



RESUMEN

Las enfermedades catastróficas, son aquellas que deterioran la salud de las personas, se caracterizan por su alto grado de complejidad, son agudas prolongadas amenazantes para la vida pues en su gran mayoría son letales, muchas de estas patologías producen la incapacidad del paciente y provocan el desmedro económico del que las padece, de su familia o de la institución aseguradora, pudiendo el asegurador ser una institución pública o privada. Por ser alto el costo económico del tratamiento de este tipo de enfermedades el constituyente de Montecristi sensible ante el padecimiento de muchos ecuatorianos que no tienen acceso a los tratamientos médicos por carecer de recursos económicos, o no poder acceder al seguro social, y amparado en el principio de equidad, en el derecho a la salud, el derecho a la vida, el derecho a la seguridad social, y los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, estableció la protección por parte del Estado ecuatoriano a todos los habitantes ya sean nacionales o extranjeros que residan legalmente en el país. Es el principio de equidad el pilar fundamental de este derecho pues sabemos que los que padecen este tipo de patologías tienen muy pocas posibilidades de recuperar la salud, pero es por el principio de equidad que aceptamos que se destinen fuertes recursos económicos estatales para auxiliar a las personas dolidas con estos sufrimientos, pues no sabemos que nos depare mañana la lotería de la vida, y tengamos que recurrir al auxilio del Estado para poder afrontar estos padecimientos.

Palabras clave.

Enfermedad, catastrófica, garantía, Estado, principio.

**INDICE**

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO (1)	7
1.1.- GENERALIDADES	7
1.2.- FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN	7
1.3.- CONCEPTO DE ENFERMEDAD CATASTRÓFICA	19
1.4.-CLASIFICACIÓN DE ESTAS ENFERMEDADES POR SU ALTO GRADO DE COMPLEJIDAD Y TRATAMIENTO	20
1.5.- ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN A PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS	24
1.6.- AVANCES QUE HASTA HOY HA HECHO EL ESTADO ECUATORIANO SOBRE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS QUE ADOLECEN DE ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS	25
1.7.- EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL	27
CAPÍTULO (2)	24
2.1.- CONSECUENCIAS PARA EL ESTADO GENERADAS POR EL DERECHO A LA ATENCIÓN ESPECIALIZADA Y GRATUITA, DE MANERA OPORTUNA Y PREFERENTE, EN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS	29
2.2.- FINANCIAMIENTO DE LA COBERTURA	29
2.3.- FOMENTAR LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA	31
2.4.-DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN	31
2.5.- SUPERVISAR Y CONTROLAR	32
2.6.- INFORMACIÓN Y SEGUIMIENTO	32
2.7.- NEGOCIACIÓN DIRECTA DE MEDICAMENTOS	32
2.8.- ESPECIALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN	32
2.9.- FOMENTAR LA AFILIACIÓN AL SEGURO SOCIAL	33
2.10.- DESTINAR LOS RECURSOS EN APLICACIÓN ESTRICTA DE LA	



CONSTITUCIÓN	33
2.11.- CAMPAÑAS DE PREVENCIÓN	34
2.12.- REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA SOBRE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS QUE PADECEN DE ENFERMEDAD	35
CAPÍTULO (3)	44
3.1.- DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE PADECEN DE ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS SEGÚN EL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN	44
3.2.- ATENCIONESPECIALIZADA	44
3.3.- ATENCIÓN GRATUITA	44
3.4.- ATENCIÓN EN TODOS LOS NIVELES	45
3.5.- DE MANERA OPORTUNA	46
3.6.- PREFERENTE	46
3.7.- PARA TODA PERSONA	46
3.8.- SU EXTENSIÓN	47
CAPÍTULO (4)	42
4.1.- FORMAS DE EXIGIR AL ESTADO LA MATERIALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	49
4.2.- DEFINICIÓN DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN	52
4.3.- LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR	53
4.4.- QUIÉN PUEDE PROPONER LA ACCIÓN	55
4.5.- LEGITIMACIÓN PASIVA	56
4.6.- JUECES COMPETENTES PARA CONOCER Y RESOLVER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN	56
4.7.-LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO	57
4.8.- EL PROCEDIMIENTO	57
CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFIA	64



UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

**“GARANTÍA ESTATAL DE PROTECCIÓN A PERSONAS CON
ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO
CINCuenta DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”**

**TESINA PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
DIPLOMADO EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
FUNDAMENTALES**

AUTOR: ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS

DIRECTOR: DR. GABRIEL TENORIO

CUENCA-ECUADOR

2010



INTRODUCCIÓN

Las enfermedades catastróficas o de alta complejidad, no han sido comunes en mi familia, por esa razón nunca les di la debida importancia y atención, pues no tenía conocimiento de familiares cercanos que hayan padecido alguna patología catastrófica, y tampoco que la causa del fallecimiento haya sido ocasionada por una enfermedad como el cáncer, problemas cardíacos, o alguna enfermedad degenerativa.

Decidí hacer este trabajo de investigación en vista de que hace casi dos años mi padre, a los 62 años, sin que nunca hay fumado un cigarrillo, ni haya realizado trabajos en los que estuvo expuesto a algún elemento cancerígeno, el 6 de noviembre del año 2008, a un mes desde que entró en vigencia la actual Constitución de la República, fue diagnosticado en la Clínica Santa Inés de esta ciudad, de un Adeno Carcinoma Pulmonar de origen desconocido.

Tener a un familiar tan cercano con un diagnóstico médico tan desfavorable, es devastador, y al mismo tiempo descubrir, que un posible tratamiento, con alguna probabilidad de alargar la vida le costará a la familia, unos \$ 4.000 (cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América) cada tres semanas, y cuando no se tiene esa cantidad de dinero, es aún mas demoledor.

En esas condiciones, las personas que nos aferramos a la vida de nuestros seres queridos, y que no contamos con los recursos económicos para afrontar los tratamientos médicos, nos vemos obligados a acudir a los hospitales públicos en busca de la asistencia médica.

Sin embargo, a pesar de que una norma de rango constitucional ampara a las personas que sufren de una enfermedad catastrófica, las autoridades administrativas de las casas de salud públicas, poco o nada saben del alcance de la disposición constitucional, y aún se rigen por reglamentos internos, del siglo pasado; todavía toman en cuenta el costo beneficio que implica un tratamiento médico a una persona “desahuciada”, desconociendo lo que implica el derecho a la vida, a la salud, a la atención prioritaria, principios consagrados en nuestra Constitución y que son el fundamento jurídico del artículo 50 del cuerpo normativo señalado.



Objetivo de la Investigación

La presente investigación persigue realizar un acercamiento y desarrollo, de la noción de la garantía contenida en la disposición del artículo 50 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es, la protección de las personas con afecciones catastróficas o de alta complejidad; dicho objetivo, tiene el afán de esclarecer y precisar las generalidades que rodean la garantía arriba referida, en virtud de que del tema, poco se ha dicho, menos aún escrito al respecto. Por lo tanto, consideramos una obligación insoslayable, hacer referencia al mismo, en vista del desconocimiento de este derecho que nos asiste a los ecuatorianos y de los largos padecimientos que enfrentan quienes intentan sobrellevar una existencia sometida a pesares tan graves.

Además es preciso señalar que, en numerosas ocasiones los centros de atención médica no se encuentran suficientemente enterados del alcance que tiene la garantía consignada en el Art. 50 de la CRE, pues, dependiendo del tipo, estado y desarrollo de la enfermedad, los derechos pueden ser más o menos amplios, así como las medidas correctivas que puede adoptar el juez, en caso de inobservarse el mandato constitucional en estudio, tales medidas serán distintas en atención de las particularidades que envuelva el caso sometido a estudio.



CAPÍTULO (1)

1.1.- GENERALIDADES

La Constituyente de Montecristi, sensible ante el sufrimiento de los ecuatorianos que padecen de una enfermedad catalogada como catastrófica, dispuso la protección por parte del Estado a todo ecuatoriano que padezca una de estas patologías en todos sus niveles.

La Constitución del año 2008, buscando asegurar una vida digna a los habitantes del Ecuador introdujo en el texto constitucional nuevos derechos que deben ser garantizados por el Estado. Un ejemplo modelo de estos nuevos derechos es el artículo 50 de la Constitución, en el que se establecen normas tendientes a la protección a las personas que sufren enfermedades catastróficas.

1.2.- FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN

El fundamento jurídico que sirve como base para que se haya dispuesto en la Constitución la protección del Estado a las personas que sufren de patologías catastróficas: son el derecho a la Vida, al Buen Vivir, que implica, el derecho a la Salud y la Seguridad Social, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, el derecho a la igualdad y el principio de equidad.

1.2.1.- EL DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida, es el primero de los derechos de la persona humana; pero a una vida digna; y una vida con dolor hace indigna la existencia del ser humano, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad. Además el derecho a la vida es un valor constitucional de carácter superior y su respeto y garantía aparece consagrado como un principio del ordenamiento jurídico político ecuatoriano. Asegurar la vida, no es solo el derecho subjetivo que se tiene sobre la vida, sino la obligación de los otros a respetar el derecho a seguir viviendo o a que no se anticipe la muerte.

1.2.2.- DERECHOS DEL BUEN VIVIR

Una de las formas por las que el Estado garantiza el buen vivir, es protegiendo a



las personas con enfermedades catastróficas, permitiendo de esta manera, el acceso a los servicios de salud, tratamiento y rehabilitación a las personas diagnosticadas con dichas enfermedades, con el fin de beneficiar efectivamente a esta población a través de los diferentes planes, programas y estrategias de intervención en salud, emitidas por el Ministerio de Inclusión Social.

La garantía de protección establecida en el artículo 50 de la Constitución de la República, constituye un avance en materia social; y los derechos sociales hoy en día están entendidos como aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante la abstención del sujeto obligado, requieren de una acción positiva por parte del Estado, que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio. Francisco Palacios Romeo, en el libro *Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales*, señala: **“El Estado social viene a suplir la hipótesis por la cual un ciudadano por el hecho de nacer igual y libre, tendría derecho a una parte alícuota de la riqueza y de los espacios que hubiera en dicha sociedad”**¹. Los derechos sociales, son los derechos de un hombre que no vive en la individualidad sino en el mundo global y local; son derechos fundamentales que exigen una verdadera tarea de gestión activa de parte del Estado para hacerlos posibles en el terreno de los hechos; los derechos sociales conllevan obligaciones de hacer, para el Estado.

1.2.3.- EL DERECHO A LA SALUD

El artículo 32 de la Constitución señala que “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se realiza 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 sustenten el buen vivir”.

El derecho a la Vida y la Salud se vinculan de tal forma que una y otra protección no puede escindirse. Sin Derecho a la Salud no hay Derecho a la Vida posible, pues más de una patología llevan al hombre a la muerte, el derecho fundamental subsume al derecho de prestación, porque lo que importa

¹. Francisco Palacios Romeo *Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales*



entonces es la defensa inmediata de la vida, que es un derecho supremo, que conlleva por entero la protección de la salud. No es que el derecho a la salud haya mutado su naturaleza, sino que por las circunstancias extraordinarias dentro de las cuales puede desenvolverse, debe recibir también un tratamiento extraordinario como el que se le otorga al derecho a la vida, es decir como fundamental”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 25 dice:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la Salud y el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”². La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la, Declaración Universal de los Derechos Humanos, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

1.2.4.- EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La incorporación de la garantía de protección por parte del Estado ecuatoriano a las personas que sufren de una enfermedad catastrófica, establecido en el artículo 50 de la Constitución de la República, no es producto del cumplimiento de una promesa de campaña, es la consecuencia que se da en un Estado que garantiza el derecho de todos los ecuatorianos a la Seguridad Social, derecho que está establecido en el artículo 367 de la Constitución de la República, que en el primer inciso señala. “El sistema de Seguridad Social es Público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes

² www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



de la población”³.

La **seguridad social** se refiere principalmente a un campo de bienestar social relacionado con la protección social o la cobertura de las necesidades socialmente reconocidas, como la salud, la pobreza, la vejez, las discapacidades, el desempleo, las familias con niños y otras.

La OIT define a la Seguridad Social como: “La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”⁴.

El objetivo de la seguridad social es la de ofrecer protección a las personas que están en la imposibilidad, temporal o permanente, de obtener un ingreso, o que deben asumir responsabilidades financieras excepcionales.

La Seguridad Social en el Ecuador siguiendo la tradición alemana, la cobertura es financiada por el empleador, el trabajador y el Estado; en este tipo de seguridad social, las tendencias van en dirección a que el Seguro Social a través de los hospitales que regenta, deben entonces cubrir todas las intervenciones imaginables, esta es una regla implícita que nace de la noción de que los hospitales del Seguro Social, son los garantes de hacer cumplir el mandato supremo de la salud como un derecho para todos los afiliados, y es el prestador de todos los servicios de salud que una persona necesite. Este derecho se traduce en prestaciones a cargo de una institución pública, que asume como función suya la atención de la salud de sus afiliados.

