

Quito, D.M., 30 de septiembre de 2020

CASO No. 16-16-JC

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES,
EXPIDE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA
Revisión de garantías

Tema: La Corte Constitucional analiza la amenaza a la disponibilidad y accesibilidad en relación con el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica que requieren tratamiento de hemodiálisis. La sentencia examina la resolución de las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio de Salud y concedida por la Unidad Judicial de Guayas en contra de prestadores privados del tratamiento de diálisis y establece parámetros constitucionales para la adopción de una política integral de para garantizar el derecho a la salud de las y los pacientes con insuficiencia renal.

Índice de contenidos

I. TRÁMITE ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL	2
II. COMPETENCIA	3
III. HECHOS DEL CASO	4
IV. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL	5
<i>(1) Procedencia y efectividad de la medida cautelar frente a la amenaza al derecho a la salud de las personas que requieren tratamiento de diálisis</i>	<i>6</i>
<i>(2) La amenaza estructural al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica que requieren tratamiento de diálisis.....</i>	<i>13</i>
<i>Configuración de la amenaza estructural.....</i>	<i>13</i>
<i>El derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica y las obligaciones del Estado</i>	<i>18</i>
<i>La prevención de la insuficiencia renal crónica</i>	<i>22</i>
<i>Disponibilidad y accesibilidad de la atención en salud integral.....</i>	<i>24</i>
V. CONCLUSIONES	39
VI. DECISIÓN	41

I. Trámite ante la Corte Constitucional

1. El 9 de marzo de 2016, la Unidad Judicial Civil de Guayaquil remitió a la Corte Constitucional copia de la resolución de medidas cautelares No. 2015-10509 emitida el 07 de octubre de 2015. La Corte Constitucional registró a esta resolución como causa No. 16-16-JC.
2. El 26 de julio de 2016, con fundamento en los literales a) y b) del numeral 4 del art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), la Sala de Selección de la Corte Constitucional resolvió seleccionar la causa No. 16-16-JC.
3. Una vez posesionados las juezas y jueces de la Corte Constitucional, el 19 de marzo de 2019, en sesión ordinaria del Pleno se llevó a cabo el sorteo de la causa No. 16-16-JC y correspondió la sustanciación al juez constitucional, Agustín Grijalva Jiménez.
4. Mediante auto de 21 de agosto de 2019, el juez constitucional Agustín Grijalva Jiménez avocó conocimiento de la causa No. 16-16-JC.
5. Con fecha 05 de noviembre de 2019, el juez ponente convocó a audiencia pública que se realizó el miércoles 13 de noviembre de 2019, en la cual participaron las siguientes instituciones públicas: Ministerio de Salud Pública, Ministerio de Economía y Finanzas, Procuraduría General del Estado, la Defensoría del Pueblo del Ecuador, el Hospital General de las Fuerzas Armadas, el Hospital No.1 de la Policía de Quito, el Hospital Carlos Andrade Marín. También participaron los representantes de las empresas dializadoras Unidial, IEDYTSA, y Nefrosalud. Los representantes de la compañía Dialife presentaron un escrito con argumentación adicional sobre el caso.
6. Mediante auto de 18 de noviembre de 2019, el juez ponente solicitó información a Richard Martínez, en su calidad de Ministro de Economía y Finanzas respecto del cumplimiento de asignaciones presupuestarias al Ministerio de Salud para consignas de pagos a prestadores de servicios de la Red Pública y Privada Complementaria de Salud. También se solicitó información a Danilo Sylva Pazmiño, Superintendente del Control de Poder de Mercado para constatar procesos iniciados por prácticas inapropiadas de mercado y a Freddy Carrión Intriago, en su calidad de Defensor del Pueblo a fin de que inicie un proceso de investigación defensorial respecto de la disponibilidad, accesibilidad y calidad de servicios de diálisis y remita la información recabada.
7. El 27 de noviembre de 2019, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado presentó un escrito con la información requerida por el juez ponente.
8. Con fecha 09 de diciembre de 2019, la Procuraduría General del Estado presentó un escrito que contiene la argumentación presentada durante la audiencia realizada.

9. Con fecha 19 de diciembre de 2019, el Ministerio de Economía y Finanzas remitió un escrito de respuesta a la información requerida por el juez ponente.
10. El 21 de enero de 2020, los representantes de la empresa Nefrosalud. S.A presentaron un escrito que contiene argumentación en relación con el caso en revisión.
11. El 21 de mayo de 2020, dado el contexto de la pandemia de Covid-19 y ante nueva información que se hizo pública a través de medios de comunicación, el juez ponente solicitó nueva información al Ministerio de Salud Pública, al Ministerio de Economía y Finanzas y a la Defensoría del Pueblo del Ecuador.
12. El 25 de mayo de 2020, el Ministerio de Economía y Finanzas, solicitó un plazo adicional de cinco días para remitir la información. El 01 de junio de 2020, el plazo fue concedido por el juez ponente. Hasta el momento dicha institución no ha presentado la información requerida.
13. El 09 de junio de 2020, el Ministerio de Salud Pública remitió información en respuesta al requerimiento solicitado por el juez ponente.
14. El 12 de agosto de 2020, el juez ponente requirió a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que actualice la información remitida. El 16 de agosto de 2020, la institución requerida remitió su respuesta.
15. El 11 de agosto de 2020, la Defensoría del Pueblo dio respuesta al requerimiento realizado por el juez ponente.
16. El 18 de agosto de 2020, el juez ponente requirió información al Servicio Nacional de Compras Públicas (SERCOP). El 25 de agosto de 2020 la entidad requerida envió su respuesta.
17. El 11 de septiembre de 2020, la Sala de Revisión conformada por la jueza Teresa Nuques Martínez y los jueces Agustín Grijalva Jiménez y Ramiro Avila Santamaría aprobó el proyecto presentado por el juez ponente y dispuso sea remitido para el conocimiento del Pleno de la Corte Constitucional.

II. Competencia

18. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 2 numeral 3 y 25 de la LOGJCC, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante o precedente de carácter *erga omnes*, en todos los procesos constitucionales que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección.
19. En virtud de lo establecido por esta Corte en la Sentencia No. 159-11-JH, los términos previstos en el artículo 25 de la LOGJCC son inaplicables en el presente caso,

puesto que la Corte evidencia que subsiste una amenaza a los derechos constitucionales frente a la cual, su pronunciamiento tendría efectos importantes.

III. Hechos del caso

20. El 07 de octubre de 2015, Yolanda Inés Salcedo Faytong, en su calidad de Coordinadora Zonal 8 del Ministerio de Salud solicitó una medida cautelar en contra de: Integraldial, Nefrosalud, Unidial, Biodial, Dialinter y Iedyt S.A., prestadores de servicios de diálisis privados calificados por el Ministerio de Salud, por cuanto, el día 06 de octubre del mismo año, se habrían presentado ante dicha funcionaria algunos pacientes que recibían servicios de diálisis afirmando que las empresas les manifestaron que “*sólo hasta el 20 de octubre del 2015, los iban a atender (sic)*”, según se recoge en el petitorio de medidas cautelares.

21. Según se señala en este petitorio, previamente el 02 de octubre de 2015, la Coordinadora Zonal 8 del Ministerio de Salud Pública se habría reunido con las empresas prestadoras de los servicios de diálisis a fin de tratar el tema. En la reunión los representantes de esta empresa habrían informado que “*ya no los iban a seguir atendiendo; expresando, además el Dr. Gino Fernando González Barzola, que si hasta el 14 de Octubre del 2015, no se les cancelaba todo sus haberes pendientes, nos devolverían todos los pacientes (sic)*”.

22. En la petición de la medida cautelar, la entidad accionante alegó que existía una amenaza de vulneración a los derechos a la salud y a la vida, y solicitó:

1. *Disponer a las personas jurídicas, que prestan los servicios de salud de diálisis, en la interpuesta persona de sus respectivos representantes legales, prohibir y abstenerse de adoptar cualquier medida que impida la atención, a cualquier paciente del Sistema Nacional de Salud, ya que constituiría una flagrante violación al Derecho a la Salud que gozan todos los ciudadanos de este país.*

2. *Remitir atento oficio a la Fuerza Pública, por medio de la Policía Nacional a fin de que presten su apoyo para el cumplimiento y seguimiento de las medidas cautelares (...)*

3. *Remitir atento oficio a la Defensoría del Pueblo para que otorgue el seguimiento correspondiente a este caso (...)*

23. El 07 de octubre de 2015, la Unidad Judicial del Guayas concedió la medida cautelar y dispuso que los prestadores de servicios de diálisis: “*sigan prestando el servicio de salud de diálisis que venían realizando; y se abstengan de adoptar cualquier medida que impida dicha atención a cualquier paciente del Sistema Nacional de Salud calificados por el Ministerio de Salud Pública que fueren derivados por éste*”. Esta medida se dispuso por el plazo de sesenta días.

24. El 17 de diciembre de 2015, la Defensoría del Pueblo presentó a la Unidad Judicial de Guayaquil el informe de visita *in situ* de vigilancia del debido proceso caso DPE-0901-090101-4-2015-12339-FATA, emitido por la Coordinación General Defensorial Zonal 8. En dicho informe la Defensoría del Pueblo, luego de la visita realizada a las instalaciones de las empresas dializadoras, Iedytsa, Integradial S.A, Biodial S.A, Unidial, Nefrosalud S.A y Dialinter Cltda concluyó que la medida cautelar se había cumplido, toda vez que las empresas de diálisis continuaban prestando el servicio.

25. Las empresas dializadoras presentaron solicitudes a la Unidad Judicial de Guayaquil solicitando la revocatoria de la medida cautelar en razón de que, a la fecha, se habría cumplido el tiempo por el cual se concedieron y por cuanto, no existirían otras razones para mantenerlas. Además, afirmaron que adeudaban a los proveedores de los insumos médicos para realizar el tratamiento. Así, por ejemplo, los representantes de las compañías IEDYTSA y Unidial, mediante escrito de 08 de diciembre de 2015 indicaron que:

“Siendo una prioridad la salud y vida de nuestros pacientes, lo que existe por parte de mis representadas es una preocupación elemental por falta de pago de más de 6 meses del Servicio de Diálisis (sic), por parte de la Coordinación Zonal 8 de Salud del Ministerio de Salud Pública.

Debo mencionar que a la actualidad IEDYT (sic) cuenta con 70 proveedores y UNIDIAL con 85 proveedores. En la actualidad ambas empresas adeudan más de USD 900.000, lo que las coloca en una situación inminente de suspensión de pagos”¹

26. La Unidad Judicial Civil, mediante auto emitido el 20 de febrero de 2016 resolvió lo siguiente:

“De lo observado, se evidencia que la medida cautelar dictada por el Juez de la Unidad Judicial Civil con Sede en el cantón Guayaquil, mediante acción de Medida Cautelar No 2015-10509, se ha cumplido, ya que se puede constatar que las dializadoras están prestando el servicio. Consecuentemente, al haber fenecido el plazo señalado y cumplido con lo ordenado en la Resolución emitida el 07 de Octubre del 2015, a las 14h49, esto es (sic) que se prestó el servicio de diálisis por las compañías requeridas, se dispone el archivo de este expediente constitucional.”

IV. Análisis constitucional

27. Esta sentencia de revisión tiene como tema central de análisis el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal y la disponibilidad y accesibilidad del tratamiento a hemodiálisis. Para ello la Corte Constitucional profundizará en lo siguiente: (1) Procedencia y efectividad de la medida cautelar frente a la amenaza al

¹ Constan del proceso los siguientes escritos: 30 de noviembre de 2015 presentado por la empresa Nefrosalud; 03 de diciembre de 2015 presentado por la empresa Integradial S.A; 08 de diciembre de 2015 presentado por Iedytsa y Unidial.

derecho a la salud de las personas que requieren tratamiento de diálisis (2) La amenaza al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal.

(1) Procedencia y efectividad de la medida cautelar frente a la amenaza al derecho a la salud de las personas que requieren tratamiento de diálisis

28. La resolución de medida cautelar que es objeto de esta sentencia de revisión trata sobre la amenaza a los derechos a la salud y a la vida por la posible suspensión del servicio de diálisis a pacientes con insuficiencia renal en la ciudad de Guayaquil, por parte de los establecimientos privados que realizan este tratamiento, lo cual, habría sido provocado por el retraso en el pago por parte del Estado.

29. A partir del caso en revisión, esta Corte analiza la efectividad de la medida cautelar en la protección del derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal. Examina si la actuación del juez que conoció la causa fue adecuada y profundiza en el alcance de la amenaza al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal en relación con la disponibilidad y accesibilidad al tratamiento de diálisis.

30. La Corte observa que esta problemática es relevante pues se encuentra comprometido el derecho a la salud de un grupo de atención prioritaria, como es el caso de las personas con insuficiencia renal. Esta es una enfermedad catastrófica que impacta de manera radical en la vida de quienes la padecen y en la de sus familiares, pues la falla irreversible de los riñones impide que estos órganos cumplan con sus funciones de limpiar la sangre, filtrar el exceso de líquido y minerales, como el fósforo, el sodio y el potasio, ayudar al control de la presión arterial y en la generación de glóbulos rojos.²

31. Las personas con insuficiencia renal crónica enfrentan un tipo de enfermedad irreversible, la cual, sin la terapia de sustitución renal adecuada acarrea graves complicaciones en la salud que pueden derivar en la muerte. Las alternativas desarrolladas por la medicina hasta la actualidad que forman parte de la terapia de sustitución renal son la hemodiálisis (diálisis), la diálisis peritoneal y el trasplante de riñón.³ Siendo la hemodiálisis el tratamiento más accesible. El acceso a estos tratamientos es vital para el ejercicio de los derechos a la salud y a la vida, los cuales están protegidos por las garantías constitucionales.

