautassi, “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, 4(2008): 275.

del dictamen fiscal recogido por dicha Corte, se sostuvo lo siguiente:

Corresponde recordar en primer término, que V.E. tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución... El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (...) Conforme a los certificados médicos agregados en autos, los medicamentos le son absolutamente indispensables, así como los pañales descartables por carecer de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad y la incontinencia que padece (...) Por las razones expuestas, estimo que el I.N.S.S.J.P. debe proporcionar a la actora el 100 % de Ampliactil y los pañales descartables que necesite²⁸.

En este fallo se evidencia la importancia que ha brindado el citado tribunal al acceso a medicamentos. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada, como explica Varela:

El derecho a la Salud en su triple dimensión, física, mental y social, en tanto que derecho humano, reconocido por la constitución nacional argentina, tiene un valor preeminente en virtud de su vinculación directa con el derecho a la vida, que lo ubica por encima del derecho de propiedad u otros derechos de naturaleza adjetiva. Ello así, porque como bien ha sostenido nuestro máximo tribunal la salud es un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (...)

La jurisprudencia también se ha constituido en la vanguardia de la garantía del derecho a la salud, al admitir tratamientos médicos no convencionales ante la prueba de su incidencia positiva en la salud del paciente (...) La actitud del poder judicial, vista como un todo, se acerca al ideal planteado por el Protocolo de San Salvador de reconocer la salud como un bien público y tomar acciones para garantizar ese derecho con lo que la Nación argentina avanza en el logro de una salud plena para los ciudadanos²⁹.

En el Ecuador, como se señaló anteriormente, la CCE ya se ha referido al acceso a medicamentos en sentencias previas, por lo que se puede advertir una línea jurisprudencial evolutiva que ha ido ampliando su reconocimiento y garantía. En este sentido, se observa que en la sentencia 016-16-SEP-CC de 13 de enero de 2016, la Corte sostuvo que:

[L]a Constitución orienta la tarea del Estado a adoptar la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y (...) garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces (...) el Estado debe garantizar el acceso así como la disponibilidad de medicamentos, los cuales tienen que ser de calidad y gratuitos en caso de ser portador de VIH o enfermo de SIDA y otras enfermedades³⁰.

Igualmente, en la sentencia 364-16-SEP-CC la CCE ratificó el mentado criterio y concluyó que, “*la falta de entrega oportuna del medicamento*” requerido por el accionante, “*causa vulneración a su derecho constitucional a la salud en*

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo*, 16 de junio de 2006.

²⁹ Marcela Claudia Beatriz Varela, “Judicialización del derecho a la salud por parte de usuarios de obras sociales”, *Universidad Siglo 21* (2018): 66.

³⁰ CCE, *Sentencia 016-16-SEP-CC*, 13 de enero de 2016: 25 y 35.

relación con el derecho a recibir una atención prioritaria, especializada y gratuita como grupo de atención prioritaria”³¹. Asimismo, en la sentencia 074-16-SIS-CC, la Corte se refirió al “derecho humano a los medicamentos”³² y a una serie de obligaciones correlativas del Estado a fin de satisfacerlo adecuadamente. Finalmente, en la reciente sentencia 679-18-JP/20 la CCE ha extendido aún más su línea jurisprudencial y ha establecido criterios y parámetros específicos dirigidos a las juezas y jueces de instancia, para viabilizar la plena justiciabilidad del derecho a la salud.

Los parámetros fijados por la Corte relacionados a la tutela judicial efectiva en el derecho de acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces:

Uno de los grandes obstáculos que han debido superar los DESCA ha sido la idea programática que se les ha asignado tradicionalmente, dejando de lado su exigibilidad³³; con ello, en gran medida se había postergado la posibilidad de exigencia por la vía judicial, dejando prácticamente todas

las decisiones sobre su desarrollo y aplicación a lo que pudieren o no ejecutar los órganos de índole eminentemente político, como el ejecutivo y el legislativo, y en razón de estrictas consideraciones de orden económico.

Frente a estas circunstancias, la CRE consagra expresamente la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales³⁴; y, entre ellos, evidentemente también los denominados derechos del buen vivir, a los cuales corresponde, entre otros, la salud³⁵ y con ello, el acceso a medicamentos. Lo que queda en la actualidad por desarrollar en torno a la justiciabilidad de los derechos a nivel de las normas, políticas públicas y en especial para la jurisprudencia constitucional, es el nivel de protección que el Estado debe garantizar al momento de cumplir con su obligación de proveer de medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

Para ejercer el derecho de acceso a medicamentos con las características de calidad, seguridad y eficacia, la Corte ha determinado

³¹ CCE, Sentencia No. 364-16-SEP-CC, 15 de noviembre de 2016: 35.