³ Constitución de la República del Ecuador Art. 367.

⁴ wikipedia.org/wiki/Seguridad_social



1.2.5.- EL DERECHO DE LAS PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA

La garantía constitucional establecida en el artículo 50, busca proteger a las personas que por el deterioro de su salud se encuentran en una situación de debilidad, por lo que el Estado como principal ente jurídico, y a su vez protector de sus ciudadanos tiene que asumir el cuidado y atención de las personas afligidas por estas enfermedades que a la larga a más de ocasionarles el debacle económico les ocasionará la muerte. Al respecto el artículo 35 de la Carta Magna es enfático al establecer que: **“Las personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad, y quienes adolezcan de enfermedad catastrófica, recibirán atención prioritaria, en los ámbitos público y privado”**; de esta forma el Estado protege a aquellas personas que por su estado de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

1.2.6. - EL DERECHO A LA IGUALDAD

La garantía estatal de protección a las personas que sufren de una enfermedad catastrófica busca además que el derecho a la igualdad establecido en el artículo 11 numeral 2 de nuestra Constitución, se haga efectivo, puesto que hoy en día, sólo tienen acceso a estos tratamientos médicos, quienes disponen del poder adquisitivo suficiente o a través de acciones judiciales, quedando sin ningún tipo de atención o cobertura quienes no disponen de medios económicos para afrontarlo. El propósito del artículo 50 de la Constitución es lograr que las enfermedades catastróficas sean incluidas como tema de interés general y que quienes las padecen, puedan ser atendidos y cubiertas sus necesidades, a fin de que el derecho a la igualdad no se vea limitado.

El artículo 11 de la Constitución Política, enmarca la igualdad de todos los ecuatorianos desde el mismo instante de nacer, además de promover dichas condiciones de igualdad, reales y efectivas.



1.2.7.- EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

El principio de equidad es aplicable a las acciones de los individuos. En una teoría de lo justo, el en el sentido de lo que es correcto o apropiado, forma parte de los principios que completan los principios de justicia aplicables a la estructura básica de la sociedad. Este principio exige de un individuo que haga lo que debe hacer según las normas de una institución, en tanto que la institución concernida sea justa, y que el individuo haya aceptado voluntariamente los acuerdos de la institución, teniendo en cuenta las ventajas directas o las oportunidades que el individuo logra de dicho acuerdo.

¿Que es un sistema justo de servicios de salud.

En sentido primario y elemental el término justicia es el de corrección o adecuación de algo, con su modelo. Justo significa en su primer sentido ajustado, lo que se ajusta al modelo. Así diremos que un acto es justo cuando resulta acorde con la ley, y de que ésta es justa, si es la expresión de los principios morales.

1.2.7.1.- La Justicia como proporcionalidad natural.

La justicia distributiva según Aristóteles es la que rige las relaciones del gobernante con sus súbditos, según Aristóteles la justicia distributiva regula la repartición de honores dinero o cualquier otra cosa entre miembros de la sociedad.

Dado el carácter natural de la desigualdad y la jerarquía dentro de la sociedad, para los griegos la distribución de honores y riquezas no puede hacerse de modo idéntico, sino proporcionado a las capacidades naturales. Para Aristóteles la distribución de lo honores riquezas dentro de la sociedad será justa siempre que conserve la proporción señalada, de modo que entre los diferentes estratos sociales de la ciudad debe darse desigualdades pero proporcionada, lo justo es lo proporcional y lo injusto lo que va en contra de la proporción.

En el Contrato Social Locke tiene una idead minimalista del Estado, el Estado mínimo, y el fin del Estado es permitir el ejercicio de los derechos naturales, a la vida, la salud la libertad la propiedad, cuando el Estado no permite el ejercicio de los derechos naturales, o lo hace mal, cuando las leyes no respetan los límites naturales, y dicta leyes que van mas allá de los poderes que les otorga el Contrato Social entonces las leyes son injustas. Ese modo de pensar a tenido
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



repercusión en el pensamiento de los liberales Adam Smith, David Ricardo, Robert Malthus, para ellos , se debe socorrer a los necesitados, pero no en virtud del principio de justicia distributiva, sino por caridad o el principio de beneficencia , afirman que la justicia no les obliga a contribuir al bienestar de otros, pero la caridad les manda ayudar aquellos que no tienen derecho a su ayuda, para los pensadores liberales el mercado sanitario debe regirse como todos lo demás, por las leyes del libre comercio, sin intervención de terceros, según ellos la relación medico paciente ha de acomodarse a los principios del libre mercado y por tanto no debe estar mediado por el Estado. Esta forma de pensar condena al médico como un salariado, y el paciente es el que paga directamente a los médicos y no la seguridad social o el Estado. Siguiendo el modelo de ejercicio médico liberal como unidad de medida, la sociedad occidental del siglo XIX, se distinguió por tres tipos de asistencia médica.

- 1).- Los ricos que pagan los honorarios médico quirúrgicos de su propio dinero.
- 2).- La clase media que cubre los gastos médicos a través de los seguros privados.
- 3).- Los pobres sin acceso a la asistencia sanitaria, y para corregir esa falta de asistencia, se crearon las llamadas instituciones de beneficencia sanitaria, pero no basado en el principio de justicia distributiva, sino en el principio de beneficencia.

En la actualidad el punto de vista liberal sostiene la tesis de que la salud es un derecho individual, que debe ser protegido por el Estado pero solo negativamente, no del modo positivo. El Estado tiene la obligación en justicia de impedir que alguien atente contra la integridad corporal, pero no de procurar asistencia sanitaria a todos los ciudadanos, esa es la diferencia entre el derecho negativo a la salud, y el derecho positivo a la asistencia sanitaria. Los seguros obligatorios de enfermedad no son exigibles en virtud del principio de justicia distributiva, una vez que esta se ha definido en la forma de pensador de Lock y Nozick.

H. Tristram Engelhardt, señala que un derecho humano fundamental a proporcionar una mínima asistencia sanitaria no existe según Engelhardt porque



la asistencia sanitaria no es negativa sino positiva, y por tanto no existe más que en aquellos lugares en que haya sido descubierto o legislado como tal.

En la actual discusión en torno a la justicia sanitaria, los liberales como Dan Beauchamp, señala que el hecho de que la salud sea un derecho negativo puede obligar al Estado a ciertas prestaciones sanitarias, ya que contra mi integridad física no solo atenta la persona que me arremete físicamente, sino también aquellos factores nocivos de carácter colectivo social que de algún modo controla el Estado, puesto que esas enfermedades las causa la sociedad y por tanto el Estado tiene la obligación de atenderlas mediante un amplio programa de asistencia social.

El pensamiento liberal a evolucionado y Baruch Brody acepta el criterio de Lock del trabajo como principio de apropiación, pero no lo entiende como criterio de adquisición, no de propiedad, dice Brody que ese cambio es necesario porque el valor de un producto, por ejemplo un campo viene dado por el valor de sus recursos naturales, y por el valor añadido por el trabajo, el trabajo por tanto otorga propiedad sobre el valor añadido, pero no sobre los recursos naturales, que son de todos, probablemente no es posible distribuir esos recursos entre todos, pero entonces quienes lo explotan deben compensar a los demás por la utilización en provecho propio de algo que no es suyo, por tanto en el Contrato Social tiene que estipularse siempre en los siguiente términos. Los recursos naturales de la tierra pertenecen a quienes la poseen, pero estos en compensación, deben una renta a los demás proporcionales a los recursos utilizados, esta renta puede cobrarse en forma de impuestos y utilizarse en un fondo de seguridad social que se distribuya igualitariamente entre todos. Esto constituiría la justicia distributiva para Brody, y a la asistencia sanitaria debería contemplarse como una parte de esa justicia distributiva, pero no como un derecho separado y autónomo, pues no existe un derecho particular a la asistencia sanitaria, sino un derecho genérico a la redistribución de cierta riqueza.

1.2.7.2.- La justicia como igualdad social.

Esta tesis ha tenido varias direcciones unos más utópicos y otras masas científicas.



Para Marx y Engels el Estado liberal no ha tenido otra ventaja que la de acabar con el Estado despótico y absolutista. Todo lo demás, el intento de convertirlo en doctrina permanente basada en la teoría de los derechos civiles y políticos carece de sentido. Es absurdo hipostasiar los derechos en forma que lo hace el pensamiento liberal, esos derechos son puramente irreales, no existen ni esos derechos ni el Estado que se funda en ellos son la estructura básica de la vida humana, sino una simple súper estructura que se funda en un nivel previo, el infraestructural compuesto por las condiciones materiales de vida en particular la propiedad privada de los medios de producción, ahí está el mal y la injusticia para Marx, y esto es algo que no solo ha sido atacado por los regímenes liberales, sino que más bien ha cobrado en ellos nuevo vigor por eso el tema de la justicia debe plantearse en el terreno económico, más concretamente en la propiedad privada. Para Marx la apropiación por parte de individuos concretos de los bienes de producción ha de considerarse siempre injusto, estos bienes no pueden ser de propiedad privada sino común. Para Marx el Estado basado en el respeto de los derechos humanos, civiles y políticos, no hace otra cosa que perpetuar la desigualdad y la injusticia, precisamente porque perpetúa la propiedad privada de los medios de producción.

Esto a su vez permite una nueva definición de justicia distributiva. Lo que debe distribuirse equitativamente no son los medios de producción, sino los de consumo. El problema surge en definir que significa equitativamente. Marx lo resuelve haciendo suya la idea de Louis Blanc, según la cual: "A cada uno debe exigírsele según su capacidad, y debe dársele según su necesidad", para el pensamiento liberal lo suyo era lo propio, en tanto que para Marx lo suyo es "lo que se necesita". La justicia distributiva no es adecuada si no da a cada uno "según sus necesidades". Solo así puede coincidir la justicia con la igualdad.

Para el pensamiento comunista la salud es una "capacidad" y la enfermedad una "necesidad", entendido así hace de la salud un bien de producción, y de la enfermedad un bien de consumo. Al ser un bien de consumo el Estado debe dar a cada cual según sus necesidades, y por tanto tiene la obligación de cubrir de modo gratuito y total la asistencia sanitaria de todos los ciudadanos.



1.2.7.3.- La justicia como bienestar colectivo.

El pensamiento de mayor influencia en los países occidentales no ha sido el marxista, sino el llamado socialismo democrático, como su nombre lo indica se trata de un sistema mixto mezcla de democracia liberal y Estado Social, eso a dado, lugar al surgimiento del Estado Social de Derecho, y sobre todo del Estado de Bienestar colectivo.

El objetivo del socialismo democrático fue corregir la teoría liberal mediante la introducción de un principio de igualdad re distributiva.

El liberalismo descubrió el derecho a la salud, el socialismo alumbró un nuevo derecho, el derecho a la asistencia sanitaria, el derecho a la salud es negativo, pues son exigibles antes de que exista una ley positiva, mientras que el derecho a la asistencia sanitaria es un derecho, positivo que el Estado tiene que llenar el contenido. El derecho a la salud es una especificación del principio de libertad, mientras que el derecho a la asistencia social se deduce del principio de igualdad. Para el socialismo la igualdad es la condición de posibilidad de toda auténtica libertad.

En el ámbito de la sanidad a partir del momento en que los países occidentales debieron elegir cuál era la forma de la seguridad social en sus países, la protección de la salud como un derecho social se generalizó al ser considerado como un elemento básico de toda política social de bienestar.

En la década de los años 70 del siglo pasado empezó a ponerse en tela de juicio la necesidad y racionalidad de las políticas públicas de bienestar que tanto había impulsado el llamado Welfare estate, y surgió la pregunta acerca de: ¿Es la asistencia sanitaria un derecho exigible en virtud del principio de justicia.