32. Entre estas garantías constitucionales, las jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, según lo contempla el art. 6 de la LOGJCC. Estos mecanismos de carácter judicial hacen posible que los derechos

² Comparecencia de la Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública en la audiencia realizada el 13 de noviembre de 2019.

³ Los tratamientos de diálisis y diálisis peritoneal tienen como finalidad eliminar las sustancias dañinas y el exceso de líquidos de la sangre a través de mecanismos artificiales, como una máquina de diálisis o el procedimiento peritoneal. Cuando la función renal se ha reducido severamente se requiere el tratamiento de diálisis o trasplante, según lo afirmó la Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública en la audiencia realizada el 13 de noviembre de 2019.

prevalezcan ante amenazas o vulneraciones y permiten su goce efectivo en las realidades concretas de las personas, comunidades, pueblos y de la naturaleza.

33. Conforme lo establece el art. 87 de la Constitución, “*se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.*”

34. En el mismo sentido, la LOGJCC en el art. 6 establece que la finalidad de las medidas cautelares es “*prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho*”, y en el art. 26 de esta misma ley, se establece que las medidas cautelares “*tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos*”.

35. Esta Corte Constitucional ha identificado dos situaciones, no necesariamente secuenciales, en las cuales pueden proceder las medidas cautelares:

*(1) cerca de producirse una violación (amenaza); (2) se está produciendo la violación. El primer momento se da antes de la violación, y segundo momento durante la violación de derechos. La violación a los derechos no se ha consumado en el primer momento y solo cabría interponer medidas cautelares. Si se está produciendo la violación de derechos, se causa un daño, entonces procede la garantía jurisdiccional de conocimiento que corresponda- por ejemplo, la acción de protección - de forma conjunta con la medida cautelar o de manera autónoma.*⁴

36. De esta manera, la Corte realiza una distinción sobre cuándo procede la medida cautelar autónoma y cuándo existe la opción de presentarla de manera conjunta con una garantía jurisdiccional de conocimiento. Siguiendo este razonamiento, si el objeto es prevenir o evitar la vulneración de un derecho constitucional, se estaría ante una amenaza y, por tanto, procede una medida cautelar autónoma. Mientras que, cuando el objeto es interrumpir o cesar una vulneración de derechos constitucionales que ya se está produciendo, la medida cautelar puede interponerse conjuntamente con una garantía de conocimiento.⁵

37. Es así que, estas medidas tienen un carácter cautelar y tutelar a la vez. Cautelar por cuanto preserva temporalmente una situación jurídica, y tutelar respecto del ejercicio de los derechos, pues tiene como objetivo impedir su vulneración o suspenderla si ya está ocurriendo.

38. Esta Corte también ha establecido que, en medidas autónomas, si se advierte en los hechos de la demanda que se trata de una vulneración de derechos o se estima que la amenaza ha devenido en una vulneración de derechos, la jueza o juez debe transformar la causa a un proceso de garantía jurisdiccional de conocimiento conjunto con medida

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19; sentencia 026-13-SCN-CC, caso 187-12-CN; sentencia 034-13-SCN-CC, caso 0561-12-CN.

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, caso 187-12-CN; sentencia 034-13-SCN-CC.

cautelar.⁶ De este modo, se contempla la posibilidad de que la amenaza, por la cual se solicitó las medidas cautelares, pueda concretarse en una vulneración del derecho, y esto no impida el acceso a la tutela judicial efectiva de ese derecho.

39. En la sentencia del caso en revisión, el juez afirmó que “*resulta innegable que el servicio médico de salud prestado por las personas jurídicas accionadas en calidad de prestadores de los servicios privados de salud, de diálisis, podría suspenderse, de ser así, se vulneraría el derecho constitucional primordial de salud*”⁷. El juez identifica de este modo la amenaza que se presenta sobre el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal.

40. Con fundamento en el artículo 27 de la LOGJCC, esta Corte ha sostenido que deben verificarse los siguientes requisitos para que procedan las medidas cautelares: i) hechos creíbles o verosimilitud; ii) inminencia; iii) gravedad; y, iv) derechos amenazados o que son vulnerados.⁸

41. Los *hechos creíbles o verosimilitud* se refieren a la apariencia de buen derecho, es decir, que lo descrito en el petitorio de medidas cautelares permite una presunción razonable de que son verdaderos los hechos que configuran la amenaza sobre el derecho. Al no ser una acción de conocimiento, pero si requerir una respuesta rápida por parte de la jueza o juez, no se exigen pruebas para demostrar la existencia de la amenaza.

42. En la sentencia en revisión se señala que “*la recurrente acompaña a su petición varios recortes de notas de prensa publicadas en el Diario Expreso, El Telégrafo, y El Comercio, en los que aparece la noticia de que los pacientes con diálisis y sus familiares protestaron y exigen no se suspenda el servicio brindado por las clínicas contratadas para ello, y se mantenga la cobertura médica de DIÁLISIS que les proporcionan*”.⁹ De esta manera, el juez observa que el requisito de verosimilitud de los hechos se cumplió.

43. La inminencia se refiere a la proximidad temporal en que la vulneración de derechos ocurriría. Este requisito implica que el hecho está cerca de suceder o incluso podría estar ya sucediendo. La inminencia significa también que se presenta una circunstancia apremiante, ante la cual, se requiere un remedio urgente pues su demora redundaría en un mayor riesgo de afectación de uno o varios derechos (peligro en la demora).

44. En el caso en revisión, como se señaló en el párrafo 12 *supra* las empresas privadas de diálisis habrían informado a sus pacientes que “*sólo hasta el 20 de octubre*

⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 364-16-SEP-CC, caso N.º 1470-14-EP.

⁷ Unidad Judicial Civil de Guayaquil, resolución de medidas cautelares No. 2015-10509.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19; Sentencia No. 052-11-SEP-CC y Sentencia No. 0502-11-EP.

⁹ Unidad Judicial Civil de Guayaquil, resolución de medidas cautelares No. 2015-10509.

del 2015, los iban a atender (sic)”¹⁰, razón por la cual, la accionante solicitó la medida cautelar inmediatamente. Esta advertencia realizada por los centros privados implicaba que, en menos de quince días, las personas con enfermedad renal no tendrían acceso al tratamiento de diálisis. De esta manera, se configuraba una situación apremiante considerando que las personas con insuficiencia renal requieren del tratamiento de diálisis tres veces por semana de forma ininterrumpida.

45. En cuanto a la *gravedad*, el artículo 27 de la LOGJCC determina que “se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.” Al respecto, esta Corte ha explicado que “Un daño es irreversible cuando no se puede volver a un estado o condición anterior. Un daño es intenso cuando el daño es profundo, importante, como cuando produce dolor o su cuantificación es considerable o difícil de cuantificar. Una violación es frecuente cuando sucede habitualmente e incluso cuando se puede determinar un patrón en la violación”¹¹

46. En este caso, el juez que conoció la medida cautelar consideró que la amenaza es grave, por cuanto, “esta traería como consecuencia que los ciudadanos afectados en su salud estén impedidos de gozar con un servicio de salud apropiado y así garantizarles la vida digna”. Este razonamiento es pertinente considerando la vital necesidad que tienen las personas con insuficiencia renal del tratamiento de diálisis y por tanto, las potenciales consecuencias irreversibles en la salud y la vida en caso de no acceder a dicho tratamiento.

47. En cuanto, al requisito de identificar *los derechos que son amenazados o vulnerados*, se observan en el presente caso que la amenaza tiene lugar respecto de derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el derecho a la salud y la vida de las personas con insuficiencia renal crónica. Así lo ha identificado el juez que conoció el pedido de medida cautelar tal como se corrobora en el párrafo precedente.

48. En cuanto a la legitimación activa, el numeral 1 del artículo 86 de la Constitución y el artículo 32 de la LOGJCC ha establecido que “cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares...”¹² Estas disposiciones permiten que frente a una amenaza o vulneración a los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, no exista restricción que impida a una persona o grupo de personas solicitar medidas cautelares.

49. La legitimación activa en materia de medidas cautelares es abierta, y pueden por tanto ser solicitadas por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, aun inclusive a nombre de otra y sin contar con poder o autorización.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19, párr. 29.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 126-14-SEP-CC, casos 0971-11-EP y 0972-11-EP acumulados.

50. En el caso concreto se constata que la accionante de la medida cautelar es la Directora Zonal 8 del Ministerio de Salud, quien en el desempeño de sus funciones como servidora pública de dicha cartera de Estado tuvo conocimiento de la advertencia realizada por los centros de diálisis privados de suspender la atención.

51. Cuando se trata de servidoras o servidores públicos que solicitan medidas cautelares, esta Corte ha establecido que, independientemente de si se trata de una persona natural por sus propios intereses o en ejercicio de sus funciones “*lo importante es que se cumpla la finalidad de las medidas cautelares: prevenir o detener una violación de derechos*”.¹³ En este caso, se observa que la finalidad de la medida fue impedir la vulneración del derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica asegurando la continuidad del tratamiento de diálisis.

52. De esta manera no se incurre en las prohibiciones que la Corte estableció cuando sean servidores públicos los que soliciten medidas cautelares:

*“el Estado o sus servidores no pueden presentar medidas cautelares para: la simple ejecución de sus competencias constitucionales o legales; para deslindarse de las obligaciones legales que les correspondan en virtud de sus competencias; o, peor aún para legitimar medidas o actos arbitrarios que puedan violar, restringir o limitar el debido proceso o derechos.”*¹⁴

53. En este caso la Directora Zonal 8 del Ministerio de Salud no solicitó las medidas cautelares para la simple ejecución de sus competencias. Por el contrario, ante la noticia de la posible suspensión del tratamiento de diálisis por parte de los centros de diálisis privados, la servidora pública, busca con estas medidas precautelar el derecho a la salud de los pacientes que se atendían en dichos centros.

54. Se constata así, que las medidas cautelares no estaban dirigidas a la protección de los derechos propios de la funcionaria, ni del Ministerio de Salud Pública, sino que frente a la amenaza del derecho a la salud de las personas que necesitan diálisis, solicita las medidas cautelares como alternativa que permite una respuesta inmediata y con fuerza de coacción que haga frente a la inminencia y gravedad de dicha amenaza al derecho a la salud.

55. Sin embargo, en el presente caso esta Corte observa que los legitimados pasivos son establecimientos privados que mantienen un convenio con el Ministerio de Salud Pública para la prestación de estos servicios de salud. En virtud, de esta relación jurídica dichos establecimientos privados requieren de la gestión de ese ministerio y del Ministerio del Economía y Finanzas para obtener los pagos que permiten su funcionamiento.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19, párr. 39.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 41.

56. En consecuencia, la amenaza de suspensión del tratamiento de diálisis no recae exclusivamente sobre las empresas dializadoras, sino que se extiende a las posibles omisiones de las autoridades públicas de los ministerios, incluidas a las de la entidad accionante, tal como se analizará más adelante.

57. La Corte estima necesario aclarar que cuando la jueza o juez identifica que la entidad pública accionante pueda tener un grado de responsabilidad en la amenaza o violación al derecho que se alega en la medida cautelar, ello no impide que disponga medidas imputables a dicha entidad.

58. Así, con la finalidad de evitar conflictos en relación a la legitimación de la causa, cuando la jueza o juez ordene medidas en contra de la entidad pública accionante, en la misma providencia también dispondrá que la Defensoría del Pueblo asuma la legitimación activa, en virtud de las competencias establecidas en el artículo 9, letra b) de la LOGJCC y en el artículo 6, letra n) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

59. De esta manera, la autoridad judicial cumple con la finalidad de precautelar de forma inmediata los derechos, sin que las consideraciones relativas a la legitimación activa constituyan un obstáculo para adoptar las medidas necesarias para atender la amenaza sobre los derechos, tal como lo ha sostenido esta Corte en la sentencia 66-15-JC.¹⁵

60. Por lo dicho, no se incurre en el supuesto establecido en el precedente jurisprudencial citado, que impide solicitar medidas cautelares con la finalidad de legitimar actos que vulneren o restrinjan derechos. Por el contrario, esta Corte observa que, sí pueden proceder en contra de particulares incluso, cuando prestan servicios públicos impropios como en el presente caso, siempre que sea para proteger los derechos de las y los usuarios de dichos servicios.

61. De igual manera, la Corte Constitucional estableció que las medidas cautelares “no pueden ser alegadas para precautelar derechos en abstracto”¹⁶ como el bien común, el interés general o la seguridad pública o el interés general. En este caso, se observa que las medidas cautelares fueron solicitadas para precautelar el derecho a la salud y la vida de las personas que se realizan tratamientos de diálisis en los establecimientos accionados. No se invocaron derechos en abstracto o términos jurídicos indeterminados.

62. Por otra parte, en el escrito presentado por el procurador judicial de una de las empresas dializadoras se sostiene que esta medida no debía ser concedida puesto que “No se identifica con suficiente concreción la individualidad de la o las personas amenazadas en particular (...)”.¹⁷

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 66-15-JC/19.

¹⁶ *Ibíd.*, 42.