³² CCE, Sentencia No. 074-16-SIS-CC, 12 de diciembre de 2016: 47.

³³ Roberto Omar Berizonce, “Activismo judicial en la construcción de las políticas públicas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No. 36 (2010): 11.

³⁴ CRE, Registro Oficial No. 449, 2008, Art. 11.3.

³⁵ Ramiro Avila Santamaría, “Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos”. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición (2012): 99.

que a nivel constitucional la garantía jurisdiccional adecuada y eficaz es la acción de protección. Esta garantía así concebida como de conocimiento y reparadora, constituye a todas luces el instrumento de orden procesal constitucional apropiado para una tutela judicial efectiva, en razón de su naturaleza eminentemente tuitiva.

En la sentencia 1943-12-EP/19, la Corte estableció que procesalmente la tutela judicial efectiva se traduce como el derecho de petición, llegando a indicar expresamente lo siguiente:

En este contexto, la Corte Constitucional ha desarrollado el contenido de la tutela judicial efectiva y al hacerlo ha sostenido consistentemente que esta se compone de tres supuestos, a saber: 1. el acceso a la administración de justicia; 2. la observancia de la debida diligencia; y, 3. la ejecución de la decisión. Como parte de la tutela judicial efectiva, se reconoce a las partes el derecho a obtener una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo de la controversia de manera motivada³⁶.

Específicamente en la reciente sentencia 679-18-JP/20, la Corte aísla el enfoque que debe adoptar un juez constitucional de instancia al tener la obligación, en cada caso concreto, de circunscribir su decisión de forma estricta al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces como responsabilidad del Estado³⁷. Para ello, determina criterios que

posibilitan delimitar sus posibilidades de reparación, con lo cual el ejercicio se traduce en una correcta tutela.

La CCE ha emitido directrices que desarrollan de manera más específica y detallada los parámetros establecidos en la CRE y la LOGJCC, en el trámite de garantías jurisdiccionales en los cuales se busca tutelar el derecho constitucional a la salud, en la dimensión del acceso a medicamentos de calidad. En tal virtud, la Corte distingue y puntualiza las distintas fases o etapas del procedimiento en: presentación de la demanda y citación a los demandados, audiencia pública, evacuación de la prueba, reparación integral y seguimiento.

En la presentación de la demanda y citación a los demandados, se detallan aspectos a fin de que se produzca la suficiente conformación de la litis, que comprende a más de las partes procesales a aquellos partícipes necesarios, como son: persona experta delegada por el Comité Técnico Interdisciplinario, persona experta en cuidados (cuidados paliativos) y persona delegada de la Dirección Nacional de Medicamentos del MSP.

En cuanto al desarrollo de la audiencia pública, se destaca la

³⁶ CCE, *Sentencia 1943-12-EP/19*, 25 de septiembre de 2019: párr. 45.

³⁷ CRE, Registro Oficial No. 449, 2008, Art. 363.7.

posibilidad de comparecencia de forma virtual de los demandados; previéndose que en caso de inasistencia de las personas expertas requeridas, se producirá la suspensión de la audiencia, debiendo en consecuencia señalarse nuevo día y hora para la reinstalación de la misma. En caso de producirse una segunda inasistencia, se configurarían a criterio de la Corte responsabilidades y la necesidad de imponer la correspondiente sanción; inclusive se puede desprender responsabilidad penal, como sería el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. En todo caso, la CCE determina que se puede suplir esta segunda ausencia con expertos independientes, o en su defecto acudir a pruebas documentales para formarse criterio.

En el desarrollo de la audiencia pública, a más de las reglas propias previstas en el Art. 14 de la LOGJCC, la Corte establece como elemento a destacar la relevancia de la intervención del paciente, en su calidad de persona afectada. Aspecto medular lo constituye la corroboración y cumplimiento de indicadores³⁸ en el análisis del derecho de acceso a medicamentos alegado como

vulnerado, y que tiene relación con cuatro elementos: i) finalidad del tratamiento para el disfrute del más alto nivel posible de salud; ii) calidad; iii) seguridad; y, iv) eficacia.