Su máximo representante fue, John Rawls, quien en 1971, publicó un conocido libro titulado la Theory of Justice. Para Rawls, la justicia no puede definirse como proporcionalidad natural ni como libertad contractual, ni tampoco como igualdad social sino como "equidad", algo completamente alejado de Aristóteles, Lock, Marx, y muy cercano a algunas ideas fundamentales de la ética Kantiana, Kant, definió a la persona como algo absoluto moral. Esto quiere decir que todo ser humano una vez alcanzado la edad de la razón, es autónomo y tiene un sentido



efectivo de la justicia. Desarrollada racionalmente el sentido de la justicia las consecuencia implícitas en su idea de la persona y de la moralidad, el ser humano puede construir la idea de una sociedad bien ordenada, esto supone poner entre paréntesis o no tener en cuenta ciertas cosas relacionadas con el papel de las personas en la sociedad, pero no con su puesto racional o puro. Tales son ventajas o desventajas derivadas de contingencias naturales o del azar social. A esta restricción mental es a lo que Rawls llama el “velo de la ignorancia”. Este último es un artificio al que recurre Rawls para indicar que los contratantes no deberán conocer su “posición original” por estar ella cubierta por el “velo de la ignorancia”. Esto significa que los eventuales signatarios del contrato habrán de deliberar y llegar a un acuerdo básico constituyente de la nueva sociedad justa sin saber cuál ha sido el resultado que la lotería de la vida les tiene reservado y que determina su condición social. Si los contratantes ignoran su situación de clase, color de la piel, talentos intelectuales, fuerza y destreza física estará garantizada la imparcialidad y equidad de los principios de justicia. El “velo de la ignorancia” que cubre a todos los individuos en la posición original garantiza, para Rawls, que los individuos elegirán el principio del mayor beneficio para los menos afortunados, con el propósito de protegerse en el caso de resultar entre los menos favorecidos.

Este criterio racional obliga a concordar como objetos básicos del principio de justicia ciertos bienes, sin los cuales la justicia procedimental pura sería inalcanzable, estos bienes sociales primarios son los siguientes: las libertades básicas, igualdad de oportunidades, derechos y prerrogativas; ingresos y riquezas, y condiciones sociales para el auto respeto y la autoestima. La tesis de Rawls es que una sociedad solo puede considerarse justa cuando todos los bienes sociales libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, y los fundamentos de la propia estima tienen que distribuirse de modo igual a menos que una distribución desigual de alguno de estos bienes o de todos ellos resulte ventajosa para los menos favorecidos. La justicia como Equidad de Rawls acepta cierto tipo de desigualdades, siempre que con aquellas se benefician a los desfavorecidos. Rawls da prioridad a la justicia y no a la libertad, en tanto que el principio de la diferencia sirve para justificar las excepciones,



El principio de equidad es el fundamento del artículo 50 de la Constitución, pero la equidad entendida, como que se acepta la desigualdad siempre que, ésta beneficie a los menos favorecidos. En este caso los menos favorecidos son las personas que padecen una enfermedad catastrófica, porque así lo quiso el asar de la vida, el Estado ecuatoriano se permite actuar en su favor, en forma desigual, destinando grandes cantidades de recursos económicos con el fin de brindarles la asistencia médica, pero sabiendo que los recursos invertidos en estas personas no les van a devolver la salud, y lo que se conseguirá es aplazar la muerte, alargando en ocasiones el sufrimiento humano, pues ante una enfermedad catastrófica, por mas recursos económicos que se consuman, el beneficio que se obtiene es poco.

Por el principio de equidad, el resto de la sociedad no se opone que se destine tantos recursos en personas que de todas formas morirán tempranamente, pues nadie sabe si mañana alguno de los que creemos estar sanos, vamos a necesitar la asistencia del Estado, y tengamos que hacer uso de la garantía constitucional establecida en el artículo 50 de nuestra Constitución.

El principio de equidad, es sumamente removedor ya que obliga a comparar ese ideal ético con la realidad y buscar siempre los cambios que eso implica; es por el principio de equidad, que no se plantea la ecuación costos beneficios, en la prestación de los servicios de salud que el Estado da a las personas, que por padecer una patología catastrófica, las posibilidades que tienen de recuperar la salud son mínimas.

El Estado en base del principio de equidad y de justicia distributiva, en la asignación de los recursos económicos de una sociedad, deberá tender a privilegiar a los sectores desfavorecidos; al momento de elaborar el Presupuesto General del Estado jerarquizando el gasto y fijando prioridades en materia de prestación de los servicios públicos, con el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades.

La práctica médica en todas las partes del mundo es esencialmente inequitativa; mientras los poderosos pueden pagar métodos sofisticados propios



de una tecnología de punta, la mayoría de los habitantes del planeta no tienen acceso ni siquiera a la atención primaria de salud, e ahí que el Estado por el principio de equidad viene a remediar esa inequidad en términos médicos, pues solo el Estado recaudador de los impuestos y protector de los individuos caídos en desgracia mediante la distribución equitativa de los recursos, es el que está en condiciones de financiar el acceso a los avances de la medicina a la personas que por su vulnerabilidad no están en condiciones de trabajar y financiar la cobertura de salud.

El principio de equidad que no ha merecido una atención preferente en la ética médica tradicional, es por eso que ahora debe ocupar un sitio prominente para los problemas que plantea la distribución de recursos sanitarios, siempre escasos en relación al número de pacientes siempre creciente que padecen una enfermedad catastrófica.

1.3.- CONCEPTO DE ENFERMEDAD CATASTRÓFICA

Según el diccionario Jurídico elemental de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, la palabra enfermedad significa: “Alteración más o menos grave de la salud, que provoca anormalidad fisiológica o psíquica, o de ambas clases a la vez, en un individuo”⁵. La legislación colombiana, en la ley 797 de 2003, define a la enfermedad catastrófica: “Como una enfermedad aguda o prolongada, usualmente considerada como amenazante para la vida o con el riesgo de dejar discapacidad residual importante. La enfermedad catastrófica, a menudo conlleva trastornos psicosociales que afectan de manera importante su evolución, porque altera el proceso de rehabilitación, los hábitos saludables y la calidad de vida y limita la adherencia a los tratamientos”⁶.

En la legislación ecuatoriana no hay una definición exacta de lo que debe entenderse por enfermedad catastrófica, por lo que La Subsecretaria De Extensión De La Protección Social En Salud Atención De Enfermedades Catastróficas, considera como enfermedad catastrófica a los problemas de salud que cumplan con las siguientes características:

⁵ Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, página 146.

⁶ Ley 797 de 2003. Revista Facultad Nacional de Salud Pública de Colombia.
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



- a) “Que impliquen un riesgo alto para la vida de la persona”;
- b) “que sea una enfermedad crónica y por tanto su atención sea emergente”;
- c) “que su tratamiento pueda ser programado”;
- d) “que el valor de su tratamiento mensual sea mayor a una canasta familiar vital publicada mensualmente por el INEC”.

“A esta categoría le corresponde también cualquier patología que, además de una dificultad técnica en su resolución, implica un alto riesgo en la recuperación y altas probabilidades de muerte del paciente; demandando además atención médica de alta complejidad, la cual incluye consulta especializada, alta tecnología para el diagnóstico, hospitalizaciones prolongadas, medicación muy específica, intervenciones quirúrgicas mayores, terapias de larga duración o instrumentación sofisticada y costos”⁷.

Las enfermedades catastróficas o de alta complejidad en la mayoría de los casos requieren de una evolución patológica prolongada, con largo período de incubación, gran variabilidad clínica y etiológica. Las posibilidades de recuperación son pocas ya que, lamentablemente muchas de estas enfermedades no presentan síntomas sino cuando la enfermedad ha progresado a estados muy avanzados, y se hacen de alguna manera irreversibles, tornándose refractarias a toda clase de tratamientos, la aplicación tardía de las intervenciones médicas, en la mayoría de los caso son paliativas y no de recuperación.

1.4.-CLASIFICACIÓN DE ESTAS ENFERMEDADES POR SU ALTO GRADO DE COMPLEJIDAD Y TRATAMIENTO

Las enfermedades Catastróficas por su alto grado de complejidad y tratamiento se clasifican por categorías:

1.4.1.- Primero: Las enfermedades que son crónicamente debilitantes graves,

⁷ Fuente: **MIES: Programa de Protección Solidaria PPS**
www.pps.gov.ec



de alto costo, diagnóstico tardío, de baja incidencia y son de origen genético.

Estas enfermedades son crónicamente debilitantes, amenazantes para la vida y algunas con una prevalencia menor de 1 por cada 10.000 personas, y otras con una prevalencia menor de 1 por cada 50.000 personas”⁸.

Estas enfermedades por tener origen genético, no son curables, pero sí se puede mejorar y controlar el deterioro físico de los pacientes que las padecen, es decir, que su tratamiento es paliativo, para la Organización Mundial de la Salud: “Los cuidados paliativos se definen por los enfoques asistenciales que mejoran la calidad de vida de los pacientes y sus familias cuando estos se ven enfrentados a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida. Este enfoque se realiza a través de la prevención y el alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales”⁹.

1.4.2.- Segundo: las enfermedades que tienen un alto costo en el tratamiento, son graves, fáciles de diagnosticar y la recuperación en muchos de los casos es total.

En esta categoría están ubicados aquellos padecimientos que requieren una gran erogación económica para el tratamiento, pero que son fáciles de diagnosticar, y una vez que se han cumplido los ciclos terapéuticos, la recuperación en muchos de los casos es total por ejemplo: el tratamiento quirúrgico para reemplazos articulares, los más comunes son los de cadera y rodilla, tratamiento con quimioterapia y radioterapia para el cáncer de origen linfático, que al ser diagnosticados en las primeras etapas son curables, tratamiento médico quirúrgico para el paciente que sufre un trauma mayor, trasplantes de órganos, tratamiento quirúrgico para las personas que sufren enfermedades del corazón.

⁸ Fuente Revista de Neurología, Vol. 33, num. 3, www.revneurolog.com

⁹ Fuente Revista de Neurología, Vol. 33, num. 3, www.revneurolog.com



1.11.3.-Tercero: las enfermedades graves adquiridas de fácil diagnóstico, pero que requieren de asistencia médica de por vida.

En esta categoría se ubican las enfermedades de rápido diagnóstico, pero que requieren asistencia médica de por vida, tales como diálisis para casos de Insuficiencia Renal Crónica, tratamientos para el SIDA y sus posibles complicaciones, tratamiento para el Adeno Carcinoma de origen desconocido.

1.4.3.- OTRAS CARACTERÍSTICAS

“Estas patologías para su tratamiento y cobertura requieren de hospitales con equipamiento y aparatología de refinada tecnología y laboratorios clínicos especializados para un diagnóstico eficaz¹⁰”

Personal médico con alta preparación y especialidad, con precisión en los diagnósticos, y efectividad en los procedimientos.

Involucra un desembolso monetario significativo, que excede el límite de gasto considerado normal, ya sea por episodios, por período de tiempo, en relación con el ingreso familiar. Estas patologías tienen en general un fuerte impacto económico, provocando un estado de insolvencia financiera temporal o definitiva, en el paciente o su familia cercana. Según datos estadísticos realizados por la Universidad de Antioquia Colombia: “Estas enfermedades representan el 65% de los costos totales de una institución aseguradora de salud. El estudio citado rebela que durante el período estudiado las enfermedades que ocasionaron el mayor egreso económico fueron las cardiovasculares, así como las neoplasias, las insuficiencias renales, las de tipo inmunodeficiente, y las degenerativas; al punto que pueden implicar un deterioro de los ingresos del paciente, de su familia cercana, y de la institución aseguradora, al generar un pago que excede su capacidad económica, pues consume más de un tercio del total del dinero aplicado a los servicios de salud”¹¹.

¹⁰ World Health Organization, 2003.

¹¹ Revista Facultad Nacional de Salud Pública de Colombia, Fac. Nac. Salud Pública volumen .24 no.2 Medellín Julio/ Diciembre. 2006



“La enfermedad catastrófica, deteriora ostensiblemente la calidad de vida de quienes la padecen, se considera que un diagnóstico temprano puede alcanzar a reducir el índice prematuro de muerte. La mayoría de las enfermedades crónicas afecta aspectos importantes de la vida en las personas que la padecen. Una de los principales cambios y quizás el que genera mayor deterioro es el aspecto emocional, ya que la persona se ve obligada necesariamente a un proceso de adaptación rápido para el cual pasa por diferentes etapas que suscitan una serie de emociones comúnmente negativas (miedo, ira, ansiedad)”¹².

En la mayoría de las patologías catastróficas el riesgo de que los tratamientos no hagan ningún efecto en el paciente, y no se pueda obtener un beneficio significativo para su salud, es muy frecuente.