¹⁷ Escrito presentado por Edgar Ulloa Balladares en calidad de procurador judicial de Nefrosalud S.A, 21 de enero de 2020, párr. 34.

63. Al respecto, la Corte ha insistido en la distinción entre la legitimación activa de las garantías jurisdiccionales y la titularidad de los derechos,¹⁸ esto es “*en la separación entre el derecho de acción y el derecho sustantivo, objeto de la pretensión*”.¹⁹ Observar esta distinción es relevante, pues quien ejerce la acción debe identificarse conforme lo establece el artículo 10 de la LOGJCC, no así los titulares de derechos a quien o quienes precautelaría la medida, es decir las potenciales víctimas.

64. Bajo tal premisa, esta Corte aclara que en la medida de lo posible se individualizará a las potenciales víctimas. No obstante, cuando debido a las circunstancias del caso no sea posible hacerlo, lo jurídicamente relevante es que ante un hecho verosímil que amenaza de manera grave e inminente a los derechos, se desprenda que puede existir una potencial víctima o grupo de potenciales víctimas determinables para quienes son comunes los hechos que constituyen la amenaza. Esto no habilita a solicitar medidas cautelares para precautelar derechos en abstracto, como ha sostenido esta Corte en la sentencia 66-15-JC/19.

65. Así, por ejemplo, podría tratarse de una persona o de un grupo de personas a las cuales no se las identifica en la solicitud de medidas cautelares, pero que puedan ser individualizables o identificables, en tanto se encuentran bajo una misma situación de riesgo. También podría solicitarse medidas cautelares respecto de un grupo de personas con características comunes, o en favor de habitantes de una zona geográfica específica. De igual manera, para precautelar derechos de sujetos colectivos, como comunidades, pueblos o nacionalidades o respecto de la naturaleza.

66. En el caso concreto, si bien del proceso no obra una lista de todas las personas en favor de quienes se solicitó la medida cautelar, es claro que la amenaza por parte de las empresas dializadoras de suspender sus servicios afectaría al grupo de pacientes renales que son atendidos en dichos establecimientos. No se trata de un grupo indeterminado de personas sino, identificables, a quienes la amenaza los ubica bajo el mismo riesgo de no acceder al tratamiento que garantiza su salud y la vida.

67. Es así que, el juez resolvió como medida cautelar por sesenta días:

*“que las compañías antes referidas sigan prestando el servicio de salud de diálisis que venían realizando; y, se abstengan de adoptar cualquier medida que impida dicha atención, a cualquier paciente del Sistema Nacional de Salud calificados por el Ministerio de Salud Pública que le fueren derivados por este.”*²⁰

68. Según el informe emitido por la Defensoría del Pueblo sobre el cumplimiento de lo dispuesto por el juez, la medida habría sido adecuada pues luego de la visita realizada a los centros de diálisis privados, esa entidad constató que no se suspendió el

¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 282-13-JP/19 de 24 de septiembre de 2019, párr. 38.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 126-14-SEP-CC, 14 de agosto de 2014, página 18.

²⁰ Unidad Judicial Civil de Guayaquil, resolución de medidas cautelares No. 2015-10509.

tratamiento de diálisis a los pacientes con insuficiencia renal precautelando así el derecho a la salud durante el tiempo de vigencia de la medida cautelar.

69. Esta Corte constata que el juez de la Unidad Judicial cumplió con los requisitos que exige la Constitución y la LOGJCC para la procedencia de las medidas cautelares y, dictó una medida que, en principio, tuvo el propósito de salvaguardar el derecho a la salud en el caso concreto. No obstante, como se observará más adelante, en virtud de la información recabada por esta Corte, la medida sería insuficiente pues no extinguió la amenaza, solo la retrasó.

(2) La amenaza estructural al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica que requieren tratamiento de diálisis

Configuración de la amenaza estructural

70. Si bien la resolución de medidas cautelares dictada por el juez de la Unidad Judicial fue efectiva en el caso concreto, pues permitió precautelar los derechos a la salud y a la vida frente a la posible suspensión del tratamiento de diálisis, en la sustanciación de la presente causa esta Corte ha podido constatar que esta amenaza tiene un carácter estructural frente a lo cual, la Corte considera pertinente pronunciarse.

71. La amenaza a los derechos es estructural cuando no se circunscribe a un hecho específico o coyuntural, sino que se sustenta en factores sociales, económicos, culturales o políticos que configuran una situación compleja de acciones y omisiones que se reproducen continuamente. Esta amenaza es provocada por la confluencia de varios actores y tiende a recaer sobre los derechos de un colectivo o grupo poblacional en situación de desventaja.

72. Esta Corte observa también que, en una amenaza estructural, la institucionalidad encargada de la protección de los derechos, en lugar de superar o solventar los factores que provocan dicha amenaza, tiende a reproducirlos o incluso a empeorarlos, deviniendo así, en una posible vulneración estructural a los derechos.

73. En este caso concreto, la Corte observa que la amenaza al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica tiene un carácter estructural, pues como se explicará a continuación existen diferentes factores que configuran un riesgo permanente de suspensión del tratamiento de diálisis en el marco de una débil política pública que garantice este derecho.

74. Durante el último trimestre de 2019, los medios de comunicación informaron sobre la posible suspensión del tratamiento de diálisis por parte de centros privados ocasionada por la falta de pago por parte del Estado. Estos hechos tuvieron lugar en

varias provincias: Los Ríos, El Oro, Loja, Bolívar, Pichincha, Tungurahua, además de Guayas, provincia en la que ocurrieron los hechos del caso analizado.²¹

75. En este sentido, en la audiencia convocada por esta Corte realizada el 13 de noviembre de 2019, los representantes de los establecimientos privados de diálisis insistieron en que subsistía la falta de pago. Así, por ejemplo, el representante de la empresa Unidial afirmó que no se les había pagado desde el mes de junio de 2019, es decir, cinco meses hasta esa fecha. No obstante, no han suspendido los servicios.²² En el mismo sentido, se pronunció el representante de la empresa dializadora Integraldial, *“este problema se presentó en el 2015, se presentó el año pasado y este año también (...) son retrasos de hasta siete meses que no nos pagan.”*²³

76. En relación con la afectación que significaría para los establecimientos privados de diálisis la falta de pagos, el representante de Nefrosalud, señaló durante la audiencia que:

*“Un privado no puede ser obligado a prestar servicios si su situación financiera es insostenible. Si no se paga oportunamente, ocasionará que muchas clínicas cierren y quiebren. No puedan continuar con sus actividades. Pero también que no puedan pagar a sus trabajadores, habrá personas que pierdan su trabajo. Además, si no hay recursos para comprar insumos y pagar a los profesionales de salud, la calidad de los servicios de diálisis se afectaría.”*²⁴

77. Esta Corte observa que, según la información remitida por el Ministerio de Salud Pública, al 30 de septiembre de 2019, el saldo pendiente de pago a los establecimientos privados de diálisis a nivel nacional alcanzaba, en esa fecha, los 44.461.863,99 de

²¹ Esta información ha sido reportada por diferentes medios de comunicación: <https://www.24ecuador.com/vida/centros-de-dialisis-denuncian-supuesta-falta-de-pagos/129643-noticias> (06 de noviembre de 2019), <https://www.elcomercio.com/actualidad/clinicas-hemodialisis-msp-deuda-reclamo.html> (06 de noviembre de 2019), <http://www.teleamazonas.com/2019/11/centros-de-dialisis-exigen-pago-por-sus-servicios/> (07 de noviembre 2019), <http://www.ecuadorenvivo.com/sociedad/190-sociedad/109876-pacientes-con-enfermedades-renales-protestan-por-falta-de-pago-a-clinicas-de-dialisis.html#.XrBxPxNKib8> (20 de noviembre de 2019), <https://www.expreso.ec/guayaquil/defensor-pueblo-exhorta-gobierno-cancele-deuda-3300.html>, (14 de enero de 2020), <https://www.expreso.ec/guayaquil/pacientes-renales-realizan-planton-deuda-msp-1305.html> (12 de diciembre de 2019), <http://www.ecuadorenvivo.com/sociedad/190-sociedad/109876-pacientes-con-enfermedades-renales-protestan-por-falta-de-pago-a-clinicas-de-dialisis.html#.XrBxPxNKib8> (20 de noviembre de 2019), <https://www.eluniverso.com/guayaquil/2019/11/20/nota/7613042/pacientes-enfermedades-renales-protestan-falta-pago-clinicas> (20 de noviembre de 2019), <https://lahora.com.ec/santodomingo/noticia/1102306595/pacientes-con-insuficiencia-renal> (17 de febrero de 2020)

²² Intervención del abogado Andrés Ortiz representante de la empresas Unidial y Iedytsa, audiencia 13 de noviembre de 2019.

²³ Intervención del abogado José Quiroz representante de la empresa Integraldial, audiencia 13 de noviembre de 2019.

²⁴ Intervención del abogado José David Ortiz representante de la empresa Nefrosalud, audiencia 13 de noviembre de 2019.

dólares. Estos pagos fueron requeridos mensualmente por el Ministerio de Salud Pública al Ministerio de Finanzas.²⁵

78. Además, los representantes del Ministerio de Salud Pública señalaron en la audiencia que no se había realizado este pago por cuanto el Ministerio de Economía y Finanzas no había remitido el valor correspondiente desde hace cinco meses pese a haber insistido en este requerimiento. Al respecto señaló:

*“La asignación de presupuesto se hace a través de partidas presupuestarias, en este caso es la partida 53 que es para pagos de proveedores externos privados. Las solicitudes que hemos hecho para este pago, no han tenido contestación (por parte del Ministerio de Economía y Finanzas). No hay ninguna contestación que indique alguna falla”.*²⁶

79. Adicionalmente, el Ministerio de Salud Pública en respuesta a un nuevo requerimiento de información realizado por el juez ponente informó que, para el 27 de mayo de 2020, la deuda con los establecimientos privados de diálisis persistía por un monto de 20.707.777,98 dólares al 27 de mayo de 2020.²⁷

80. Al respecto, la abogada representante de del Ministerio de Economía y Finanzas, en la audiencia realizada, aseveró que *“posiblemente hubo alguna complicación interna en el proceso de tramitación de estos pagos. (...) Este Ministerio no niega que debe darse el pago. No hemos negado que exista esta obligación. (...) Pero debe coordinarse de mejor manera la solicitud de fondos”.*²⁸

81. Según la información recabada por la Defensoría del Pueblo hasta febrero de 2020:

*Varias Delegaciones Provinciales de la Defensoría del Pueblo realizaron visitas in situ, en las que se estableció y de acuerdo a lo manifestado por los administradores quienes manifestaron que el problema (sic) que existe actualmente es la falta de pago por parte del Ministerio de Salud a estos centros que prestan servicios de diálisis a los pacientes con insuficiencia renal.*²⁹

²⁵ Estos requerimientos al Ministerio de Finanzas los realizó el Ministerio de Salud Pública mediante oficios No MSP-MSP-2019-1585-O de 21 de junio de 2019, MSP-CGAF-2019-1517-O de 01 de agosto de 2019, MSP-VGVS-2019-0695-O de 23 de agosto de 2019, MSP-MSP-2019-2250-O de 23 de septiembre de 2019, MSP-VGVS-2019-0816-O de 18 de octubre de 2019, MSP-CGAF-2019-0565-O de 31 de octubre de 2019.

²⁶ Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública, audiencia 13 de noviembre de 2019.

²⁷ Subsecretaría Nacional de Gobernanza de la Salud, Dirección Nacional de Articulación de la Red Pública y Complementaria de Salud, “Informe técnico sobre el estado de pagos a dializadoras por prestaciones de servicios de salud a pacientes MSP año 2020”, Informe técnico No. DNARPCS-2020-0034 de 27 de mayo de 2020.

²⁸ Intervención de la abogada Andrea Badillo representante del Ministerio de Economía y Finanzas, audiencia 13 de noviembre de 2019.

²⁹ Defensoría del Pueblo del Ecuador, Oficio Nro. DPE-DNMPDPTJ-2020-0116-O de 11 de agosto de 2020.

82. En este mismo sentido, esta Corte no puede dejar de observar que el Ministerio de Economía y Finanzas, no ha dado respuesta a los requerimientos de información realizados por el juez ponente, aun cuando se ha concedido el plazo adicional solicitado para hacerlo. En consecuencia, esta Corte, en función de la disposición contenida en el cuarto inciso del artículo 16 de la LOGJCC, presume como ciertas las alegaciones relativas al incumplimiento oportuno de las transferencias requeridas al Ministerio de Economía y Finanzas para solventar los pagos a las dializadoras privadas.

83. En consideración a lo señalado, la Corte hace un severo llamado de atención al Ministerio de Economía y Finanzas y le recuerda la obligación de cumplir oportunamente con los requerimientos de información que hace la justicia constitucional.

84. Lo dicho, permite corroborar que el riesgo de suspensión del tratamiento de diálisis por parte de los establecimientos privados no ha sido superado definitivamente, razón por la cual, la amenaza al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal persiste. Asimismo, los costos altos que implica este tratamiento lo vuelven inasequible y difícil de sostener para los mismos pacientes.

85. Además de la persistencia de la amenaza, se observa que esta no tiene lugar únicamente en la ciudad de Guayaquil, sino que extiende su ámbito de afectación a otras ciudades, convirtiéndose en un tema de relevancia nacional.