Asimismo, la CCE determina en el párrafo 235 de la referida sentencia, una especie de prueba de oficio, necesaria a evacuarse en el ámbito de la acción de protección, al establecer en el proceso de violación del derecho de acceso a medicamentos, la verificación de 5 aspectos:

i) la enfermedad diagnosticada por un profesional de la salud del sector público y de la red complementaria de salud;

ii) la prescripción médica de un medicamento dentro de un tratamiento;

iii) la dificultad o imposibilidad de acceder a los medicamentos;

iv) la información y el consentimiento libre e informado del paciente para someterse al tratamiento en base a medicamentos y la finalidad del disfrute del más alto nivel posible de salud;

v) la calidad, seguridad y eficacia del medicamento por parte de una persona experta imparcial.

La Corte menciona la posibilidad de presentar acciones de protección colectivas, pero exigiendo que la resolución sea emitida para cada caso concreto.

³⁸ Sobre el uso de indicadores en derechos humanos, ver: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación*. Ginebra: ACNUDH (2012), <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Indicators/Pages/documents.aspx>. Además, para el caso interamericano, ver: Ramiro Avila Santamaría, *Retos del mecanismo interamericano de protección por indicadores de los derechos económicos, sociales y culturales*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar (2013), <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3273>.

En atención a la naturaleza reparatoria de la acción de protección, la Corte repasa de forma general la noción de reparación integral contenida en la CRE y LOGJCC. Luego, procede a trasladar tales conceptos al derecho de acceso a los medicamentos, estableciendo con ello ciertas directrices a tomar en consideración por parte de los operadores de justicia, como por ejemplo: i) escuchar a la víctima en la forma de reparación adoptada; ii) cuando se trate de acciones colectivas las reparaciones serán a título individual; iii) las medidas de reparación deben ser posibles, determinadas y proporcionales; iv) no se podrá determinar la compra de medicamentos de determinada marca; v) no se podrá ordenar la

incorporación de un medicamento en el cuadro nacional de medicamentos básicos.

Finalmente, la Corte establece criterios aplicables a la fase de seguimiento, como son: i) que el seguimiento se lo hará individualmente, debiendo para ello el comité de farmacología de cada unidad de salud reportar mensualmente a más del juzgador a la autoridad sanitaria nacional; ii) se prevé que en caso de que el paciente decida libre y voluntariamente dejar de tomar la medicina, el juez deberá cambiar o modular la resolución sobre su caso; iv) en base a nueva información el juez podrá cambiar la medida y de ser el caso podría llamar a audiencia; v) se podrá disponer a la Defensoría del Pueblo que realice el seguimiento correspondiente.

Conclusión:

En su reciente sentencia 679-18-JP/20, la Corte ha sentado un hito en lo que respecta a la justiciabilidad de los DESCAs, y más específicamente del derecho a la salud y acceso a medicamentos. Dentro de los diversos y muy relevantes aspectos tratados en el referido fallo, destacan la fijación de parámetros concretos y precisos acerca de la tutela judicial efectiva en caso de acceso a medicamentos.

En este sentido, se debe resaltar la determinación de una serie de directrices y lineamientos para que las juezas y jueces de instancia puedan administrar justicia de manera eficaz al momento de resolver una acción de protección sobre esta materia.

Por una parte, se ha sentado un nuevo precedente jurisprudencial que ratifica la plena exigibilidad y

justiciabilidad de los DESCAs, lo que contribuye a consolidar la tendencia de la doctrina y jurisprudencia internacional y comparada. En este contexto, la sentencia ratifica el valor fundamental del derecho constitucional a la salud, y en el marco de su pleno cumplimiento, el acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. Lo crucial al respecto es que la Corte no se ha limitado a conceder lo demandado por las personas accionantes, sino que ha desarrollado reglas jurisprudenciales que permitan a la administración de justicia en su conjunto brindar tutela efectiva y oportuna a los derechos en referencia.

En definitiva, la sentencia 679-18-JP/20 y acumulados marca un hito jurisprudencial al diseñar en las distintas fases de la acción de protección (considerada en sede constitucional como la garantía jurisdiccional adecuada y eficaz para garantizar el acceso a medicamentos), los parámetros, directrices e indicadores que los operadores de justicia deben aplicar al momento de formarse criterio para emitir una sentencia. Resulta por lo tanto indispensable que este fallo sea ampliamente divulgado y asumido a todo nivel; particularmente por parte de la judicatura ecuatoriana y de las diversas personas que operan en el sistema judicial.