Son altamente letales, según un estudio realizado por la Universidad de Antioquia Colombia: “La letalidad general de los que padecen de enfermedades catastróficas, es de un 22%. La tasa de letalidad específica fue mayor en los pacientes con insuficiencia renal crónica: 47%. En neoplasias, la letalidad fue de 34% y en cardiovasculares, de 11%. Y el costo de servicios en personas con Enfermedad Catastrófica que fallecieron en el período de un año fue de un 30% de los dineros totales invertidos en salud, se hace

evidente que la letalidad en las Enfermedades de Alta Complejidad, es alta y especialmente más alta en los casos de VIH, y cáncer, pues estas patologías no presentan síntomas sino cuando la enfermedad ya se ha desarrollado en el organismo del paciente. La cuantía de los dineros gastados en quienes de todas formas fallecen en el proceso de intervención médica agrega también elementos de reflexión a la polémica decisión de cómo invertir inteligentemente los recursos, ya que el presupuesto siempre es limitado, y las necesidades son muchas, sin embargo, una proporción importante de los recursos (30%) se invierte en unos pocos, sin que se obtenga en ellos el efecto fundamental de preservar sus vidas, dejando, además, la frustración por unos

¹² Fuente: Revista Facultad Nacional de Salud Pública de Colombia, Fac. Nac. Salud Pública volumen .24 no.2 Medellín Julio/ Diciembre. 2006



gastos fallidos y la innegable preocupación por las pérdidas sociales, humanas y económicas. Siempre quedará la inquietud sobre los eventuales beneficios que se habrían podido lograr si acaso se hubieran invertido los recursos en otras necesidades de salud de la comunidad que ofrecen un mejor balance de costo beneficio”.¹³

Las enfermedades catastróficas de alta complejidad son de baja incidencia, puesto que son padecidas por una mínima parte de la población del país.

1.5.- ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN A PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

Según datos de la Subsecretaría De Extensión de la Protección Social En Salud Atención de Enfermedades Catastróficas, en el Ecuador existen al momento aproximadamente 150.000 personas que padecen de las enfermedades consideradas como catastróficas agudas y crónicas, que equivale a una cifra mayor al 15% de todos los egresos hospitalarios considerados en el rango de estas enfermedades a nivel nacional y que esperan por tratamiento y ayuda urgente. Existe una cifra alarmante de enfermedades congénitas del corazón, de cáncer, de insuficiencia renal, los pacientes que requieren de diálisis al momento son 3.000 aproximadamente, y de ellos alrededor de 700 son potenciales candidatos a trasplante renal. Las personas anotadas reciben atención médica en los Hospitales dependientes del Ministerio de Salud Pública; los hospitales regentados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y en los hospitales de SOLCA los beneficiarios del Bono de la solidaridad que padecen de cáncer, siendo el Ministerio de Inclusión Social el que asume los costos de los tratamientos médicos.

¹³ Fuente: Revista Facultad Nacional de Salud Pública de Colombia, Fac. Nac. Salud Pública volumen .24 no.2 Medellín Julio/ Diciembre. 2006



1.6.- AVANCES QUE HASTA HOY HA HECHO EL ESTADO ECUATORIANO SOBRE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS QUE ADOLESCEN DE ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

El Estado ecuatoriano por intermedio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Ministerio de Inclusión Social, están dando atención a las personas que adolecen de una enfermedad catastrófica.

1.6.1.- Ministerio De Inclusión Social

El Ministerio de Inclusión Social ha creado la “Red de Protección Solidaria del MIES”, este programa ha sido creado con el objeto de brindar Apoyo Emergente en Situaciones Catastróficas Individuales para Personas y Hogares Ecuatorianos”, y cubre a todos los ecuatorianos y extranjeros residentes en territorio ecuatoriano que requieran su atención.

Este programa de asistencia comprende las siguientes prestaciones:

Salud: Derecho que les asiste a las familias que atraviesan una situación catastrófica específica a causa de una enfermedad grave o una discapacidad que sufre alguno o varios de los integrantes del grupo familiar

Los beneficiarios del Componente Salud de la Red de Protección Solidaria son todas las personas que padezcan alguna de las enfermedades catastróficas y discapacidades establecidas por el programa para su atención, y que estén siendo atendidas dentro del sistema público.

Los pacientes ingresan al programa a través de los Hospitales de Referencia de la red

Programa de Protección a la Salud que son los siguientes:

1. Hospital Eugenio Espejo, Quito.
2. Hospital Baca Ortiz, Quito.
3. Hospital Vicente Corral Moscoso, Cuenca.



4. Hospital Abel Gilbert Pontón, Guayaquil.

5. Hospital Francisco de Icaza Bustamante, Guayaquil.

El paciente atendido en el hospital de referencia de la RED-PPS, es valorado por el cardiólogo, oncólogo, nefrólogo, médico interno, etc. Y cuando el hospital dispone de recursos para la atención del paciente, es atendido completamente en dicha institución, pero cuando el hospital no dispone totalmente de recursos, necesita mecanismos de apoyo y si no es suficiente solicita apoyo a la RED-Programa de Protección a la Salud. Si el hospital no está en capacidad de atender al paciente, lo remite a un Sistema Privado o al Exterior.

1.6.2.-PATOLOGÍAS CUBIERTAS POR LA RED PROGRAMA DE PROTECCIÓN A LA SALUD

- 1) Todo tipo de malformaciones congénitas de corazón, valvulopatías mitrales y tricúspideas.
- 2) Todo tipo de cáncer.
- 3) Tumor cerebral en cualquier estadio y de cualquier tipo.
- 4) Insuficiencia renal crónica.
- 5) Trasplantes de órganos: riñón, hígado, médula ósea.
- 6) Secuelas de Quemaduras graves.
- 7) Para el subcomponente de discapacidades: prótesis externas de miembros superiores e inferiores, implantes cocleares, ortesis (sillas postulares).

Con el programa implementado por el gobierno central es posible la gratuidad para el tratamiento de las enfermedades catastróficas; por ejemplo, las personas que padecen de insuficiencia renal y necesitan diálisis tienen asistencia en su enfermedad.¹⁴

¹⁴ Fuente: MIES: Programa de Protección Solidaria PPS

www.pps.gov.ec



La red Programa de Protección a la Salud, ha dado atención médica a más de 4 mil casos de personas con enfermedades catastróficas como las antes descritas, las que se han beneficiado, desde que la Red de Protección Social que los ministerios de Salud y de Inclusión Social lanzaron en septiembre del 2008.

El objetivo de esta red es financiar los costos que implican los procedimientos médicos o cirugías dentro o fuera del país, según la necesidad.

1.7.- EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, da atención médica, hospitalaria, y medicina, a todos los afiliados a esta institución y a los beneficiarios del Seguro Social Campesino, por medio de los hospitales regentados por esta institución en todo el Ecuador. En lo tocante a las enfermedades catastróficas el IESS, en el documento reformativo para la reforma de la Ley de Seguridad Social, No 2001-55, en materia de salud señaló lo siguiente:

- a. "Se incluye a las enfermedades crónicas degenerativas dentro de las financiadas mediante seguros colectivos".
- b. "Se establece el examen médico previo al registro de afiliación con o sin relación de dependencia, su cónyuge e hijos, con el fin de determinar el financiamiento de la protección de enfermedades crónicas degenerativas preadquiridas".
- c. "Se supera la inconstitucionalidad de la elaboración de los protocolos médicos".
- d. "Se prevé el tratamiento de enfermedades catastróficas reconocidas por el Estado como problemas de salud pública, con un fondo solidario financiado en un 50% con el aporte obligatorio de los afiliados y empleadores y en un 50% con la contribución obligatoria del Estado".
- e. "Prestaciones de salud suficientes, adecuadas y oportunas, que se extiende al tratamiento de las complicaciones. Atención de emergencia obligatoria".
- f. "Contratación de insumos médicos, fármacos y material quirúrgico



directamente con los fabricantes y distribuidores autorizados, mediante Reglamento del Ejecutivo”.

g. “Se incluye como proveedores de servicios de salud a las unidades que conforman el Sistema Nacional de Salud. Los contratos deberán demostrar una infraestructura física y tecnológica de primer nivel y brindaran servicios integrales de atención a la salud”.

h. “Se establece un proyecto sostenido de equipamiento, reequipamiento y mantenimiento de las unidades médicas del IESS, que les permita competir con el resto de proveedores de servicios de salud, para ello se asignará un financiamiento acorde a su nivel de complejidad”¹⁵.

¹⁵ Documento reformativo para la reforma de la Ley de Seguridad Social, No 2001-55. ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



CAPÍTULO 2

2.1.- CONSECUENCIAS PARA EL ESTADO GENERADAS POR EL DERECHO A LA ATENCIÓN ESPECIALIZADA Y GRATUITA, DE MANERA OPORTUNA Y PREFERENTE, EN ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

El artículo 50 de la Constitución señala que: “El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas el derecho a la atención especializada y gratuita de manera oportuna y preferente en todos los niveles,”¹⁶.

Garantizar implica avalar, responder, satisfacer, sufragar, costear, sancionar; por lo tanto el Estado tiene que hacer efectiva la garantía constitucional, materializarla mediante las políticas públicas. El artículo 11 numeral 8, inciso primero de la constitución señala que: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”¹⁷.

Para que se haga efectiva la garantía indicada en el artículo 50 de la Constitución el Estado tiene que establecer Políticas Públicas dirigidas a su materialización, y para esto tiene que contar con recursos económicos que financien la cobertura.

2.2.- FINANCIAMIENTO DE LA COBERTURA

El financiamiento de los tratamientos médicos de este tipo de enfermedades recae sobre el Estado pues la norma constitucional señala que la protección del Estado será gratuita en todos lo niveles.

Por disposición del artículo 294 de la Constitución: “La Función Ejecutiva elaborará cada año la proforma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrianual. La Asamblea Nacional controlará que la proforma anual y la programación cuatrianual se adecuen a la Constitución, a la ley, y al plan Nacional de desarrollo

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador Art.50

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador Art. 11 numeral 8.



y, en consecuencia las aprobará u observará”¹⁸. Por lo tanto le corresponde a la función Ejecutiva destinar una partida anual para atender estas enfermedades.

La Constitución ha dispuesto en la disposición transitoria vigésimo segunda, que: “El Presupuesto General del Estado destinado al financiamiento del sistema nacional de salud se incrementará cada año en un porcentaje no inferior al 0,5% del Producto Interno Bruto (PIB), que representa aproximadamente 240 millones de dólares por año, hasta alcanzar al menos el 4% del PIB”¹⁹. Pero este presupuesto está destinado a

atender a todo el sistema de salud del país, y con tantas erogaciones que diariamente tienen que hacer las casas de salud del país, los recursos asignados no van a poder sufragar la cobertura de las enfermedades catastróficas, puesto que este tipo de afecciones demanda recursos sistemáticamente por encima del promedio poblacional, y al pretender dar cobertura a las enfermedades catastróficas con mecanismos similares a los aplicados para enfermedades comunes, la atención se va convertir en una negación de facto, debido a la sobredemanda y el desorden administrativo que prima en los hospitales públicos, pues las debilidades más visibles de los hospitales públicos son los problemas fiscales.

Para que el Estado ecuatoriano pueda honrar la garantía constitucional, esto es, comprometerse a desarrollarla en el corto o mediano plazo, en la forma que textualmente señala el artículo 50 de la Constitución de la República; necesariamente tiene que reestructurar el sistema de salud, y para esto debe contar con los recursos económicos. En base a la obligación adquirida, del Presupuesto General del Estado se tiene que establecer un fondo para financiar la cobertura de dichas prestaciones de salud. Esta partida presupuestaria debe ser destinada exclusivamente a brindar la protección a todas las personas que requieran la ayuda del Estado por padecer una patología catastrófica.

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador Art. 294.

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador Transitoria Vigésima Segunda.



Con el presupuesto que se asigne, el Gobierno Central debe elaborar un análisis de las necesidades que prioritariamente deben ser atendidas y, en base de tal estudio, efectuar una distribución equilibrada de tales recursos, dotar de los instrumentos necesarios, a todos los hospitales públicos de las capitales de provincia, evitando de esta forma que los hospitales de tercer nivel como los de Quito Guayaquil y Cuenca colapsen debido a la gran cantidad de pacientes que de todas partes del país requieren la asistencia.

Si el Estado ecuatoriano no cuenta con un mecanismo capaz de financiar la asistencia a los que padecen de una enfermedad catastrófica, la garantía constitucional va quedar en letra muerta, y lo que va a suceder es que muchos de los directores de los hospitales públicos con el pretexto de carecer de recursos, traten de eludir estas responsabilidades, llevando a que una parte importante de las personas que padecen dichas enfermedades no sean asistidas, lo que en consecuencia se traducirá en demandas en contra del Estado; y por el temor de las instituciones de salud pública, a ser demandados por la falta de atención, estas instituciones se verán obligadas a dar la indicada cobertura, pero esta atención se hará parcialmente o con niveles de muy mala calidad debido a la falta de recursos.

2.3.- FOMENTAR LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

El Estado ecuatoriano coordinando con organismos especializados públicos y privados, tiene que incentivar el desarrollo de investigaciones científica en procura de estudiar las enfermedades catastróficas, buscando la posibilidad de diagnósticos temprano, tratamientos preventivos, los posibles medicamentos, en pro de una mejor calidad y expectativa de vida, los aspectos psicológicos y psiquiátricos asociados con estas enfermedades no solo desde el punto de vista de los pacientes sino de sus familiares.