86. Durante la emergencia sanitaria provocada por la pandemia de Covid-19, esta situación se agudizó debido a la condición de riesgo que conlleva esta enfermedad, a tal punto que algunos medios de comunicación reportaron pacientes con insuficiencia renal fallecidos y además, la falta de recursos para adquirir insumos para la protección de pacientes y del personal que labora en los centros de diálisis de las provincias de Esmeraldas, Guayas, Los Ríos, Manabí y El Oro.³⁰

³⁰ Estos hechos fueron reportados por diferentes medios de comunicación:

<https://www.expreso.ec/guayaquil/coronavirus-ochocentros-dialisis-riesgo-cerrar-falta-pago-finanzas-salud-8226.html> (31 de marzo de 2020),
<https://www.eluniverso.com/noticias/2020/04/02/nota/7801626/pacientes-dialisis-sufren-su-peor-crisis-esta-epoca> (1 de abril 2020), <https://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/518178-ministerio-de-salud-adeuda-3-millones-a-clinica-de-dialisis/> (06 de abril de 2020),
<https://www.eluniverso.com/guayaquil/2020/04/07/nota/7806681/100-muertos-clinicas-dialisis-incluido-su-director> (06 de abril de 2020), <https://www.elcomercio.com/actualidad/pacientes-insuficiencia-renal-dialisis-centros.html> (08 de abril de 2020),
<https://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/588301-al-menos-100-pacientes-dialisis-murieron-coronavirus-ultimos> (08 de abril 2020, <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/pacientes-con-insuficiencia-renal-mueren-por-no-poder-cumplir-con-su-tratamiento-o-por-covid-19/> (07 de abril 2020),
<https://www.elcomercio.com/actualidad/pacientes-cronicos-tratamientos-pandemia-covid19.html> (25 de abril de 2020), <https://www.lahora.com.ec/tungurahua/noticia/1102317544/clinicas-de-dialisis-podrian-cerrar-por-falta-de-pago-por-parte-del-estado-> (29 de abril de 2020)

87. En la información recabada por la Defensoría del Pueblo a través de sus delegaciones provinciales³¹, se reportan quejas recibidas por esa institución que confirman que la condición de vulnerabilidad de las personas con insuficiencia renal se agudizó en el contexto de la pandemia Covid-19, principalmente por las dificultades en la movilidad. En las situaciones reportadas por esta institución se observa la reducida disponibilidad de los servicios de diálisis y la limitada accesibilidad a los centros de salud que se profundizaron con las restricciones a la circulación. A continuación, se reseñan algunas de estas situaciones a manera de ejemplo:

Tabla 1
Información remitida por la Defensoría del Pueblo

Provincia	Situación
Napo	Apertura de un expediente defensorial en favor de 45 personas que se realizan diálisis en el Centro de Diálisis Contigo – Dalicon Tena, que se deben trasladar desde la ciudad de Francisco de Orellana y que presumiblemente estarían contagiadas con Covid-19. La DPE solicitó información a dicho centro y ha acompañado al grupo de personas a conseguir hoteles en Tena para que permanezcan en la ciudad y no corran peligro sus vidas por el traslado semanal.
Guayas	La delegación de Guayas de la DPE, reporta la negativa de atención de diálisis a una persona en medio de la agudización de la crisis por coronavirus en Guayaquil. Esto habría provocado la muerte tras varios días sin acceder al servicio en varios hospitales públicos de la ciudad
	Se reporta el caso de un afiliado voluntario del IESS, debido a que por las limitaciones causadas por la pandemia no pudo cancelar los aportes de los meses de abril y mayo. Fue desvinculado del IESS sin considerar que es persona con discapacidad y que recibe diálisis.
	Una persona con discapacidad de 69% quien solicitó la intervención defensorial debido a que el IESS le había negado la jubilación. Al estar en medio de la crisis de la pandemia por Covid-19, no puede hacerse las diálisis que normalmente se hace 3 veces por semana.
Pichincha	Registra una queja por el caso de una paciente fallecida por falta de tratamiento en el Hospital Eugenio Espejo en el contexto pandemia Covid-19, al parecer habría requerido de tratamiento diálisis.
	Se reporta queja por falta de capacidad para realizar tratamiento de diálisis debido a la cantidad de pacientes afectados por COVID-19 en el Hospital Carlos Andrade Marín.
	Registra la queja de una adulta mayor que no pudo ser dializada en el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, debido a una supuesta falta de insumos médicos para la realización de las diálisis. Se reportó que el jefe del área de nefrología y otro médico especialista del área se encontraban internados con Covid-19.
	Reporta el caso de una mujer adulta que logró recibir el tratamiento de diálisis gracias a la gestión defensorial.

³¹ Defensoría del Pueblo de Ecuador, Oficio Nro. DPE-DNMPDPTJ-2020-0127-O, 17 de agosto de 2020.

	Reporta el caso, de una paciente con diabetes e insuficiencia renal, quien acudió al Hospital Eugenio Espejo, y no fue atendida, al día siguiente por gestión de la DPE, se logró el ingreso y atención. A esta persona le diagnosticaron también con COVID, ingresó a terapia intensiva y ha sido atendida con 3 diálisis semanales.
	La DPE registra la queja en contra de una prestadora externa del IESS por trato inhumano. Los pacientes han sido obligados a esperar en las afueras de la clínica desde las tres de la mañana hasta que les toque el turno para ser atendidos.
Santa Elena	La delegación provincial de la DPE solicitó medidas cautelares en favor de un adulto mayor que no le permitían acceder al tratamiento de diálisis en el único centro especializado en la provincia porque se sospechaba que era portador de Covid-19.

88. Por su parte, el Ministerio de Salud Pública informó a esta Corte que “*con fecha 3 de febrero de 2020, se puede identificar 195 usuarios fallecidos que recibían terapia dialítica identificados con las variables de: confirmados (58), descartados (14), no concluyentes (12), probable (97) y no definido (14) en relación a la infección COVID-19.*”³² Con lo cual, se constata la agudización del riesgo y la amenaza a la salud y a la vida de las personas con insuficiencia renal en el contexto de la pandemia de Covid-19.

89. En virtud de lo expuesto, esta Corte considera que estas circunstancias que configuran una amenaza estructural merecen ser analizadas a la luz de las normas constitucionales que reconocen el derecho a la salud y, así establecer parámetros que orienten a la adopción de políticas urgentes para superar esta amenaza al derecho a la salud y a la vida. Si bien la medida cautelar fue adecuada y efectiva en el caso concreto, no es suficiente para solventar las causas estructurales que provocan la amenaza.

El derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica y las obligaciones del Estado

90. La Constitución en el art. 32 reconoce a la salud como parte de los derechos del buen vivir y, como tal, el Estado está obligado a garantizarlo y asegurar “*el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud...*”. Además, dispone que “*la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.*”

91. Esta Corte ha sostenido que el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo, que no implica solamente la ausencia de enfermedad, sino que, comprende también obligaciones estatales concretas que deben materializarse en

³² Subsecretaría Nacional de Provisión de Servicios de Salud, Informe técnico No. DNARPCS-2020-0034 de 27 de mayo de 2020CNCE-0133 de 26 de mayo de 2020.

prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de las personas.³³

92. Además, este derecho debe ser garantizado a quienes padecen una enfermedad catastrófica, atendiendo su condición de grupo de atención prioritaria, tal como lo reconoce el art. 35 de la Constitución, el cual establece que “*quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado*”.

93. La insuficiencia renal es una enfermedad catastrófica³⁴ que limita severamente la posibilidad de ejercer derechos a plenitud, pues condiciona la salud y la vida al tratamiento permanente de diálisis. Según, lo han afirmado los especialistas que intervinieron en la audiencia realizada “*Es una enfermedad con mayor mortalidad que el cáncer de mama y el cáncer de colon (...)*”³⁵

94. En el testimonio de un hombre de 78 años con insuficiencia renal, que ha sido remitido a esta Corte, se observa que la noticia sobre el padecimiento de la enfermedad puede ocurrir de manera inesperada y va de la mano con enfrentar una nueva condición en la que su vida se encuentra supeditada a la terapia sustitutiva renal, en este caso la diálisis:

*“Ejercí la cátedra de Química durante 45 años. Luego de trabajar en institutos de Esmeraldas y Quito, en esos años nunca asistía a ningún centro hospitalario, porque no me sentía enfermo; pero a raíz de que mi madre falleció (...), me preocupé y asistí a un centro de salud particular (...) mientras subía unas gradas, me sentí mal, lo cual hizo que mi esposa me acompañe donde un médico especialista, me hicieron todos los exámenes necesarios, y me indicaron que solo me servía en un 4% el riñón. (...) yo tenía insuficiencia renal y debía realizarme la diálisis 3 días a la semana, por 4 horas por día... eso mientras viva. La opción de trasplante de riñón era remota, por mi edad, 73 años, y por las patologías delicadas que tengo por lo que la diálisis es mi única oportunidad de poder vivir. No ir a una de las consultas implicaría que yo no viva”.*³⁶

95. Esta Corte observa que las afectaciones a la salud y al proyecto de vida de las personas con insuficiencia renal crónica abarcan otra serie de consecuencias que no solo se restringen a la sujeción al tratamiento de diálisis, pues la enfermedad supone un impacto psicológico y emocional significativo que implica la aceptación de limitaciones

³³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 364-16-SEP-CC, caso N°. 1470-14-EP.

³⁴ Según el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud, una enfermedad es considerada catastrófica cuando cumple con las siguientes características: “a) *Que implique un alto riesgo para la vida de la persona;* b) *Que sea una enfermedad crónica y por lo tanto que su atención no sea emergente;* y, c) *Que su tratamiento pueda ser programado o que el valor promedio de su tratamiento mensual sea mayor al determinado en el Acuerdo Ministerial de la Autoridad Sanitaria.*”. Esto se verifica en el Listado de Enfermedades Catastróficas, Raras o Huérfanas del Ministerio de Salud en el cual consta la insuficiencia renal crónica bajo el código N18.

³⁵ Intervención del médico nefrólogo Jorge Huertas, Director del área de nefrología del Hospital de las Fuerzas Armadas, audiencia 13 de noviembre de 2019.

³⁶ Amicus Curiae enviado por Oscar Wilfredo Falconí Samaniego, 13 de mayo de 2020.

físicas por la disminución de fuerza y energía. Así lo corrobora el testimonio recibido por esta Corte:

“Con los compañeros compartimos vivencias, para que la enfermedad, y la cuestión psicológica sea más tolerable, porque, hay momentos que nos vienen ganas de suicidarnos.”³⁷

96. La Corte toma en cuenta lo expresado por la representante de la asociación de pacientes renales señala que:

*“Si partimos de la idea que salud no es la ausencia de enfermedad sino la plenitud biosicosocial podemos ver que cuando se afecta algo en lo económico, se afecta la salud; cuando se afecta algo en la parte social, se afecta la salud; cuando se afecta la parte emocional se afecta la salud. Ser paciente renal no es solo mitigar la insuficiencia sino tener una mirada integral de la vida de las personas”.*³⁸

97. Lo dicho coincide con lo expuesto por los médicos nefrólogos que participaron en la audiencia. Así, el jefe de nefrología clínica del Hospital Carlos Andrade Marín sostuvo que *“Si una persona se dializa tres días por semana, esos días la persona no estará activa. Salir de diálisis significa salir con un fuerte cansancio físico y mental después de cuatro horas de estar en una silla conectado a una máquina, con problemas de altos y bajos de presión arterial. Esto provoca también un agotamiento psicológico”.*³⁹

98. Adicional a lo señalado, esta Corte toma nota de otras repercusiones de esta enfermedad en la vida de las personas, tales como el cambio en los hábitos en la alimentación, la restricción de actividades laborales, deportivas o recreativas que también alteran el entorno familiar y social. Lo dicho se refleja en el siguiente testimonio recibido por la Corte:

“el primer día que, mi esposo, recibía la diálisis en el Centro de Diálisis de la Mariscal, regentado por el IESS. Ese día recibió 2 horas, estuve esperándolo hasta que terminara, salió decaído, pues, le hicieron una herida en el cuello, por donde en adelante recibiría el tratamiento de la diálisis, fue una tranquilidad saber que inició su terapia, y que ya no estaba en peligro de morir (...) Le asignaron el turno de 4 de la tarde, a las 8.30 de la noche, durante los días martes, jueves y sábado, durante el primer mes, yo me quedaba en el Centro Médico, esperando que saliera, pues, eso me aconsejó el médico especialista, pues, podía pasar algún evento que afectara su salud. (...) Durante esas 4 horas que yo pasaba en la sala de espera, pude conversar con algunas personas, familiares de los pacientes que estaban en las máquinas, haciéndose

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

³⁹ Intervención del médico nefrólogo Luis Manjarrez, Jefe de nefrología clínica del Hospital Carlos Andrade Marín, audiencia 13 de noviembre de 2019.

*la terapia de diálisis, y, en resumen, todos coincidían, que este sitio, es el lugar donde les DAN VIDA, a nuestros allegados”.*⁴⁰

99. Desde una mirada interseccional, esta enfermedad también provoca condiciones de doble vulnerabilidad cuando se presenta en personas adultas mayores, niños, niñas o adolescentes, personas con discapacidad, personas en condición de movilidad humana, personas privadas de libertad o en otros grupos poblacionales quienes por su condición personal o por la situación específica en que se encuentran, están en una situación de desventaja estructural. Las limitaciones permanentes a la salud que impone la insuficiencia renal agudizan estas condiciones de vulnerabilidad.

100. Asimismo, el impacto de la insuficiencia renal sobre las mujeres hace que, a las desventajas estructurales de la inequidad de género se sume las consecuencias de la afectación en la salud física y mental que provoca esta enfermedad. Las mujeres se ven obligadas a extremar los cuidados para ellas mismas a causa de la enfermedad y, a la vez, cumplir al máximo con los roles de cuidado familiar que han sido socialmente asignadas. También cuando sus cónyuges son los pacientes renales se convierten en proveedoras del hogar, al tiempo que deben asumir las tareas de cuidado de la salud de su pareja.

101. La representante de la asociación de pacientes renales señala:

*“Si el paciente era el proveedor de casa y ahora ya no lo es. No todo está resuelto con el tratamiento, no todo se resuelve con eso. Hay una vida detrás del paciente que está con diálisis, hay una vida, social, familiar y económica que tiene que enfrentarse todos los días. Las condiciones familiares cambian cuando una persona entra a diálisis, las condiciones familiares también cambian porque si el jefe de familia es quien está en diálisis es la esposa la que asume este rol y debe salir a vender para poder sostenerse”.*⁴¹

102. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha visto como la enfermedad renal crónica requiere de la adopción de medidas inmediatas por parte de los Estados ante situaciones que configuren amenazas en la continuidad de la prestación de los servicios médicos necesarios, las cuales, impactan de forma más severa en grupos de atención prioritaria. Para la CIDH esto configura una amenaza grave a los derechos, razón en la que fundamentó la emisión de dichas medidas para la protección de niños en Venezuela, así como de inmigrantes en Estados Unidos.⁴²

⁴⁰ Amicus Curiae enviado por Teresa Trávez, cónyuge de Oscar Wilfredo Falconí Samaniego, 13 de mayo de 2020.

⁴¹ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

⁴² CIDH, Medida cautelar No. 1039-17 Niños y niñas pacientes del área de Nefrología del Hospital José Manuel de los Ríos respecto de Venezuela, 21 de febrero de 2018 y Medida cautelar 385/09 – 31 Inmigrantes Indocumentados Residentes en Atlanta y acceso a diálisis, Georgia, Estados Unidos

103. La Corte identifica que la amenaza estructural principal de estos hechos se centra en la garantía del derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal. Entendiendo este derecho desde una perspectiva integral, es decir, vinculado tanto a la salud física como a la salud mental, en una dimensión individual pero también familiar y social conforme lo reconoce la Constitución⁴³ y los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴⁴

104. El art. 50 de la Constitución establece que el “*Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.*” En virtud de esta disposición constitucional, el Estado es el garante del derecho a la salud de todas las personas y de manera particular, de aquellas que sufren enfermedades catastróficas, como la insuficiencia renal, para quienes debe asegurarse una atención especializada, gratuita, oportuna y preferente conforme lo dispuesto en este artículo.

105. En concordancia con lo señalado, el artículo 363 establece las obligaciones del Estado como rector de la política pública destinada a garantizar el derecho a la salud. Entre estas obligaciones se contemplan:

1. *Formular políticas públicas que garanticen la promoción, prevención, curación, rehabilitación y atención integral en salud y fomentar prácticas saludables en los ámbitos familiar, laboral y comunitario.*
2. *Universalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura.*
3. *Fortalecer los servicios estatales de salud, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud*
5. *Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución.*

La prevención de la insuficiencia renal crónica

106. Se sigue del artículo citado, que la obligación del Estado no se reduce únicamente a asegurar que las personas con insuficiencia renal accedan al tratamiento de diálisis, sino también formular una política pública orientada a prevenir la insuficiencia renal y garantizar la *atención integral* en salud para quienes adolecen esta enfermedad.

107. Lo señalado se encuentra en concordancia con el PIDESC y el Pacto de San Salvador que establecen la obligación de prevenir como parte del derecho a la salud⁴⁵,

⁴³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 32.

⁴⁴ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12; Organización de Estados Americanos, Pacto de San Salvador, artículo 10.

⁴⁵ El artículo 12 del PIDESC en su numeral 2.c) establece “*Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ella.*” Por su parte, el artículo 10 del Pacto de San

esto es, el conjunto de medidas coordinadas y dirigidas a alcanzar los niveles más elevados de salud de la población mitigando los factores que provocan las enfermedades renales y promoviendo aquellos determinantes para la buena salud. Estos determinantes también incluyen procesos de educación, mejoramiento de la nutrición, promoción de la actividad física, preservación de ambientes saludables u otras orientadas a este propósito.⁴⁶

108. Esta Corte en relación con la prevención ha sostenido que se debe tener en cuenta los diferentes factores que inciden en la salud de las personas. Al respecto ha señalado que:

*“Las personas están conectadas y determinadas por su entorno social, cultural y ambiental. Estos entornos condicionan y afectan la vida plena y saludable o la enfermedad. Las formas de producir alimentos, bienes, servicios y de consumir son factores importantes para la forma de vida saludable o para crear factores de riesgo para la salud”.*⁴⁷

109. Según ha señalado el Ministerio de Salud Pública en la audiencia realizada, la insuficiencia renal crónica se presenta frecuentemente como consecuencia de la diabetes, hipertensión arterial, glomerulonefritis, nefritis obstructiva y otras patologías.⁴⁸ Por tanto, controlar el avance de dichas enfermedades en la población previene la insuficiencia renal y a largo plazo, puede incluso incidir en la reducción de la inversión estatal.

110. En relación con lo dicho, el jefe de nefrología clínica del Hospital Carlos Andrade Marín señaló:

*“En la prevención hay que enfocarse en las enfermedades que son las más complicadas: la diabetes y la hipertensión. Si se controla en el nivel primario de estas enfermedades, es decir, cuando empiezan a manifestarse o hay indicios de que se puedan presentar, esto permitiría controlar el ingreso acelerado a la terapia sustitutiva renal. El control y la prevención podrían costar entre 300 o 400 dólares mensuales. Esto es mucho menor que el costo del tratamiento diálisis que a la larga puede demandar si no hay la prevención adecuada”.*⁴⁹

Salvador establece entre las medidas para garantizar el derecho a la salud en el numeral 2.d. “la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.”

⁴⁶ La Observación General 14 del Comité DESC, en relación a la prevención señala en relación a la disposición del artículo 12 numeral 2 : “exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género”.

⁴⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 679-18-JP/20, 05 de agosto de 2020, párr. 47.

⁴⁸ Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública, audiencia 13 de noviembre de 2019.

⁴⁹ Intervención del médico nefrólogo Luis Manjarrez, Jefe de nefrología clínica del Hospital Carlos Andrade Marín, audiencia 13 de noviembre de 2019.

111. No obstante, esta Corte a pesar de haberlo solicitado en la audiencia no ha recibido información que demuestre la adopción de medidas de prevención efectivas de estas enfermedades ni la valoración de su impacto. Por el contrario, según las estadísticas remitidas por el Ministerio de Salud Pública existe un incremento considerable de las personas que adolecen esta enfermedad, lo que implicaría que la política de prevención de la insuficiencia renal es débil. Este incremento repercute en una mayor demanda del tratamiento de diálisis que el Estado debe atender.

112. Según la información estadística presentada por el Ministerio de Salud Pública: *“La enfermedad renal crónica en el Ecuador está llegando a aproximadamente un millón ochocientos veinticinco mil habitantes, de los cuales, cada año se espera que se tenga un incremento de 178 nuevos pacientes por cada millón de habitantes, por tanto, es una problemática en incremento. De este número de personas, 16.924 se encuentra en terapia de reemplazo renal”*.⁵⁰

113. Lo señalado devela un índice elevado de pacientes nuevos, por tanto, es prioritario que el Estado haga énfasis en las políticas de prevención y control del avance de esta enfermedad, lo cual, a su vez, propiciaría la disminución de la necesidad de atención en los hospitales públicos y privados.

114. Por otra parte, en relación con la *atención integral* que dispone la Constitución, se observa que esta no solo se reduce al acceso a un tratamiento específico, sino que comprende todas las áreas de atención médica necesarias para el cuidado y mejoramiento de las condiciones de salud y la superación de la enfermedad.

Disponibilidad y accesibilidad de la atención en salud integral

115. La atención integral comprende principalmente la atención médica continua y especializada en nefrología, los diferentes tipos dentro de los que se encuentra la diálisis y la atención de otras áreas para impedir la agudización de la enfermedad, tales como, la atención nutricional y psicológica.

116. Así, lo han señalado también los criterios vertidos por los médicos nefrólogos en la audiencia realizada por esta Corte:

“Hay que considerar que los pacientes de diálisis no son un número. Sino que requieren de un tratamiento integral y permanente. En donde no solamente se nivele los valores de creatinina, urea y demás, sino que también necesita una atención de nutrición, trabajo social, psicología”.⁵¹

⁵⁰ Estadísticas presentadas por la Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública, en la audiencia 13 de noviembre de 2019.

⁵¹ Intervención del médico nefrólogo Luis Manjarrez, Jefe de nefrología clínica del Hospital Carlos Andrade Marín, audiencia 13 de noviembre de 2019.

117. Estas obligaciones estatales para hacer efectivo el derecho a la salud deben ser garantizadas a través del sistema nacional de salud, conforme lo dispone el artículo 359 de la Constitución⁵². Parte de este sistema es la red pública integral de salud, la cual, está conformada por “*el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad,*” según lo establece el artículo 360 de la Constitución.

118. A través del sistema nacional y, principalmente a través de la red pública, el Estado debe asegurar el cumplimiento de los elementos esenciales e interrelacionales del derecho a la salud que son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad⁵³, entendidos de la siguiente manera:

Disponibilidad: los Estados deben contar con el número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos, así como programas de salud;

Accesibilidad: dichos establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles de hecho (accesibilidad física) y de derecho, a los sectores en condiciones de mayor vulnerabilidad y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos;

Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate; y

Calidad: que tales establecimientos, bienes y servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico y sean de buena calidad⁵⁴

119. Siguiendo estos parámetros, esta Corte observa que los hechos que provocan la amenaza de suspensión del tratamiento diálisis afectan principalmente a la *disponibilidad* y a la accesibilidad del derecho a la salud, elementos que serán analizados a continuación.

La disponibilidad

120. A fin de asegurar la *disponibilidad*, la Red Pública de Salud, en principio, debería contar con suficientes establecimientos dotados de la infraestructura, equipamientos, medicamentos e insumos necesarios para realizar el tratamiento de diálisis, así como del

⁵² El artículo 359 de la Constitución establece que “*El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social*”.

⁵³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 209-15-JH/19 de 12 de noviembre de 2019, párr. 36. En esta sentencia la Corte Constitucional ha acogido los parámetros establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 14.

⁵⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C. 12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

personal profesional capacitado y los recursos económicos que garanticen su sostenibilidad.

121. No obstante, en la información estadística remitida por el Ministerio de Salud Pública a esta Corte, se observa que para las 16.924 personas que requieren diálisis, la Red Pública de Salud, atiende solamente a 2.496 es decir al 14,7%, pues cuenta únicamente con 416 puestos para hemodiálisis en un total de 27 centros públicos de salud. El 85,3%, es decir 14.428 personas, son atendidas a través de la Red Privada Complementaria (RPC) mediante convenios con 80 establecimientos a nivel nacional, los cuales disponen de 2.404 puestos para diálisis. Lo señalado, se puede apreciar de mejor manera en la siguiente tabla:

Tabla 2
Disponibilidad de puestos para diálisis

INSTITUCIÓN	HOSPITALES	PUESTOS	PACIENTES Por mes	Porcentaje
MSP	16	143	858	5,06%
IESS	8	247	1482	8,75%
ISSFA	1	14	84	0,50%
ISSPOL	2	12	72	0,42%
RPC	80	2404	14428	85,27%
TOTAL			16924	100%

Fuente: Dirección Nacional de Centros Especializados del MSP
Elaborado por: DNARPCS 11/11/2019

122. En el mismo sentido, es importante considerar lo expresado por la jefa de diálisis del Hospital Carlos Andrade Marín del IESS en la audiencia realizada por esta Corte:

*“En el hospital, se presentan de 10 a 15 casos nuevos por semana. Esto quiere decir que mínimo diez pacientes requieren diálisis por semana, sea hemodiálisis o diálisis peritoneal. Nosotros tenemos 12 máquinas de diálisis y atendemos aproximadamente 170 pacientes al mes. Es imposible que con este número de máquinas avancemos a prestar el servicio a la totalidad de quienes lo requieren. Por eso el IESS tiene que derivar también a prestadores externos”.*⁵⁵

123. Con base en lo expuesto, preocupa a esta Corte que la infraestructura y equipamiento de los establecimientos que conforman la Red Pública de Salud, así como

⁵⁵ Intervención de la médica nefróloga Pilar Sánchez, Jefa de diálisis del Hospital Carlos Andrade Marín, audiencia 13 de noviembre de 2019.

de los que dependen del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de los sistemas de seguridad social de la fuerza pública no sean suficientes para proveer el tratamiento de diálisis a la cantidad de los pacientes que lo requieren. Además, esto se agrava con el incremento constante de personas con insuficiencia renal que requieren de diálisis.