2.4.- DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN

El Estado debe velar porque los prestadores de servicios de salud mantengan la búsqueda activa de casos relacionados con las enfermedades catastróficas, de conformidad con las guías adoptadas por el Gobierno Nacional, estableciendo una serie de acciones tendientes a la divulgación de las enfermedades



catastróficas, con el objetivo de crear sensibilidad y conciencia social en razón de dichas enfermedades.

2.5.- SUPERVISAR Y CONTROLAR

El Gobierno tiene que supervisar que las prestaciones que se da a las personas que sufran de una enfermedad catastrófica, gocen de una atención adecuada, completa y oportuna, mediante la expedición de guías médicas concertadas con las diferentes sociedades científicas.

2.6.- INFORMACIÓN Y SEGUIMIENTO

El gobierno tiene que implementar un sistema de información de registro de pacientes que padecen enfermedades catastróficas, a través del reportes obligatorios, por medio de la información que suministren las direcciones provinciales de salud, de los pacientes que son diagnosticados y atendidos por el Ministerio de Salud, y por los hospitales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; buscando generar un sistema de información básico sobre enfermedades catastróficas que proporcione un mayor conocimiento sobre la incidencia de los casos, la prevalencia, la mortalidad o en su defecto el número de casos detectados en cada área geográfica, permitiendo identificar los recursos sanitarios, sociales y científicos, que puedan contribuir a un mejor conocimiento de dichas enfermedades.

2.7.- NEGOCIACIÓN DIRECTA DE MEDICAMENTOS

El Estado tiene que establecer un sistema centralizado de negociación y compra con las farmacéuticas y laboratorios productores e importadores de medicamentos y tecnologías, que permita el acceso equitativo para todos los pacientes a través de una mejor administración de los recursos financieros.

2.8.- ESPECIALIZACIÓN Y CAPACITACIÓN

El Estado tiene que contar también con un equipo médico humano especializado en enfermedades de alta complejidad, para esto debe financiar las becas de pre grado y pos grado suficientes para que los médicos y el resto de profesionales que complementan el personal hospitalaria del país puedan especializarse en



este tipo de patologías.

2.9.- FOMENTAR LA AFILIACIÓN AL SEGURO SOCIAL

La Constitución en el artículo 34, señala: “El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realicen trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo, y a quien se encuentren en situación de desempleo”²⁰. Promover la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de todo el conglomerado humano indicado en el citado artículo de la Constitución, es una de las formas de garantizar la protección a los individuos que se vean aquejados por una enfermedad catastrófica, ya que en el evento de que se vean aquejados por alguna de esas afecciones, cuenten con las prestaciones médicas, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social está obligado a brindar a sus afiliados. Esta Institución del Estado ecuatoriano es la que al momento cuenta con más solvencia económica que ninguna otra, y está en condiciones de asumir este tipo de coberturas, descongestionando de esta manera a los hospitales del Ministerio de Salud, los que en su mayoría carecen de tecnología y recurso humano, y no están en condiciones óptimas para dar la atención especializada, gratuita, oportuna y preferente como lo ordena en forma textual el artículo 50 de la Constitución de la República.

2.10.- DESTINAR LOS RECURSOS EN APLICACIÓN ESTRICTA DE LA CONSTITUCIÓN

El inciso segundo del artículo 366 de la Constitución dispone: “El Estado financiará a

las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas y privadas siempre que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas, y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos”²¹. El Estado debe apoyar financieramente a las instituciones de salud autónomas y privadas que se dediquen al estudio, tratamiento y curación de las personas que padecen de una enfermedad catastrófica, sería otra manera de hacer efectiva la garantía

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art.34.

²¹ Constitución de la República del Ecuador Art.366.



establecida en el artículo 50 de la Constitución, y de este modo se descongestionarían los hospitales públicos; pero el texto constitucional dice que este apoyo será a las instituciones que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones. Sin embargo a más de los hospitales y centros de salud del Estado, no conozco ninguna institución que sea privada sin fines de lucro y que garanticen gratuidad en las prestaciones de salud que brinda; pueden algunas instituciones decir que no tienen fines de lucro, pero de ahí a que las prestaciones que brinden sean gratuitas hay mucha diferencia, esto al menos en la ciudad de Cuenca no sucede. Por lo que urge que el Estado priorice los recursos y los canalice a instituciones que si brindan servicios de salud gratuitos, y que son las casas de Salud del Ministerio de Salud. Pues en esta ciudad la institución dedicada al estudio, tratamiento y curación de una enfermedad catastrófica como el cáncer en todas sus formas, por ejemplo SOLCA, pero esta es una institución privada autónoma, sin fines de lucro; pero hasta donde yo sé, ahí se cobra hasta por la consulta, y si aplicamos estrictamente el artículo 366, esta institución no debería recibir el apoyo del Estado, pues aunque las prestaciones son de calidad, se respeta a las personas, estas no son gratuitas.

2.11.- CAMPAÑAS DE PREVENCIÓN

Es urgente que el Estado realice una campaña de detección temprana de las enfermedades catastróficas y de alta complejidad para identificar casos de enfermedad en fases iniciales, mediante la realización de pruebas tamiz efectuada por Ministerio de Salud Pública, orientando al individuo hacia un diagnóstico definitivo y tratamiento oportuno, no solo reduciendo la mortalidad sino mejorando su calidad de vida.

Finalmente el Estado debe promover las acciones positivas para prevenir, promover, educar sobre las enfermedades catastróficas y proteger los derechos de todas las personas que padecen dichas enfermedades; generando condiciones para que la igualdad, sea real y efectiva y adoptando medidas a favor de todas las personas que padezcan enfermedades catastróficas, para que estas gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna



discriminación en el acceso a los servicios.

2.12.- REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA SOBRE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS QUE PADECEN DE ENFERMEDAD CATASTRÓFICA

2.12.1.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

En la Constitución de la República del Ecuador el artículo que en forma expresa se refiere a la protección a las personas que sufran de una enfermedad catastrófica es concretamente el ya citado artículo 50 y que es materia de la presente investigación, tema central de la Tesina, pero hay otros artículos que están conexos con este derecho como son los derechos relativos a la salud, que se encuentran consignados en el artículo 32, el que de manera específica señala que: “La salud en sí es un derecho que además está garantizado por el Estado a través de políticas públicas que inciden en la salud, así como la intersectorialidad para la promoción de la salud y el acceso a los servicios en todos los niveles de atención”. Es decir señala mecanismos con los cuales se hará efectivo ese derecho para que toda persona disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El artículo 358, en adelante define a la red pública integral de salud como parte del Sistema Nacional de Salud (SNS) y sus actores (incluyendo la seguridad social). Se garantiza la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, la atención universal y gratuita, el financiamiento de la salud a través de una preasignación.

La Carta Suprema, en el artículo 362, dispone que “La atención en salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan la medicina ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información de los paciente”.

“El Estado ha consagrado la gratuidad de la salud en todos los niveles de atención, que comprende los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios, y que estos servicios médicos serán de calidad y calidez, garantizando la información confidencial de los pacientes,



como señala el artículo”²².

Es necesario también citar la norma del Art.365, donde dicen: “Por ningún motivo los establecimientos públicos o privados, ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia, su negativa será sancionada por la ley”²³.

Otra disposición constitucional que también está conexas con el artículo 50 es el capítulo tercero, en el título Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, que en el inciso primero del artículo 35 señala: “Las personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en lo ámbitos público y privado”.

El Ecuador, es el segundo país en el mundo que incluye en la Constitución Política del Estado la no discriminación por la Orientación Sexual, así como la no discriminación por estado de salud, en especial por padecer el VIH (SIDA), el mismo que está consagrado en el artículo 11 numeral 2) inciso segundo.

2.12.2.- TRATADOS INTERNACIONALES

En cuanto a los tratados intencionales que el Estado ecuatoriano haya ratificado sobre la protección a las personas que sufren de una enfermedad catastrófica, tenemos que el Ecuador ha ratificado prácticamente todos los Tratados y Convenios Internacionales en el Sistema Universal de Derechos Humanos y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con relación a una enfermedad catastrófica como el VIH/SIDA, ha firmado el Convenio Hipólito Unanue, formando parte del Organismo Andino de Salud, otros como el Convenio para la Red Andina de Vigilancia Epidemiológica (RAVE); Acceso a tratamiento de Medicamentos Antirretrovirales en la Subregión Andina y la Declaración de Compromisos sobre VIH/SIDA.

²² Constitución de la República del Ecuador, Art.362.

²³ Constitución de la República del Ecuador, Art.365.



2.12.3.- LEY ORGÁNICA DE LA SALUD

Los artículos de la Ley Orgánica de la Salud que están conexos con el artículo 50 de la Constitución de la República son los derechos relativos a la salud, que se encuentran consignados en el artículo, 1 que señala: “La presente Ley tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley. Se rige por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético”²⁴.

El artículo 3 del mismo cuerpo legal señala que: “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 numeral 5 del artículo 6, señala que es responsabilidad del Ministerio de Salud: “Regular y vigilar la aplicación de las normas técnicas para la detección, prevención, atención integral y rehabilitación, de enfermedades transmisibles, no transmisibles, crónico-degenerativas, discapacidades y problemas de salud pública declarados prioritarios, y determinar las enfermedades transmisibles de notificación obligatoria, garantizando la confidencialidad de la información”.

Por su parte el numeral 20, del citado artículo señala que es Obligación del Ministerio de Salud: “Formular políticas y desarrollar estrategias y programas para garantizar el acceso y la disponibilidad de medicamentos de calidad, al menor costo para la población, con énfasis en programas de medicamentos genéricos”.

En el capítulo tercero en los Derechos y deberes de las personas y del Estado en relación con la salud, el Art. 7, señala que: “Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos, a): “El acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud”.

²⁴ Ley Orgánica de la Salud
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



- b) “Acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, dando atención preferente en los servicios de salud públicos y privados, a los grupos vulnerables determinados en la Constitución Política de la República”;
- e) “Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna”.
- f) “Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis”.
- g) “Recibir, por parte del profesional de la salud responsable de su atención y facultado para prescribir, una receta que contenga obligatoriamente, en primer lugar, el nombre genérico del medicamento prescrito”.

Derechos y deberes de las personas y del Estado en relación con la salud:

- i). “Utilizar con oportunidad y eficacia, en las instancias competentes, las acciones para tramitar quejas y reclamos administrativos o judiciales que garanticen el cumplimiento de sus derechos; así como la reparación e indemnización oportuna por los daños y perjuicios causados, en aquellos casos que lo ameriten”.

El Art. 8, de mismo cuerpo legal señala que: “Son deberes individuales y colectivos en relación con la salud”²⁵.

- a) Cumplir con las medidas de prevención y control establecidas por las autoridades de salud;
- b) Proporcionar información oportuna y veraz a las autoridades de salud, cuando se trate de enfermedades declaradas por la autoridad sanitaria nacional como de notificación obligatoria y responsabilizarse por acciones u omisiones que pongan en riesgo la salud individual y colectiva;
- c) Cumplir con el tratamiento y recomendaciones realizadas por el personal de salud para su recuperación o para evitar riesgos a su entorno familiar o comunitario;

²⁵ Ley Orgánica de la Salud
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



El artículo Art. 9, del mismo cuerpo legal dispone que: “Corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de las personas, para lo cual tiene, entre otras, las siguientes responsabilidades”²⁶:

- a) Establecer, cumplir y hacer cumplir las políticas de Estado, de protección social y de aseguramiento en salud a favor de todos los habitantes del territorio nacional;
- b) Establecer programas y acciones de salud pública sin costo para la población;
- e) Establecer a través de la autoridad sanitaria nacional, los mecanismos que permitan a la persona como sujeto de derechos, el acceso permanente e ininterrumpido, sin obstáculos de ninguna clase a acciones y servicios de salud de calidad;
- f) Garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad a bajo costo, con énfasis en medicamentos genéricos en las presentaciones adecuadas, según la edad y la dotación oportuna, sin costo para el tratamiento del VIH-SIDA y enfermedades como hepatitis, dengue, tuberculosis, malaria y otras transmisibles que pongan en riesgo la salud colectiva;
- i) Garantizar la inversión en infraestructura y equipamiento de los servicios de salud que permita el acceso permanente de la población a atención integral, eficiente, de calidad y oportuna para responder adecuadamente a las necesidades epidemiológicas y comunitarias.