124. En este escenario, la Corte reconoce también que, no es probable que en el corto plazo el Estado supere totalmente estas limitaciones. En esta medida, la Red Pública de Salud debe recurrir a la Red Privada Complementaria a fin de garantizar la *disponibilidad* del tratamiento de diálisis. Así, tanto el Ministerio de Salud y como el IESS, deben suscribir convenios con los establecimientos privados.

125. Al respecto, el Servicio Nacional de Contratación Pública informó a esta Corte en relación con los convenios que suscribe el Ministerio de Salud con los establecimientos privados de diálisis que:

“Respecto a la improcedencia de aplicación de los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, este Servicio Nacional concluye que la contratación de los servicios asistenciales no comprende la aplicación de un procedimiento competitivo, en el que únicamente se escoge a un solo proveedor; en este caso particular, al existir un sistema complementario de salud pública, es posible y necesaria la suscripción de convenios con todos los miembros que cumplan con los requisitos determinados por la máxima autoridad de la entidad de salud en función al los pliegos, en observancia de los principios determinados en el artículo 4 de la LONSCP en función al tarifario de prestaciones para el Sistema Nacional de Salud.”⁵⁶

126. Es así que, el Ministerio de Salud ha emitido normativa y procedimientos que regulan la suscripción de estos convenios⁵⁷. Al respecto, esta Corte hace énfasis en señalar que dichos procedimientos, así como los convenios suscritos, deben atender a las normas constitucionales y legales de transparencia en el manejo de recursos públicos, y por tanto, no están exentos de los controles correspondientes.

127. La Corte toma nota de lo expresado por la Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública en la audiencia realizada:

“Para facilitar la atención y el reconocimiento del pago de estos servicios se ha establecido un valor de 1.456 dólares mensuales por persona, que incluye, el mantenimiento de los accesos vasculares, interconsultas de especialidad, exámenes

⁵⁶ SERCOP, Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0459-OF de 25 de agosto de 2020, que da respuesta a la fundamentación del Oficio No. INCOP- DE-2013-0320-OF de 23 de mayo de 2013.

⁵⁷ Norma de técnica sustitutiva de relacionamiento para la prestación de servicios de salud entre Instituciones de la Red Pública Integral de Salud y de la Red Privada Complementaria y su reconocimiento económico. AM. 091-2017; Acuerdo Ministerial Nro. 0052 – 2019 0217- 2018, 00005111, 0000051; Acuerdo Ministerial Nro. 4194 en el cual se expidió la Norma Técnica para la Derivación y Financiamiento y de Cobertura Internacional para la Atención Integral de Salud de Usuarios con Enfermedades Catastróficas; Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud. AM.00004928-2014.

complementarios y otros tratamientos que pueden ocurrir durante el año de cobertura de financiamiento que se tiene a través del sector privado”⁵⁸

128. En este sentido, esta Corte aclara que, el Estado como garante de los derechos debe realizar el máximo de esfuerzos para asegurar la disponibilidad del tratamiento de diálisis a través de los establecimientos que conforman la red pública de salud. De tal modo que, recurrir a establecimientos privados, si bien puede ser un medio para solventar las limitaciones en la disponibilidad, no puede ser asumida como la única y definitiva solución a la amenaza estructural que persiste sobre el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal.

129. En este contexto, los establecimientos de diálisis proveen de un servicio público mediante el cual se garantiza el derecho a la salud de pacientes con insuficiencia renal. En tal virtud, están obligados a asegurar la disponibilidad del tratamiento de diálisis en el marco de lo dispuesto por la Constitución y las leyes en relación con la prestación de servicios de salud. Es así, que de manera especial deben dar cumplimiento estricto a la prohibición de paralización de los servicios de salud contemplada en el artículo 326 numeral 15 de la Constitución⁵⁹ y respetar el principio constitucional de continuidad de los servicios públicos⁶⁰, asegurando la disponibilidad permanente del tratamiento de diálisis.

130. En este sentido, a criterio de esta Corte, la paralización del servicio de diálisis, por parte de un establecimiento público o privado, podría devenir en una afectación grave a la *disponibilidad* del tratamiento de diálisis y, por tanto, de llegar a ocurrir, constituiría una vulneración directa al derecho a la salud e indirecta al derecho a la vida de las personas con insuficiencia renal.

131. De igual manera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 361 de la Constitución⁶¹, el Ministerio de Salud debe establecer las normas, regulaciones y formas de control para el funcionamiento de dichos establecimientos. En tanto que, dichos establecimientos tienen la obligación de cumplir estrictamente con la normativa para garantizar que el tratamiento de diálisis sea adecuado a los requerimientos técnicos de calidad, médicos y de seguridad correspondientes, así como a los parámetros constitucionales y de instrumentos internacionales.

⁵⁸ Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública, en la audiencia 13 de noviembre de 2019.

⁵⁹ El artículo 326 numeral 15 de la Constitución dispone “*Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios*”.

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador, artículo 314.

⁶¹ El artículo 361 de la Constitución establece que “*El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector*”.

132. El Estado, por su parte, está obligado a consignar los valores correspondientes a la prestación de servicios de diálisis a dichos establecimientos privados. Esta Corte toma nota de la explicación que el Ministerio de Salud Pública, ha realizado sobre el procedimiento que sigue:

“El Ministerio de Salud Pública realiza el proceso de Auditoría de la Calidad de la Facturación de los Servicios de Salud (ACFSS) a través del nivel desconcentrado, para ello se procesan los trámites para pagos en 7 de sus 9 Coordinaciones Zonales (...).”

El proceso de ACFSS, respecto a las prestaciones de diálisis, se realizan dentro del plazo previsto en la normativa legal vigente (45 días laborables), el requerimiento del presupuesto se realiza hasta el 8vo. Día de cada mes; una vez que el MEF emite la certificación presupuestaria, las Coordinaciones Zonales, solicitan las facturas a los prestadores. Una vez recibidas las facturas generan el proceso contable y los valores quedan pendientes de acreditación en el Ministerio de Economía y Finanzas.⁶²

133. Al respecto, esta Corte no ha recibido información por parte del Ministerio de Economía y Finanzas sobre los retrasos a los pagos pendientes, a pesar de que se ha insistido en la necesidad de contar con ella para la sustanciación de la presente causa.

134. Es así que, esta Corte considera que cumplir regularmente los pagos, por parte del Estado a estos establecimientos forma parte de la obligación de asegurar la disponibilidad del tratamiento de diálisis para garantizar el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal. En efecto, como se observa en los párrafos *supra* estos recursos permiten la adquisición de los medicamentos e insumos necesarios para realizar el tratamiento de diálisis.

135. Al respecto, la Constitución en su artículo 366 establece que *“El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado.”* El financiamiento *oportuno* obliga al Ministerio de Economía y Finanzas a realizar las transferencias requeridas por el Ministerio de Salud Pública dentro de un tiempo prudencial que permita cumplir con las obligaciones a los prestadores de los servicios de salud sin caer en mora.

136. En tanto que, el financiamiento *regular* contemplado en la Constitución, implica la obligación de no interrumpir la periodicidad con la que deben realizarse las transferencias al Ministerio de Salud Pública a fin de que no surjan amenazas de suspensión de los servicios de salud; y, finalmente, el financiamiento *suficiente* refiere a que, la cantidad transferida al Ministerio de Salud Pública corresponda al valor requerido y que es necesario para mantener la atención en salud, la adquisición de insumos, medicamentos de calidad, así como en la contratación de personal capacitado.

⁶² El Informe Técnico No. DNARPCS-2020-0034 de 27 de mayo de 2020 elaborado por la Dirección Nacional de Articulación de la Red Pública y Complementaria de Salud.

137. Asimismo, el artículo 366 la Constitución establece que “*Los egresos permanentes para salud, educación y justicia serán prioritarios*”, lo que significa que deben ser preponderantes ante otras erogaciones que deba hacer el Estado. Incluso en situaciones de menor disponibilidad de recursos por parte del Estado, las obligaciones relativas a la salud deben ser priorizadas en su cumplimiento, mas aun, cuando dicha omisión configura una amenaza automática sobre la salud y la vida, como en este caso.

138. Por tanto, si bien al Ministerio de Salud le corresponde la rectoría en su materia, también es claro, que las decisiones y procedimientos que adopta el Ministerio de Economía y Finanzas pueden afectar de manera determinante el ejercicio de derechos, como en este caso ocurre con el derecho a la salud, que se evidencia en la amenaza clara a la *disponibilidad* del tratamiento de diálisis y también incide en la *calidad* de los servicios de salud al condicionar la adquisición de insumos, medicamentos de calidad y la contratación de personal capacitado.

139. Siguiendo este razonamiento, esta Corte enfatiza en que el Ministerio de Economía y Finanzas no está exento de incorporar el enfoque de derechos en sus políticas y procedimientos, y cumplir así lo establecido en la Constitución para garantizarlos. En consecuencia, debe brindarse especial atención y prioridad a aquellos procedimientos que tengan por objeto asegurar los recursos para los pagos de tratamientos como el de hemodiálisis, cuyo incumplimiento puede acarrear afectaciones graves a la salud y la vida.

140. Al respecto, Corte recuerda que el artículo 226 de la Constitución dispone que las instituciones del Estado tienen “*el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*”.

141. Con base en el artículo citado, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Economía y Finanzas deben mantener procesos de coordinación eficaces en el marco de sus competencias a fin de cumplir oportunamente y de manera regular con el financiamiento de la política pública que garantiza el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal, la cual incluye, la consignación oportuna de los pagos a los establecimientos privados que prestan el servicio de diálisis.

142. El Ministerio de Economía y Finanzas en el marco de sus competencias debe adoptar las medidas necesarias para contar con los recursos económicos destinados a garantizar el derecho a la salud. De manera especial, asegurar recursos que permiten la *disponibilidad* de los tratamientos, medicamentos e insumos para la atención de enfermedades catastróficas, como es el caso de diálisis para los pacientes con insuficiencia renal. Esto supone también adoptar medidas preventivas para impedir que situaciones de recesión económica constituyan una amenaza para la disponibilidad o el acceso a tratamientos, medicamentos o insumos necesarios para la atención de enfermedades catastróficas.

143. Por otra parte, esta Corte no puede dejar de observar que los establecimientos privados por su naturaleza jurídica también tienen como objetivo generar rentabilidad económica. Ello genera tensiones entre los intereses económicos de los establecimientos privados y la obligación de asegurar la disponibilidad del tratamiento de diálisis, tal como se pudo observar en la audiencia realizada. Más aún cuando los centros de diálisis se financian principalmente con ingresos por la atención a pacientes derivados del sistema de salud pública.

144. El Estado no debe solamente adoptar medidas destinadas a controlar la calidad de los servicios de diálisis que prestan los establecimientos privados a través del órgano rector de salud. Debe también, a través de los órganos de control prevenir que se configuren formas de lucro incompatibles con las finalidades de los servicios de salud, resguardar el manejo adecuado de los recursos públicos y prevenir y sancionar prácticas que puedan constituir abuso del poder de mercado.⁶³

145. Al respecto, uno de los representantes de las dializadoras afirmó:

*“tenemos pacientes (derivados) del Ministerio de Salud Pública y de la seguridad social. Nuestras dializadoras no reciben pacientes privados. Nunca. Porque el costo de la diálisis imposibilita el bolsillo de un paciente. Al ser un tratamiento de tres veces por semana el bolsillo no aguanta. Nosotros no tenemos ingresos privados, son públicos únicamente”*⁶⁴

146. En este sentido, la Corte hace énfasis en que las políticas públicas y decisiones que adopta el Ministerio de Salud deben estar orientadas a la garantía de los elementos que forman parte del derecho a la salud y a la vida, los cuales son prioritarios y deben trascender intereses económicos de entidades o instituciones privadas. Por su parte, el Ministerio de Salud debe precautelar que dichas políticas no promuevan o estimulen la proliferación de prácticas lucrativas que mercantilicen el derecho a la salud.

147. Esta Corte también toma nota que varios de las y los especialistas en nefrología que participaron en la audiencia coincidieron en la necesidad de mejorar la política pública en esta materia. Así, por ejemplo, el director de nefrología del Hospital de las Fuerzas Armadas sostuvo que *“hay que inaugurar una política de salud renal más formal, como una política seria del Estado”*.⁶⁵

148. Lo dicho, está en sintonía con lo expresado por la representante de la asociación de pacientes renales:

⁶³ Tal como se señala en los párrafos 7 y 14 la Corte solicitó información a la Superintendencia del Control de Poder Mercado a fin de determinar si existen prácticas de mercado contrarias a la ley. Dicha entidad indicó que hasta el momento no se habría confirmado alguna infracción.

⁶⁴ Intervención del abogado Carlos Hidalgo representante de la empresa Biodial, audiencia 13 de noviembre de 2019.

⁶⁵ Intervención del médico nefrólogo Jorge Huertas, Director del área de nefrología del Hospital de las Fuerzas Armadas, audiencia 13 de noviembre de 2019.

*“El paciente no sabe para donde ir, al momento hay una afectación psicológica por la incertidumbre porque todos los días los pacientes van, pero no saben hasta cuando continuarán con el tratamiento. Hay un problema fuerte porque para mantenernos en estos centros que los consideramos como nuestras casas. El Estado debe asumir su responsabilidad porque a la larga, no es tan fuerte para los centros de diálisis o sus dueños que pueden incluso abrir otro negocio. Los perjudicados somos los pacientes renales”.*⁶⁶

149. Considerando lo expuesto, y a fin de precautelar la *disponibilidad* del derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal, es necesario que el Estado fortalezca la política pública integral adoptando medidas de prevención eficaces de esta enfermedad. Esto incluye también, medidas para el mejoramiento de las capacidades de la Red Pública de Salud para la prestación del servicio de diálisis, de tal manera que el uso de la red complementaria de salud, se circunscriba a lo necesario. Esta política debe contar con la oportuna provisión de recursos económicos necesarios, lo cual, incluye el pago sin retraso a los establecimientos privados que prestan los servicios de diálisis.

150. Además, debe contemplarse también como parte de esta política el derecho a acceder a medicamentos, el cual también se encontraría amenazado tal como sostiene la representante de la asociación de pacientes renales:

*“Cuando hay falta de medicamentos, a veces se prestan entre compañeros o reducen la dosis, en vez de tomar dos tomas uno. En ciertos casos la asociación aporta algo. Pero no es lo que se debe hacer, porque se daña el órgano. Que además le costó al IESS para mejorar nuestra calidad de vida, pero no sirve de nada ser un número en una estadística si después no pasa nada. Los medicamentos son vitales”*⁶⁷

151. Esta Corte ha sostenido en relación con el derecho a disponer y acceder a medicamentos lo siguiente:

*“El derecho a la disponibilidad y al acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces tiene dimensiones individuales y colectivas. En lo individual, la persona tiene derecho a que el medicamento contribuya al más alto nivel posible de salud; en lo colectivo, la disponibilidad y el acceso de medicamentos deben contribuir, en el marco de una política pública de salud basada en derechos, a que prevalezcan los intereses de la salud pública por sobre los intereses económicos, comerciales o particulares, conforme lo dispuesto en los artículos 83 (7) y 363 de la Constitución.”*⁶⁸

152. En virtud del precedente constitucional citado, los pacientes renales tienen derecho a disponer y acceder a los medicamentos y tratamientos tanto individual como colectivamente. Así, la política pública debe asegurar la provisión de los medicamentos

⁶⁶ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

⁶⁷ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 679-18-JP/20, 05 de agosto de 2020, párr. 175.

que requiere el tratamiento de la insuficiencia renal crónica y que forman parte del Cuadro Nacional Básico de Medicamentos (CNBM).

La accesibilidad de las personas con insuficiencia renal al tratamiento de diálisis

153. Por otra parte, esta Corte observa que la *accesibilidad* del derecho a la salud, es otro de los elementos sobre los que recae esta amenaza. La accesibilidad tiene diferentes dimensiones: económica, geográfica y también la observancia del principio de igualdad y no discriminación. Estas dimensiones se analizan a continuación.

154. La accesibilidad económica según la Observación General 14 del Comité DESC se entiende de la siguiente manera:

“los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”⁶⁹

155. En el caso concreto implica que el tratamiento de diálisis debe estar al alcance económico de todas las personas con insuficiencia renal, especialmente de aquellas que presenten condiciones de doble o más vulnerabilidad. La *accesibilidad económica* tiene como finalidad que sobre los hogares con ingresos económicos limitados no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares con mayores ingresos económicos.

156. Al respecto, la Constitución ecuatoriana establece un mayor grado de protección en cuanto la accesibilidad económica de las personas con enfermedades catastróficas, al establecer en el artículo 50 *“la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente”* para las personas con enfermedades catastróficas que se atienden en el servicio público, como es el caso de las y los pacientes con insuficiencia renal.

157. Esta Corte observa que, con la finalidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la Constitución, el Estado, a través de Ministerio de Salud Pública ha implementado el Programa de Protección Social (PPS). Este programa tiene como objetivo que las personas que no cuenten con los recursos económicos suficientes y no se encuentren afiliados al seguro social puedan acceder al tratamiento de diálisis. Por su parte, los servicios de seguridad social del IESS, ISSFA e ISSPOL posibilitan el acceso gratuito al tratamiento de diálisis a sus afiliados.⁷⁰

⁶⁹ Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 14 sobre El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 12.

⁷⁰ Directora de Políticas de Salud del Ministerio de Salud Pública, en la audiencia 13 de noviembre de 2019.

158. Tal como se ha indicado en párrafos *supra*, el costo del tratamiento de diálisis es oneroso, pues al momento supera los 1.400 dólares mensuales y, por tanto, es poco accesible económicamente para quienes no cuentan con los recursos suficientes o no están afiliados a la seguridad social pública o a seguros privados. Por tanto, es pertinente la adopción de políticas públicas para garantizar la accesibilidad a este tratamiento, conforme con el parámetro constitucional de gratuidad de la salud pública, tal como se lo hace desde el Programa de Protección Social.

159. No obstante, frente a la erogación de recursos públicos que exige asegurar la sostenibilidad de la política pública, esta Corte observa que, además del fortalecimiento de la prevención de la enfermedad renal, también son necesarias otras medidas destinadas a moderar el incremento en el número de pacientes que requieren dicho tratamiento, tales como el acceso al trasplante renal.

160. Al respecto, según la información proporcionada en la audiencia, el trasplante de riñón forma parte de las terapias sustitutivas de la función renal, el cual presenta la ventaja de que, si este es exitoso, la persona ya no requerirá del tratamiento de diálisis, lo cual, mejora la calidad de vida.⁷¹

161. Según la información del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, entre enero 2016 hasta mayo de 2020 se han realizado un total de 808 trasplantes renales.⁷² Cifra que a criterio de los especialistas que participaron en la audiencia es muy bajo en cuanto al número de personas con insuficiencia renal, puesto que no alcanza al 1% de dicha población.

162. Sin embargo, esta Corte estima importante considerar el criterio de las y los especialistas en nefrología que participaron en la audiencia, quienes sostuvieron que mejorar el nivel de acceso al trasplante repercutiría a largo plazo en una menor erogación de recursos del Estado en relación con el tratamiento de diálisis.⁷³

163. Como sostiene la representante de la asociación de pacientes renales, el trasplante requiere también de cuidado y medicación continua y de por vida para evitar el rechazo del órgano trasplantado, aspectos que también deben ser considerados como parte de la política pública.

“El trasplante es un tratamiento renal más. Quienes hemos sido trasplantados aun tenemos insuficiencia renal. No nos sanamos, solo sustituimos la diálisis, pero requerimos medicina como, por ejemplo, los inmunosupresores. Para los pacientes renales la lucha es continua. Desde hace 24 años cuando inicié con diálisis debían

⁷¹ Intervención del médico nefrólogo Luis Manjarrez, Jefe de nefrología clínica del Hospital Carlos Andrade Marín, audiencia 13 de noviembre de 2019.

⁷² Ministerio de Salud Pública, Instituto Nacional de Donaciones y Trasplantes de Órganos, informes estadísticos correspondientes a los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020.

⁷³ Intervención de la médico nefrólogo César Vásconez., médico nefrólogo del Hospital Carlos Andrade Marín, audiencia 13 de noviembre de 2019.

exigir los medicamentos necesarios y ahora ocurre lo mismo con los inmunosupresores. Si no se los obtiene el trasplante corre riesgo de rechazo renal. Nuevamente desde julio no hemos recibido la medicina.”⁷⁴

164. En consecuencia, la política integral sobre salud renal debe incluir el mejoramiento de la accesibilidad al trasplante renal y el refuerzo de las campañas para la donación de órganos. Así como el derecho al acceso a los medicamentos que requieren las y los pacientes que han recibido el trasplante, a fin de mantener su condición de salud e impedir posibles rechazos del órgano trasplantado.

165. Por otra parte, la *accesibilidad geográfica* también forma parte de las obligaciones del Estado respecto del derecho a la salud, que, en este caso, implicaría que los tratamientos para la insuficiencia renal, en particular, el tratamiento de diálisis, se encuentren al alcance de toda la población y en particular, de grupos poblacionales en desventaja. Esta es la situación de quienes habitan en zonas rurales, población campesina, comunidades indígenas, pueblos afrodescendientes y montubios.

166. La representante de la asociación de pacientes renales refiere lo siguiente:

¿Cómo llego a diálisis? Es la pregunta que se hacen todos los días los pacientes de diálisis. Si por ejemplo, mi esposo o mi esposa o familia me abandonaron. Los pacientes deben viajar a veces por horas porque no en todas partes hay centros de diálisis o ya no hay cupo. Entonces tienes que venir de Milagro, Babahoyo o del campo y no tienes las condiciones.”⁷⁵

167. Esta Corte observa que la prestación de servicios de diálisis a través de los establecimientos de la Red Complementaria de Salud, ha permitido de alguna manera, mejorar la disponibilidad geográfica del tratamiento de diálisis. Esto es posible constatarlo en la tabla que aparece a continuación, remitida por el Ministerio de Salud Pública, que identifica el número de prestadores por zonas:

Tabla 3
Número de prestadores privados por Coordinación Zonal

Coordinaciones Zonales	Número de prestadores
CZ1 Esmeraldas, Carchi, Imbabura y Sucumbíos	6
CZ3 Pastaza, Tungurahua, Cotopaxi y Chimborazo	5
CZ4 Manabí y Santo Domingo	13
CZ6 Cañar, Azuay y Morona Santiago	6

⁷⁴ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

⁷⁵ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

CZ7 El Oro, Loja y Zamora Chinchipe	7
CZ8 Santa Elena, Guayas, Los Ríos, Bolívar	35
CZ9 Quito	14
Total	86

Fuente: Informe Técnico No. DNARPCS-2020-0034 de 27-05-2020

Elaborado por: Dirección Nacional de Articulación de la Red Pública y Complementaria de Salud

168. Adicionalmente, la *accesibilidad* también incluye la observancia del principio de igualdad y no discriminación. Por tanto, se encuentra vinculado estrechamente con el artículo 11 numeral 2 de la Constitución y obliga a que condiciones como la edad, el sexo, etnia, la identidad de género, la orientación sexual, discapacidad, portar VIH y las demás categorías protegidas por dicho artículo no sean un impedimento para acceder a la atención en salud de las personas con insuficiencia renal crónica.

169. Es así que, esta Corte observa que las coordinaciones zonales del Ministerio de Salud, cumplen un rol importante en cuanto a asegurar la disponibilidad en el derecho a la salud. Estas coordinaciones son las instancias estatales que por su distribución geográfica deben identificar las limitaciones geográficas, físicas o de otra índole de la población que habita en su jurisdicción. Ello con el fin de asegurar la accesibilidad a la política pública de salud en relación con la insuficiencia renal, tanto en lo referido a la prevención como a la atención y al tratamiento.

170. Pero también en virtud de la igualdad material deben asegurarse medidas que permitan superar las condiciones de desventaja. Una de las medidas que permite mitigar los impactos en el ejercicio de otros derechos es el acceso a las políticas públicas de acción afirmativa para las personas con enfermedades catastróficas y discapacidades. Para ello se requiere el acceso al carné de discapacidad. No obstante, a pesar de la gravedad que representa la enfermedad, las personas con insuficiencia renal reportan dificultades en obtenerlo.

171. Al respecto, la representante de la asociación de pacientes renales expresa lo siguiente:

*¡Cuánto tiene que hacer un paciente para conseguir un carnet de discapacidad!
¡Cuántas veces han ido y les han negado! Y todo para acceder a un bono u otros derechos que de alguna manera permita mitigar los efectos de la enfermedad y todos los cambios que la persona enfrenta. Muchas personas, incluso médicos no alcanzan a comprender lo que es ser un paciente renal, a veces ni siquiera les interesa. Y les dicen no al carné. Cuando les dicen no a eso, le dicen no a muchas cosas que tienen que ver con la parte familiar, económica y social del paciente, y eso afecta a la salud.⁷⁶*

⁷⁶ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

172. Es así que la política integral de salud para las personas con insuficiencia renal crónica incluye la valoración adecuada para el acceso al carnet de discapacidades conforme lo determinado en la ley, en función de la gravedad y limitaciones que impone esta enfermedad en la vida cotidiana.

173. Finalmente, esta Corte determina que la accesibilidad también comprende el acceso y manejo adecuado de la información.⁷⁷ El artículo 362 de la Constitución establece que *“Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.”*

174. Este derecho no se limita a la mera recepción de información sobre la enfermedad, sino que establece parámetros sobre la manera como debe ser entregada a las pacientes y a sus familiares para decidir de manera libre y consciente acceder a este tratamiento. Al respecto la Corte ha sostenido que:

*“tiene que ver con el derecho que tienen los pacientes y sus familiares o personas que velan por su bienestar, de que las personas responsables de los servicios de salud proporcionen información integral, sincera y sensible, con un lenguaje claro, sobre la enfermedad, el medicamento y los efectos sobre la vida del paciente y de su familia”.*⁷⁸

175. Se destaca el contenido que la Ley Orgánica de Salud desarrolla sobre el derecho a la información:

*“Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúanse las situaciones de emergencia. El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento”.*⁷⁹

176. Asimismo, esta Corte ha desarrollado parámetros básicos específicos⁸⁰ sobre la información a la que tienen derecho las y los pacientes y que en este caso les asisten también a las personas insuficientes renales:

⁷⁷ Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 14 sobre El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Respecto a la accesibilidad de la información señala: *“...ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas (8) acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.”*

⁷⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 679-18-JP/20, 05 de agosto de 2020, párr. 175.

⁷⁹ Ley Orgánica de Salud, artículo 7 (e) (RO Suplemento 423, 22 de diciembre de 2006).

⁸⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 679-18-JP/20, 05 de agosto de 2020, párr. 178.