El capítulo dos de las enfermedades transmisibles, en el Art. 61, señala que: “Las instituciones públicas y privadas, los profesionales de salud y la población en general, reportarán en forma oportuna la existencia de casos sospechosos, probables, compatibles y confirmados de enfermedades declaradas por la autoridad sanitaria nacional como de notificación obligatoria y aquellas de reporte internacional. Las instituciones y profesionales de salud, garantizarán la confidencialidad de la información entregada y recibida”.

El artículo Art. 67, del mismo capítulo dispone que: “El Estado reconoce al contagio y la transmisión del VIH-SIDA, como problema de salud pública”.

“La autoridad sanitaria nacional garantizará en sus servicios de salud a las personas viviendo con VIH-SIDA atención especializada, acceso y disponibilidad de medicamentos antiretrovirales y para

²⁶ Ley Orgánica de la Salud
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



enfermedades oportunistas con énfasis en medicamentos genéricos, así como los reactivos para exámenes de detección y seguimiento”.

“Las responsabilidades señaladas en este artículo corresponden también al sistema nacional de seguridad social”.

Y el Art. 68, señala que: “Se suministrará la anticoncepción que corresponda, previo consentimiento informado, a mujeres portadoras de VIH y a aquellas viviendo con SIDA. Esto incluye anticoncepción de emergencia cuando el caso lo requiera, a juicio del profesional responsable de la atención”²⁷.

2.12.4.- LEY DE PREVENCIÓN Y ASISTENCIA INTEGRAL DEL VIH/SIDA Esta

Ley publicada en el Registro Oficial con el número 58, el 14 de abril del año 2000, entre otros de sus aspectos, creó al Instituto Nacional del SIDA –INSIDA-, dependiente del Ministerio de Salud Pública, es el organismo encargado de dictar, normar y dirigir las acciones de prevención, tratamiento y control del SIDA en el país, en coordinación con instituciones y organizaciones que trabajan en el control de la enfermedad, además proporcionará asistencia técnica a las organizaciones públicas y privadas que brinden atención al las personas que padezcan una enfermedad catastrófica como el SIDA.

La ley en mención se fundamenta en cinco ejes esenciales:

1. **Prevención.** Que corresponde a todas las acciones, planes y programas para todos los niveles educativos, y campañas dirigidas a la población en general.

2. **Asistencia.** Proveer tratamiento y facilitar el acceso a medicamentos especializados, incluida toda clínica diagnóstica a personas que viven con el VIH/SIDA.

3. **Control Epidemiológico.** Monitoreo y vigilancia de laboratorios clínicos públicos y privados que realizan pruebas de diagnóstico del VIH/SIDA y llevar registros de los mismos. Así como también, investigación y monitoreo sobre el impacto social del SIDA y sobre la eficacia de los programas que se ejecutan para disminuir dicho impacto.

²⁷ Ley Orgánica de la Salud.



4. **Derechos y Deberes.** Define responsabilidades tanto para los prestadores de servicios de atención públicos y privados, como de las PVIH/SIDA donde establece responsabilidades punitivas con relación a la transmisión voluntaria del VIH a terceras personas.

5. **Defensa de Derechos.** Establece líneas de protección de los derechos de las PVIH/SIDA, estableciendo pertinencia tanto a la Defensoría del Pueblo y/o fiscalías, facilitando con ello el acceso a la justicia en caso de violaciones a los derechos humanos vinculados con la epidemia del SIDA.

2.12.5.- CÓDIGO PENAL

El Código Penal, en el capítulo X en los delitos contra la salud Pública, específicamente en el artículo 432, señala que “Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ochenta a cinco cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de América, el que propague, a sabiendas, una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas”²⁸.

2.12.6.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Estos delitos son de acción Penal Pública por lo que dispone el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

Existen otras regulaciones relacionadas con el contagio del VIH por el adulterio, el trabajo sexual masculino, y cuentan con regulaciones que involucran sanciones civiles y penales.

2.12.7.- REGLAMENTO PARA LA ATENCIÓN A PERSONAS QUE VIVEN CON EL VIH/SIDA

El reglamento publicado en el Registro Oficial del 20 de diciembre del 2002, compete a

lo relativo al área de atención al paciente VIH/SIDA de la “Ley de Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA”, y se fundamentaba en el Artículo 42 de la Carta Magna que estaba vigente en ese entonces: “Garantiza para todos

²⁸ Código Penal ecuatoriano, art.432.



los ecuatorianos el derecho a la salud, su promoción y protección conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia”²⁹; en el reconocimiento de: “Que constituye un grave problema de salud pública, la infección por el virus de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA), así como otras infecciones de transmisión sexual (ITS)”³⁰.

El reglamento es un instrumento que pretende hacer operativo lo formulado en la ley, de tal manera que “permita dotar al país de un instrumento normativo que facilite la ejecución de las acciones de prevención, diagnóstico y tratamiento del VIH/SIDA, y pretende esencialmente facilitar el acceso a los servicios de salud a las personas con el VIH/SIDA y a una atención con enfoque integral.

El reglamento tiene entre sus objetivos:

1. Promover la atención especializada a personas que viven con VIH/SIDA y sus familiares a través de servicios especializados.
2. Estandarizar la atención de las personas con VIH/SIDA.
3. Impulsar la disminución de la transmisión vertical (madre-niño).
4. Precautelar el derecho de las personas viviendo con VIH para acceder a servicios de salud.

Para su cumplimiento compromete lo siguiente:

1. Capítulo 2. El Ministerio de Salud: “cubrirá de manera gratuita la atención de las personas viviendo con el VIH, tanto a nivel de consulta externa como hospitalización, incluyendo los exámenes y medicamentos establecidos para controlar la infección por el VIH/SIDA y las enfermedades relacionadas con la misma”³¹, según se ha establecido en las: “Guías de atención de las personas

²⁹ Reglamento para la atención a personas que viven con el VIH/sida, publicado en el Registro Oficial del 20 de diciembre del 2002

³⁰ Reglamento para la atención a personas que viven con el VIH/sida, publicado en el Registro Oficial del 20 de diciembre del 2002

³¹ Reglamento para la atención a personas que viven con el VIH/sida, publicado en el Registro Oficial del 20 de diciembre del 2002



viviendo con el VIH/SIDA en Unidades de Salud”. Incluye también “las pruebas de tamizaje confirmatoria de la infección por VIH para las embarazadas, y, la profilaxis de la transmisión perinatal”.

2. Reglamenta también el acceso gratuito a la atención, exámenes y medicamentos antirretrovirales (ARV), que incluye entre las regulaciones de entrega la “suspensión de tratamiento y de todos los beneficios del Programa”.

3. Define los Centros de Referencia para la atención al paciente VIH/SIDA dentro del sistema público de salud³².

El Congreso Nacional ha amnistiado a varios extranjeros privados de la libertad en situación Terminal SIDA, para que retornen a sus países de origen.

Sin embargo, y a pesar de las leyes que fueron promulgadas antes de que en Octubre del 2008 se aprobara y entre en vigencia la Constitución de la República, en el país aun no se ha implementado un sistema nacional integrado de salud, en su lugar hay una suma inconexa de prácticas, que se ha ido dando a través de la historia de este sector que impiden de manera contundente concretar los derechos consignados constitucionalmente, ya que existe un sistema fragmentado donde convergen varios sectores, como es el caso del Ministerio de Salud Pública, el Seguro Social y el Seguro Social Campesino, y el Ministerio de Inclusión Social³³.

En la actualidad a pesar de las acertadas políticas de asistencia Social del gobierno, aún no existe realmente una política nacional, permanente, que garantice a la población del país atención en salud a largo plazo.

Estos factores afectan al conjunto de la población, y de manera particular a las personas que viven con una enfermedad catastrófica como el VIH/SIDA y otras enfermedades calamitosas.

³² Tribunal Constitucional. Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA. Registro Oficial No. 58, Quito 14 de Abril del 2000, pag.. 2-3

³³ Ministerio de Salud Pública, Plan Estratégico Nacional sobre VIH/SIDA 2001-2003, Quito. Octubre 27 del 2000



CAPÍTULO 3

3.1.- DERECHOS DE LAS PERSONAS QUE PADECEN DE ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS SEGÚN EL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN

Los derechos de las personas que padecen de una enfermedad catastrófica están implícitos en el artículo cincuenta de la Constitución, siendo los siguientes:

3.2.- ATENCIÓN ESPECIALIZADA

Las personas que sufren de una enfermedad catastrófica tienen el derecho a recibir atención especializada, efectuada por médicos con formación de postgrado, con conocimientos médicos especializados relativos a un área específica del cuerpo humano, a técnicas quirúrgicas o a un método diagnóstico determinado, debiendo el médico estar dedicado a una sola especialidad.

La atención especializada incluye también medicina de calidad, entendida como tal los medicamentos que incluyan dos características básicas: eficacia y seguridad. La eficacia se define como la capacidad de un medicamento para obtener la acción terapéutica buscada en tiempo y forma, se entiende que un medicamento es seguro en tanto los riesgos que tiene para el paciente resultan aceptables en términos de un análisis de riesgo-beneficio. Más generalmente puede entenderse que un medicamento es de buena calidad cuando satisface una cierta necesidad médica, no en forma ideal o excelsa sino en forma adecuada.

3.3.- ATENCIÓN GRATUITA

La Constitución en forma taxativa ha señalado que la atención que el Estado brinde a los que sufran de una enfermedad catastrófica es gratuita, por lo tanto en las casas de salud del Estado no se puede exigir el pago de ningún valor por la prestación de los servicios de salud, sean estos de hospitalización, tratamiento ambulatorio, exámenes médicos, consultas externas, cirugías, etcétera. Por lo tanto son inconstitucionales los reglamentos internos de los hospitales públicos, en los que se establecen costos por ciertos servicios tales como cirugía, hospitalización, exámenes médicos, de acuerdo a la capacidad económica del paciente.



3.4.- ATENCIÓN EN TODOS LOS NIVELES

El artículo 50 de la Constitución señala que la protección del Estado será en todos los niveles desde el diagnóstico, tratamiento, la rehabilitación; y atención en la etapa Terminal de paciente.

A). Diagnóstico: el diagnóstico es el procedimiento por el cual se identifica una enfermedad, entidad nosológica, síndrome, o cualquier condición de salud o enfermedad del paciente; siendo el medio indispensable para establecer el tratamiento adecuado, basado en el análisis de datos seguros.

B).- Tratamiento: es el método racional que le facilita al médico hacer mejor uso de todas las potencialidades terapéuticas para el problema de salud del paciente. Ante una enfermedad crónica que se presenta con un episodio de agudización, el objetivo del galeno será el de resolver ese episodio, compensar la enfermedad y prevenir futuras exacerbaciones.

c).- La rehabilitación, incluye todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a restaurar la función física, psicológica o social resultante de una condición previa o crónica, modificando, aminorando o desapareciendo las consecuencias de la enfermedad que pueden reducir o alterar la capacidad del paciente para desempeñarse adecuadamente en su ambiente familiar social y laboral.

D).- Atención en la etapa terminal:

Es importante señalar que estas enfermedades en la mayoría de los casos son de carácter irreversible y la temprana muerte de los que las padecen es inevitable, por más esfuerzos científicos y económicos que se hagan; sin embargo el mandato Constitucional del artículo 50 obliga al Estado, a que mediante su protección y ayuda el sufrimiento de dichas personas aminore, y no implique la ruina económica de su familia, y tratar que el poco tiempo que les queda de vida sea al menos de calidad dentro de lo posible.



3.5.- DE MANERA OPORTUNA

La asistencia del Estado a la persona que padece una afección de tipo catastrófica debe ser en el momento adecuado o conveniente, cuando las circunstancias sean favorables para conseguir una posible recuperación. Una vez que una casa de salud del Estado a iniciado un determinado tratamiento médico no puede dejarse al usuario expuesto a la interrupción del mismo por efecto de su desvinculación, pues ello iría en contravía de los principios inherentes del servicio público de salud, específicamente el de eficiencia. La entidad promotora de salud está en la obligación de proseguir con el tratamiento hasta finalizarlo cuando ello sea posible, o hasta cuando el paciente alcance una cierta estabilidad.

3.6.- PREFERENTE

El artículo 35 de la Constitución cataloga a las personas que adolecen de una enfermedad catastrófica dentro de los grupos de atención prioritaria, por lo tanto tienen el derecho a recibir de las instituciones de salud públicas, como privadas atención especial y prioritaria.

3.7.- PARA TODA PERSONA

El derecho establecido en el artículo 50 de la Constitución del Estado ampara a todos los ecuatorianos y a los extranjeros residentes en el país que sufran de una enfermedad catastrófica, la norma constitucional no ha dispuesto condición o excepción alguna para ser beneficiario de la protección estatal, en función de este principio, toda casa de salud pública está obligada atender a las personas que padezcan una enfermedad catastrófica, cubrir todas las intervenciones imaginables sin excepción ni condición alguna, por lo que las funciones del Estado no pueden contradecir, restringir, o menoscabar el derecho establecido en el artículo 50; pues la Constitución en el artículo 11 en el numeral 4: “Ha dispuesto que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”³⁴. De igual manera el inciso segundo del numeral 8 del mismo artículo señala que “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. Se podrá reformar el

³⁴ Constitución de la República del Ecuador. Art. 11 numeral 14.
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



artículo 50 de la Constitución, siempre que lo que se busque conseguir con dicha reforma sea mejorar la prestación de los servicios, y no limitar o condicionar el acceso a la protección del Estado, pues el artículo 441 señala que: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter o elementos constitutivos del Estado, que no establezcan restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la constitución se realizará”³⁵, siempre que no atente contra los derechos ya establecidos.

3.8.- SU EXTENSIÓN

Estas patologías normalmente son detectadas en personas adultas, que han aportado de manera ininterrumpida al Sistema de Seguridad Social en Pensión, pero, que en razón a la enfermedad catastrófica, difícilmente llegan a disfrutar de la pensión de vejez y/o invalidez, porque pese a haber cotizado el número de imposiciones requeridas, mueren antes de los sesenta (60) años, excluyéndoseles de la posibilidad de disfrutar en su corta vida de un derecho ya adquirido con la excusa de no tener la edad para acceder a ella, ya que, la Constitución en el artículo 37 numeral 3 establece dentro de los derechos de las adultas y adultos mayores, el derecho a “La jubilación universal”³⁶, pero el artículo 36 en el inciso segundo señala que “Se considerará personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los 65 años de edad”³⁷, aspecto, que tácitamente genera otra especie de discriminación porque excluye del beneficio a quienes por su patología debieran tener especial protección del Estado ecuatoriano y beneficiarse del derecho a la jubilación, y los beneficios que ello conlleva.

¿Pero que sucede con las personas que no son afiliadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?

Sobre este tema el Estado mediante el Ministerio de Inclusión Social ha previsto que las personas que padecen una enfermedad catalogada como catastrófica, y que sean beneficiarios del Bono de Desarrollo Humano, a más de la atención en todos los niveles a, en caso de que el beneficiario fallezca, recibirá la cobertura

³⁵ Constitución de la República del Ecuador. Art. 441.

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art.37 numeral 3

³⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art.36.



total de los gastos por funerales, a más de una ayuda económica de 500 dólares de los Estados Unidos de América por una sola vez, a la viuda, viudo o hijos menores de edad.

Pero no se ha previsto nada para los que no califican como beneficiarios del bono de desarrollo humano, siendo inmediata una legislación sobre este tema que busque proteger a los hijos menores de edad, cuando uno de sus padres sufra de una enfermedad catastrófica para que no queden en el desamparo y la mendicidad.



CAPÍTULO 4

4.1.- FORMAS DE EXIGIR AL ESTADO LA MATERIALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. El Ecuador cuenta con un amplio marco constitucional, que desde la perspectiva de los derechos humanos, resulta lo suficientemente favorecedor no solamente para la protección de las poblaciones vulnerables, sino también en el contexto de la salud. En este sentido, existe suficiente normativa, Tratados Internacionales, leyes y reglamentos que con relación a las enfermedades catastróficas, garantizan el estricto cumplimiento de los compromisos por parte del Estado y los gobiernos de turno, tanto dentro del ámbito nacional, como en el nivel internacional.

La Constitución del año 2008 establece una nueva forma de Estado. El Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución comonorma jurídica, y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

Carlos Bernal Pulido, señala que: “Los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación, esos principios encuadran dentro de un marco universal consensuado de valores receptados en convenciones y tratados internacionales que obligan a los Estados y los hacen responsables por sus omisiones y apartamientos”³⁸.

En el constitucionalismo ecuatoriano los derechos fundamentales son justiciables ante los jueces ordinarios, de primer y segundo nivel, quienes ejercen el control concreto, en primera y segunda instancia, respectivamente. Todos los jueces ordinarios ejercen jurisdicción constitucional de dos formas:

a) Al conocer de demandas presentadas por cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad en ejercicio de las garantías jurisdiccionales, contempladas en el Art. 86 de la Constitución; y.

³⁸ Carolos Bernal Pulido, El Neoconstitucionalismo a debate, en temas de Derecho Público No76. ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



b) Al momento de suspender la tramitación de una causa por considerar que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos contemplada en el artículo 428 de la Constitución.

Al tener la Constitución un carácter normativo y por ende de aplicación directa y eficaz, le es imperativo al Juez ordinario en el ámbito especializado de su competencia, usar transversalmente la Constitución en la resolución de las causas puestas a su conocimiento. De todo esto, se desprenden las siguientes implicaciones básicas para los jueces ordinarios en su función de control constitucional:

Es imprescindible que los jueces conozcan la Constitución y el constitucionalismo. Al superarse el Estado de Derecho legalista, le es imperativo al juzgador conocer el nuevo constitucionalismo. Ya no le corresponde tan sólo conocer las leyes relacionadas con el ámbito de su especialidad como juez, sino que debe revisar cada caso con la óptica constitucional de manera primaria. Si bien, no le corresponde al Juez ordinario como operador de justicia, resolver problemas de Interpretación constitucional abstractos o generales, sí le corresponde ejercitar una hermenéutica o interpretación constitucional directa al caso concreto.³

Todos los jueces son competentes para conocer acciones sobre garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales. (Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.) Los fallos que se dicten con ocasión del control concreto de la constitucionalidad, van a generar un efecto subjetivo directo y vinculante para las partes y también un efecto objetivo a favor del desarrollo del derecho, como precedente en razón de los principios que se aplicaron.

La aplicación de principios más que de reglas. Este es un aspecto preponderante del nuevo constitucionalismo, a tomarse en cuenta por los jueces, ya que la Constitución se vuelve instrumento de aplicación directa y eficaz.

La aplicación directa de normas constitucionales está explícitamente contenido en el numeral 3 del Art. 11 de la Constitución y en el Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se establece el principio de



aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional.- “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos”.

El Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 6 dispone la Interpretación integral de la norma constitucional.- “Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”³⁹.

Por todo lo expuesto en el Ecuador cualquier persona que sufra de alguna enfermedad catastrófica, si no tiene los recursos para costear el tratamiento, tiene el derecho de acudir a una institución de salud del Estado y solicitar el tratamiento médico. Si la solicitud de asistencia es negada por una autoridad administrativa; la persona perjudicada por dicha resolución está legitimado para acudir ante un juez y exigir de esta autoridad el cumplimiento de la garantía constitucional por parte del Estado, puesto que toda situación que haga de la existencia del individuo un sufrimiento es contraria al derecho constitucional fundamental a la vida, entendiéndolo como el derecho a existir con dignidad; por más que no suponga necesariamente el deceso de la persona y aún cuando no sea éste el caso, procede la intervención del juez de tutela para restablecer al titular en el goce pleno de su derecho, según las circunstancias del asunto puesto a su consideración. Lo contrario sería negar uno de los objetivos de la medicina y someter a la persona a un estado a todas luces indeseable, como esperar a que se encuentre al filo de la muerte como requisito esencial de la procedencia de la

³⁹ Código Orgánico de la Función Judicial.
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



acción de tutela para amparar, paradójicamente, el derecho a la vida.

En Ecuador, Cuando el derecho ha sido vulnerado, la Constitución de la República, establece los mecanismos de acceso a la justicia con el fin de que los ciudadanos obtengan la tutela efectiva del Estado.

Estos mecanismos posibilitan a los ciudadanos acceder al sistema judicial o a las diferentes instancias gubernamentales con el fin de presentar denuncias y demandas frente a actuaciones que impliquen violaciones de derechos o decisiones estatales que sean lesivas para los intereses de la sociedad.

El Ecuador cuenta con una normatividad clara que sirve de soporte para la adopción de medidas de protección a los derechos establecidos en la Constitución de la República

En el caso que me ocupa en el evento de que un ecuatoriano, o un residente en el Ecuador al verse aquejado por una enfermedad catalogada como catastrófica, que al solicitar la debida asistencia del Estado para el tratamiento, ha recibido de una Autoridad Administrativa una negativa a su solicitud, el indicado ciudadano, podrá en uso del derecho que le asiste acudir ante un juez y presentar una Acción de Protección.

4.2.- DEFINICIÓN DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La definición de la acción de Protección en buena parte depende del alcance y contenido que esta garantía tenga en cada Constitución, y el desarrollo constitucional de cada país. Esta realidad ha determinado el que algunos juristas consideren a la Acción de Protección como una acción subsidiaria o alternativa, y otros como la que surge de nuestra Constitución como una acción de naturaleza principal, de mayor jerarquía y totalmente independiente.

Guillermo Cabanellas, sostiene que: “**Acción** equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer”. En cambio al hablar de **Protección** manifiesta que es: “Amparo, defensa, favorecimiento”⁴⁰.

Couture, se refiera a la acción como: “El poder jurídico que tiene todo

⁴⁰ Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, Tomo I, 10, Editorial Heliasta. Pág. 36



sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión, tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución”⁴¹.

Es necesario indicar que La Acción de Protección en los diferentes países ha tomado connotaciones y procedimientos diferentes, por consiguiente no es lo mismo hablar de Acción de Protección en México, El Recurso de Amparo en España, La Tutela en Colombia, El Recurso de Protección en Chile o en Brasil el Mandato de Segurança “Mandamiento de Seguridad”, lo que si es importante es que todos ellos persiguen algunos caracteres generales como son:

- 1.- Garantiza la efectividad de derechos personales, es universal.
- 2.- Medio procesal extraordinario.
- 3.- Medio procesal que tiene rango Constitucional, por lo tanto en su gran mayoría normado por la Constitución.
- 4.- Tiene por propósito remediar de manera urgente derechos constitucionales, para lo cual requiere un procedimiento especial.
- 5.- Es preferente, sencillo, breve y sumario.
- 6.- Evita un perjuicio irremediable.
- 7.- Es preferente, su tramitación es con carácter de urgente.
- 8.- Sumario, por tanto no es formalista y direcciona al juez a conocer del juicio propuesto.

4.3.- LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR

La principal disposición en la normatividad ecuatoriana que regula la Acción de Protección la encontramos dentro de las Garantías Constitucionales,

⁴¹ Couture Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Montevideo., 4ta. Edición. 2002. Págs. 47 y 48



propiamente en las Garantías Jurisdiccionales artículo 88 de nuestra Constitución, donde se 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 del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”⁴².

Su objetivo es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en nuestra Constitución.

Las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición nos dan un concepto de esta acción:

Art. 45.- Derechos protegidos.- “La acción de protección garantiza judicialmente los derechos establecidos en la Constitución y demás conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y aquellos que a pesar de no estar señalados expresamente en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que contengan los más favorables a los contenidos en la Constitución”⁴³.

La Acción de Protección es una herramienta eficaz creada por el Estado para proteger a los ciudadanos por igual, sin distinción de raza, sexo, religión, educación y pensamiento, cuando la autoridad pública o sus políticas o las particulares irrespeten sus derechos constitucionales, es decir nos protege en los casos en que se irrespeten los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

⁴² Constitución de la República del Ecuador Art. 88

⁴³ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



4.4.- QUIÉN PUEDE PROPONER LA ACCIÓN

Cuando una persona que padezca de una enfermedad catastrófica y que por acción u omisión de una Autoridad de salud pública, su derecho constitucional a la atención médica especializada, gratuita, en todos los niveles, fuese vulnerado, el afectado amprado en el artículo 50 de la Constitución ya citado, está legitimado para plantear una Acción de Protección en defensa de sus derechos.

El artículo 9 de la ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control Constitucional señala que “Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta Ley, podrán ser ejercidas”⁴⁴.

- a) “Por cualquier persona comunidad, pueblo nacionalidad o colectivo, vulnerado o amenazado en uno o mas de sus derechos constitucionales quien actuará por si mismo o a través de representante o apoderado”.
- b) “El defensor del pueblo”⁴⁵.

Cuando el afectado ejerce su derecho y presenta una acción de protección por sí, se habla de una "legitimación ordinaria", ya que quien lo ejerce es, a su vez, el afectado por la acción u omisión a la que se intenta hacer frente; en cambio, cuando el que plantea la acción de protección es cualquier otra persona distinta al afectado, pero a nombre de éste, estamos frente a una "legitimación extraordinaria": quien ejerce la acción es alguien distinto del afectado por la acción u omisión.

Con respecto a quiénes son titulares de esta acción, no existe discusión acerca de que quedan amparadas por la Acción de Protección tanto las personas naturales como las personas jurídicas. Es más, en muchos casos esta acción puede ser interpuesta por un grupo o comunidad de personas, aun cuando no estén constituidos a través de una entidad con personalidad jurídica propia.

En la práctica se han dado todas estas posibilidades; sin embargo, la única gran limitación estaría representada por el hecho de que nadie puede reclamar un

⁴⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional

⁴⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.



derecho genéricamente, por simple amor al mismo, sino que tiene que sufrir menoscabo o una amenaza alguna persona determinada.

4.5.- LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva en la Acción de Protección recae sobre el autor del acto u omisión o arbitraria que ha vulnerado una garantía constitucional, en el caso de que una persona que padece de una enfermedad catastrófica, que ha sido vulnerado su derecho, el demandado será el Director Provincial de Salud y el Procurador General del Estado.

4.6.- JUECES COMPETENTES PARA CONOCER Y RESOLVER LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

El artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional señala que “Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiera varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo solo con la identificación personal”⁴⁶.

Con la vigencia de la Constitución dejó de existir el Recurso de Amparo, regulado por la Constitución de 1998. Este recurso tenía una naturaleza cautelar ya que a través de la interposición de este recurso se buscaba la adopción de medidas urgentes con el objeto de cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos que violaran derechos constitucionales o derechos establecidos en tratados internacionales.

La diferencia con la acción de protección es que esta acción tiene la naturaleza de un proceso de conocimiento a través del cual se declarará la violación del derecho constitucional y se obligará al demandante a reparar las consecuencias de los actos denunciados.

La Acción de Protección no es un recurso sino una acción jurisdiccional. No es un

⁴⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional.



recurso por cuanto no busca modificar, revocar o anular una sentencia judicial; muy por el contrario, lo que se pretende con la interposición de la Acción de Protección es provocar la intervención jurisdiccional en resguardo de la observancia de los derechos constitucionales.

4.7.- LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El artículo 215 de la Constitución literal 1 inciso primero señala que “La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador, y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y los ecuatorianos que están fuera del país”.

Serán atribuciones además de las establecidas en la ley, las siguientes:

Literal 1) El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección. Literal 2) del citado artículo señala que el defensor del pueblo tiene que “Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección a los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos”.

Literal 3) “Investigar y resolver en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales y jurídicas que presten servicios públicos”.⁴⁷

Por mandato constitucional corresponde al Defensor del Pueblo la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador que padezcan una patología catastrófica. Es su obligación salir de su oficina, e investigar si en los Hospitales públicos, los Centros de Salud del País, se está dando atención, y asistencia a las personas que sufren de una enfermedad catastrófica, en la forma prevista en el artículo 50 de la Constitución de la república; caso contrario le corresponde ejercer las acciones legales previstas en el artículo 215 literales 1, 2 y 3 ya citados, en defensa de los derechos de los ecuatorianos cuando sus derechos han sido vulnerados.

4.8.- EL PROCEDIMIENTO

Las normas aplicables a seguir cuando se ha interpuesto una acción de protección están previstas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art.215
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



jurisdiccionales y Control Constitucional.

La estructura procesal general de la acción de protección es la siguiente:

- a) Presentación de la demanda. b) Sorteo de la demanda.
- c) Auto de admisión de la demanda. d) Notificación al demandado.
- e) Audiencia pública. f) Práctica de pruebas.
- g) Designación de comisiones para recabarlas. h) Sentencia y;
- i) Apelación.

4.8.1.- PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

El literal 1) del artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que “la demanda contendrá los nombres y apellidos de la persona o personas accionantes, y si no fuera de la misma persona, de la afectada”⁴⁸.

2) “los datos necesarios para conocer la identidad de la persona, entidad u órgano afectado”.

3) “la descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño. Si es posible una relación circunstanciada de los hechos. La persona accionante no está obligada a citar la norma o jurisprudencia que sirva de fundamento de su acción”.

4) “el lugar donde se puede hacer conocer de la acción a la persona o entidad accionada”.

5) “El lugar donde ha de notificarse a la persona accionante y a la afectada, si no fuera la misma persona y si el accionante lo supiere”.

6) declaración de que no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma preatención, la declaración de no haber planteado otra garantía podrá subsanarse en la misma audiencia.

⁴⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



7) la solicitud de medidas cautelares si se creyera oportuno.

8) los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto que tenga como resultado la violación de derechos constitucionales, excepto los caso en los que, de conformidad con la constitución y esta ley se invierta la carga de la prueba.

Si la demanda no contiene los elementos anteriores, se dispondrá que se complete en el término de tres días.

Trascurrido ese término si la demanda está incompleta se desprende que hay una vulneración de derechos grave, la jueza o juez deberá tramitarla y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance para que proceda la audiencia.

4.8.2.- SORTEO DE LA DEMANDA

Cuando en una jurisdicción hubiere más de dos jueces, la demanda se la debe presentar en la oficina de sorteo para que sea sorteada; en caso de que sólo hubiere un juez, va directamente al juzgado.

4.8.3.- AUTO DE ACEPTACIÓN DE LA DEMANDA

Formulada y sorteada la demanda se radica la competencia en uno de los juzgados de primera instancia y se inicia la realización procesal.

Presentada la demanda, en forma inmediata y con preferencia a cualquier otro proceso el juez debe despacharla. Este acto judicial consiste en dictar el auto de aceptación de la demanda, en materia civil o en otras materias si la demanda no reúne los requisitos formales exigidos, el juez debe ordenar que el actor la complete o la aclare, y si no lo hiciere, debe abstenerse de tramitarla bajo pena de multa. Pero en el proceso de acción de protección no ocurre lo mismo, el juez necesariamente debe aceptar la demanda, pues como ya lo dije esta se caracteriza por su informalidad y además, existe prohibición de inhibición del juez y de aplicar normas procesales que retarden su ágil despacho.



4.8.4.-NOTIFICACIÓN AL DEMANDADO

Dentro del proceso se lo notifica al demandado, haciendo conocer a la otra parte la demanda de protección y el auto de admisión a trámite y con ella se completa la relación procesal, en adelante esta tendrá lugar ante el juez, el accionante, el demandado y el tercero perjudicado si lo hubiere.

Las notificaciones que se necesiten hacer, se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

4.8.5.- DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PÚBLICA

Una vez presentada la acción, la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, convocará inmediatamente a una audiencia pública, señalando día y hora, aquí concurre el demandado o solamente su defensor, y debe solicitar que se declare parte con el ofrecimiento de poder o ratificación. Esta debe ser breve y sencilla descartando cualquier complejidad procesal.

4.8.6.- PRESENTACIÓN Y PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS

En cualquier momento del proceso el juez podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para que sean recabadas dichas pruebas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.

Se sujetará a los principios de contradicción, oportunidad, pertinencia e inculturalidad, siendo además aplicables para el efecto las reglas y principios generales de la prueba su valoración.

Después viene la valoración de la prueba donde se explica en forma pormenorizada con la sana crítica y la forma de realizar, en la práctica, la valoración jurídica de la prueba.



4.8.7.- SENTENCIA

Terminada la audiencia, el juez debe resolver la causa mediante sentencia que debe dictarla en el plazo improrrogable de cinco días y debe ser notificada a más tardar al día siguiente de haber sido pronunciada, en las casillas judiciales respectivas.

La sentencia debe resarcir en forma íntegra los derechos fundamentales vulnerados, no una parte o solamente el aspecto material, también el inmaterial. El juez nunca debe olvidar que, para determinados sujetos de espíritu superior, este último es más importante que el primero.

Es muy importante anotar que, este tipo de sentencia igual que las demás, debe ser ejecutada en la forma, tiempo y modo señalado y que bajo ningún pretexto se puede suspender su ejecución. El juez, siempre, en todos los casos debe ejecutarla en forma íntegra y oportuna.

4.8.8.- APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Luego de dictada la sentencia las partes pueden apelar ante la Corte Provincial.

Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de los servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

Por otro lado, cuando un particular sea quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

La acción de protección es, a mi juicio es el mecanismo judicial más eficaz para que una persona que al estar afectado, por una enfermedad catastrófica, en caso de vulneración pueda hacer valer su derecho, puesto que al estar afectada en su salud requiere un pronunciamiento rápido y efectivo, ya que hay enfermedades que para su recuperación requiere que no se interrumpa ni un solo día la aplicación del tratamiento.



Protección es sencillo, rápido y eficaz, constituyéndose así en una garantía efectiva y ágil, por lo tanto goza de preferencia en el trámite debiendo ser sustanciada en forma prioritaria: para un juez no puede existir nada más importante que esta acción y ningún pretexto puede impedir su realización práctica, las dilataciones o los incidentes aquí no tienen cabida, además que en todas sus fases e instancias se utilizará la oralidad, no pudiendo aplicar normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.



CONCLUSIÓN

Debo destacar que me consta que el Gobierno presidido por el Señor Economista Rafael Correa, está desarrollando programas de asistencia a las personas que adolecen de enfermedad catastróficas o de alta complejidad, con programas de asistencia social como es el Programa de Protección a la Salud; pero al ser este un programa de gobierno, corre el riesgo de que cuando el mandato del Presidente Correa concluya, este sea dejado de lado por el nuevo gobierno.

El Estado ecuatoriano por su calidad de garante de los derechos de los habitantes, está en la obligación de ir mucho mas allá que un programa de asistencia social, que puede durar el tiempo que permanezca en el poder el gobierno de turno; es obligación del Estado elaborar programas de protección a las personas que sufran esta patologías así como a su familia dependiente, mediante el financiamiento de programas dedicados al estudio tratamiento y prevención de las enfermedades catastróficas como lo hacen instituciones particulares como SOLCA, que es una institución privada que se dedica exclusivamente al estudio y tratamiento del Cáncer y FASEC que se dedica a la atención a los enfermos de Cáncer en la etapa terminal en la ciudad de Cuenca. Sin embargo, estas instituciones son de carácter privado, y el acceso es limitado por el costo que conlleva su atención, y no es posible su ingreso para todos los que necesitan ser atendidos en dichas instituciones, siendo tarea pendiente del Estado crear las condiciones para la protección a todos los ecuatorianos que se vean aquejados por estas enfermedades, elaborando programas dedicados al estudio, tratamiento y prevención de enfermedades catastróficas, ya sea mediante la firma de acuerdos internacionales, con universidades del extranjero, fundaciones dedicadas al estudio, tratamiento y prevención de dichas patologías, todo esto con el fin único de que la garantía constitucional establecida en el artículo 50 de haga efectiva.

Por último es obligación de los que vivimos en el Ecuador conocer nuestros derechos, a fin de que podamos exigirlos ante las autoridades correspondientes.



BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido Carlos El Neoconstitucionalismo a debate, en Temas de Derecho Público No.76, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2006.

Cabanellas de las Cuevas Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina.

Couture Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Montevideo., 4ta. Edición. 2002.

CUEVA Carrión Luís. "Acción Constitucional Extraordinaria de Protección", Quito

Ecuador 2009, editorial Ediciones Cueva Carrión. García Maynes Eduardo, Introducción al Derecho.

LARREA Holguín Juan "Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana", editorial Fundación

Latinoamericana Andrés Vello; Quito Ecuador.

Palacios Romeo Francisco, Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales.

PEREZ Royo Javier "Curso de Derecho Constitucional", Editorial Ediciones Jurídicas

Sociales Madrid España.

ROLLA Giancarlo "Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales", Editorial

Jurídica Grijley. Lima Perú.

SAGUES Néstor Pedro "**Derecho Procesal constitucional**", editorial Ediciones

Depalma. Buenos Aires Argentina, primera y segunda edición.

RODRIGUEZ Ramón; **Derecho Constitucional** editado en Universidad

Autónoma de México, México.

ABG. OMAR DAMERVAL ILLESCAS ILLESCAS /2010



VELASQUEZ Ramírez Ricardo, "Justicia Constitucional," Editorial Jurídica Grijley,

Santiago de Chile.

ZAMORA Juan Clemente, Manual de Derecho Constitucional" Editorial Aurelio

Miranda La Habana Cuba.

Revista de Neurología, Vol. 33, num. 3.

Revista Facultad Nacional de Salud Pública de Colombia, Fac. Nac. Salud

Pública volumen .24 no.2 Medellín Julio/ Diciembre. 2006.

Normativa Jurídica.

Constitución Política de la Republica del Ecuador del año 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ley

Orgánica de la Salud.

Ley de prevención y asistencia integral del VIH/sida

Código Orgánico de la Función Judicial. Código de Procedimiento Penal.

Código Penal.

Documento reformatoriopara la reforma de la Ley de Seguridad Social, No

2001-55.

Reglamento para la atención a personas que viven con el VIH/sida

Internet.

MIES: Programa de Protección Solidaria PPS

www.pps.gov.ec