- a) La identidad del médico o responsable del tratamiento de diálisis, su formación, experiencia y si tiene conflicto de interés.
- b) El diagnóstico y el pronóstico de su estado de salud, sin ocultar información que sea importante para entender la insuficiencia renal crónica.
- c) Las opciones terapéuticas de la insuficiencia renal, diálisis, diálisis peritoneal y la opción del trasplante.
- d) Conocer con claridad y en lenguaje accesible el funcionamiento del tratamiento de diálisis, diálisis peritoneal o trasplante, los efectos en el cuerpo y la efectividad.
- e) Los costos del tratamiento y la forma de financiarlo, que incluye los gastos en atención al paciente
- f) Los riesgos y posibles efectos adversos que les podría producir en sus cuerpos y estar al tanto de los riesgos frente a una suspensión o cambio del tratamiento.
- g) Las condiciones de vida cotidiana durante el tratamiento de diálisis, que permitan o impidan el ejercicio de otros derechos tales como la capacidad y la autonomía
- h) La posibilidad de contar el paciente y su familia con apoyo y soporte psicosocial, espiritual, familiar en todo momento incluyendo la probabilidad del fallecimiento y el acompañamiento que requiere.
- i) La confidencialidad de los datos personales sobre su salud frente a terceros.

177. Estos parámetros deben ser cumplidos a cabalidad tanto por los establecimientos públicos como por los privados que atienden a las personas con insuficiencia renal, en el marco de la calidad y calidez que dispone la Constitución y que implica la empatía y trato digno que deben recibir las y los pacientes por parte de los médicos, personal de salud y administrativo de estos establecimientos.

178. Todos estos parámetros que contempla la *disponibilidad* y la *accesibilidad* del derecho a la salud deben integrar una política pública integral que cumpla con las condiciones para la atención oportuna dispuesta por la Constitución, pues hacen posible que las personas con insuficiencia renal accedan al tratamiento de diálisis cumpliendo con el número de sesiones semanales y la periodicidad prescritas por la o el nefrólogo tratante dependiendo del grado de avance de la enfermedad. Esto se encuentra en sintonía con las expectativas de los pacientes:

*“No he faltado ni un solo día a la terapia, ni siquiera en la pandemia del COVID19. (...) Las 20 máquinas que están funcionando en mi turno, siempre están llenas, si alguna vez, dejarían de atendernos, nos estarían liquidando de una forma horrible”.*⁸¹

179. La formulación, ejecución, evaluación y control de esta política pública deberá obedecer lo establecido por la Constitución en el artículo 85, asegurando la participación de las personas con insuficiencia renal, así como de profesionales de salud y actores vinculadas con la protección del derecho a la salud. Asimismo, esta política deberá observar el principio de logro progresivo y prohibición de regresividad contemplada en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución, el cual establece la

⁸¹ Amicus Curiae enviado por Oscar Wilfredo Falconí Samaniego, 13 de mayo de 2020.

obligación de mejoramiento continuo de la política pública y la restricción de adoptar medidas que menoscaben los niveles alcanzados.

180. Tal como ha sostenido a esta Corte en relación con la participación en las políticas en materia de salud:

*“El Estado tiene la obligación de formular participativamente políticas públicas para garantizar el derecho a la salud. Esa política pública debe estar orientada y debe priorizar a la prevención de la enfermedad y a la promoción de entornos saludables para evitar la enfermedad. La mejor forma de optimizar los escasos recursos financieros y humanos es orientando el accionar estatal hacia la prevención, no a la atención a la enfermedad”.*⁸²

181. Asegurar una política de salud integral que cumpla con lo previsto en la Constitución, permite que el ejercicio del derecho tenga lugar sin temores innecesarios que vayan en desmedro de la condición de salud de los pacientes. Así, esta Corte no puede desconocer lo expresado a continuación:

*“Solicitamos a las autoridades de gobierno que nos presten atención y que resuelvan con los centros de diálisis lo que tengan que resolver. Pero los pacientes tenemos que recibir la hemodiálisis porque es nuestra vida. Hasta ahora lo que hemos visto es indiferencia, a pesar de manifestarnos, de estar en las calles. Pero hemos sido completamente ignorados. Nos va a matar la falta de medicina y la indiferencia.”*⁸³

182. Esta Corte concluye que la amenaza estructural al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal recae principalmente sobre las dimensiones de *disponibilidad* y *accesibilidad* y deviene de la falta de adecuación de las políticas públicas y de los servicios de atención a los parámetros contemplados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la salud.

V. Conclusiones

183. A la luz de lo anterior, con base en su atribución conferida en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, esta Corte reitera los principales criterios vertidos en esta sentencia y que deberán ser tenidos en cuenta por parte de las entidades públicas y privadas relacionadas con el caso en análisis y por los operadores de justicia y, sin perjuicio del carácter vinculante del precedente constitucional:

En relación con la medida cautelar:

a) La medida cautelar adoptada por el Juez de la Unidad Judicial de Guayaquil fue adecuada y eficaz frente a la amenaza al derecho a la salud de las personas con

⁸² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 679-18-JP/20, 05 de agosto de 2020, párr. 48.

⁸³ Amicus Curiae presentado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y la Asociación de Pacientes Renales Caminando hacia la Luz, remitido el 20 de agosto de 2020.

insuficiencia renal crónica en el caso concreto. No obstante, el carácter estructural de la amenaza que ha sido constatado por esta Corte requiere una respuesta desde la política pública diseñada por el Ministerio de Salud Pública, así como de los procedimientos diseñados por el Ministerio de Economía y Finanzas para financiar dichas políticas.

b) En la medida de lo posible se individualizará a las potenciales víctimas. No obstante, cuando debido a las circunstancias del caso no sea posible hacerlo, las juezas y jueces deben considerar que lo jurídicamente relevante es que ante un hecho verosímil que amenaza de manera grave e inminente a los derechos, se desprenda que puede existir una potencial víctima o grupo de potenciales víctimas determinables o individualizables, para quienes son comunes los hechos que constituyen la amenaza.

c) Cuando la jueza o juez identifica que la entidad pública accionante pueda tener un grado de responsabilidad en la amenaza o violación al derecho que se alega en la medida cautelar, ello no impide que disponga medidas imputables a dicha entidad. En estos casos la jueza o juez, en la misma providencia también dispondrá que la Defensoría del Pueblo asuma la legitimación activa de la causa, de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 9, letra b) de la LOGJCC y en el artículo 6, letra n) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

En cuanto a la política pública integral para prevenir la insuficiencia renal y garantizar el derecho a la salud de las y los pacientes:

d) La política pública destinada al tratamiento de la insuficiencia renal debe ser adecuada a los parámetros constitucionales y de instrumentos internacionales que garantizan el derecho a la salud y la vida digna, cumpliendo con los parámetros de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En tal sentido, al tratarse de una enfermedad catastrófica, las personas que padecen esta enfermedad forman parte de los grupos de atención prioritaria contemplados en la Constitución y les asisten los derechos específicos y la protección reforzada especial reconocidos para dichas personas.

e) Las personas con insuficiencia renal tienen derecho a una *atención* integral en salud que sea oportuna, preferente, gratuita y especializada, tanto en nefrología, así como en los aspectos nutricional y psicológico y otras áreas indispensables para mitigar el impacto que produce esta enfermedad. Así, como el acceso oportuno y sin dilaciones al carné que acredita la condición de persona con una enfermedad catastrófica.

f) La política pública debe fortalecer notoriamente las medidas de *prevención* de la insuficiencia renal, a fin de contener y reducir el incremento sostenido que presenta esta enfermedad en el Ecuador. Estas medidas deben incluir procesos de promoción y de educación, mejoramiento de la nutrición, promoción de la actividad física, preservación de ambientes saludables u otras orientadas a este propósito.

g) La atención integral incluye también el derecho al tratamiento para la insuficiencia renal, el cual se hace efectivo a través de la diálisis y el trasplante renal. En

consecuencia, asegurar la disponibilidad y accesibilidad al tratamiento de diálisis de calidad constituye una obligación del Estado que viabiliza el derecho a la salud y a la vida de las y los pacientes.

h) El tratamiento a la enfermedad renal debe ser garantizado de manera preferente a través de la red pública de salud, conforme lo establece la Constitución. De tal modo que la política pública debe propender al fortalecimiento y equipamiento progresivo de los establecimientos que forman parte de la red pública a fin de que respondan adecuada y suficientemente al requerimiento de la población de conformidad con los artículos 50 y 360 de la Constitución.

i) La provisión del tratamiento de diálisis a través de establecimientos privados de salud, conlleva la obligación de dichos establecimientos de asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del tratamiento de diálisis bajo los parámetros previstos en la Constitución y respetando las normas y regulaciones determinadas por la entidad rectora en materia de salud. Esto incluye la observancia estricta de la prohibición de paralizar o suspender la provisión del tratamiento del servicio de diálisis.

j) Al mismo tiempo, conlleva la obligación por parte de las instancias estatales de consignar a tiempo los valores a dichos establecimientos, para lo cual, es necesario mejorar la coordinación entre el Ministerio de Salud Pública y el Ministerio de Economía y Finanzas, y por parte de esta última entidad, la previsión de fondos necesarios para impedir que la falta de pago configure nuevas amenazas al derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal de conformidad con el artículo 266 de la Constitución.

k) La gestión de las finanzas públicas no puede estar exenta de observar los principios y derechos constitucionales y, en consecuencia, debe precautelar que se provoque efectos negativos injustificados sobre la protección y el ejercicio de derechos especialmente, aquellos reconocidos a grupos de atención prioritaria como es el caso de las personas con insuficiencia renal.

l) De conformidad, con el artículo 85 de la Constitución, el proceso de formulación, ejecución y evaluación de la política pública para garantizar el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica debe contar necesariamente con la participación de este grupo de atención prioritaria.

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1) Ratificar la decisión adoptada por el juez de la Unidad Judicial civil de Guayaquil, en cuanto la aceptación de la solicitud y la adopción de las medidas cautelares en el presente caso precautelando el derecho a la salud y el acceso al tratamiento de diálisis en el caso concreto.

2) Disponer que, a fin de evitar conflictos en la legitimación de la causa, cuando la jueza o juez ordene medidas en contra de la entidad pública accionante, en la misma providencia también dispondrá que la Defensoría del Pueblo asuma la legitimación activa, en virtud de las competencias establecidas en el artículo 9, letra b) de la LOGJCC y en el artículo 6, letra n) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

3) Disponer al Ministerio de Salud Pública que, con la finalidad de solventar la amenaza estructural que tiene lugar sobre el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal, reformule y fortalezca la política pública integral destinada a la prevención y atención de esta enfermedad conforme los parámetros que se desarrollan en esta sentencia. El Ministerio de Salud Pública, dentro del plazo de seis meses a partir de la aprobación de esta sentencia remitirá a esta Corte un informe que contenga:

- i.** Propuesta de un proceso participativo de evaluación y reformulación de la política pública para la prevención y atención de personas con enfermedades renales.
- ii.** Informe sobre el fortalecimiento de las medidas de prevención de las enfermedades renales y estadísticas sobre la efectividad de dichas medidas.
- iii.** Medidas para promover el acceso a trasplantes renales y datos estadísticos sobre la efectividad de dichas medidas.
- iv.** Informe sobre el presupuesto asignado y las medidas para su manejo público y transparente de estos recursos y del manejo de los convenios con los establecimientos privados.

4) Disponer al Ministerio de Economía y Finanzas que conjuntamente con el Ministerio de Salud Pública establezcan en el término de quince días un plan programático para el cumplimiento de los pagos pendientes a los prestadores de servicios de diálisis e informe en este mismo plazo a la Corte Constitucional.

5) Disponer al Ministerio de Economía y Finanzas que conjuntamente con el Ministerio de Salud Pública adopten un mecanismo permanente para mejorar la coordinación y el cumplimiento oportuno de los pagos a los establecimientos privados de diálisis. El Ministerio de Economía y Finanzas, dentro del plazo de seis meses a partir de la aprobación de esta sentencia remitirá a esta Corte un informe con los siguientes aspectos:

- i.** Informe sobre el cumplimiento del pago de las asignaciones presupuestarias correspondientes.
- ii.** Informe sobre la adopción de un procedimiento de coordinación efectivo con el Ministerio de Salud Pública para la realización de estos pagos, que contemple medidas para prevenir el incumplimiento o retardo.
- iii.** Explicación del mecanismo adoptado para mejorar la coordinación entre el Ministerio de Salud y el Ministerio de Economía Finanzas al que se refiere este numeral.

- 6) Disponer a la Defensoría del Pueblo la vigilancia del cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 182.3 y 182.6 de esta sentencia y remita a esta Corte informes trimestrales.
- 7) Llamar la atención al Ministerio de Economía y Finanzas debido a la falta de respuesta a los requerimientos de información realizados en la sustanciación de esta causa.
- 8) Disponer a la Superintendencia del Control del Poder Mercado que en el marco de sus atribuciones, en el plazo de 6 meses, realice un estudio de mercado sobre los centros de diálisis privados y la venta y adquisición de insumos para el tratamiento de diálisis. La Superintendencia remitirá a la Corte los resultados de este estudio con las conclusiones y recomendaciones correspondientes.
- 9) Disponer la apertura de la fase de seguimiento de esta sentencia constitucional. La Corte podrá convocar a audiencias de seguimiento y solicitar informes de ejecución de la sentencia.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 30 de septiembre de 2020.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL