



quiste parapielico, tumor en el hilo renal izquierdo, retroperitoneo invasivo a estructuras vecinas, nódulo suprarrenal izquierdo.

3.3. Que, con fecha 05 de diciembre de 2020, el resultado de anatomía patológica indica sugestivo de carcinoma de células renales de tipo Cromóforo. Se agrega que, el 18 de diciembre de 2020 en la evaluación oncológica el resultado de anatomía patológica y al ser una tumoración inoperable se decide iniciar tratamiento biológico con SUNITINIB 25mg, con indicación médica de dos pastillas al día, por 14 días, descansando 7 días y retomando con el mismo ciclo.

3.4. Se señala que, para prolongar la vida de la demandante, esta patología requiere que sea tratada con el medicamento SUNITINIB 25 mg, tal como se ha venido haciendo desde el 18 de diciembre de 2020, teniendo una mejoría en su sintomatología clínica analítica.

3.5. Que, este medicamento se viene aplicando desde la entrega de la receta por el especialista médico oncólogo **Oscar Carnero Fuentes**, médico de la clínica AUNA. Es así que, con fecha 18 de diciembre de 2020 compraron particularmente el medicamento recetado SUNITINIB 25 MG/un frasco de 28 capsulas en la farmacia de la clínica Arequipa.

3.6. Que, con fecha 04 de enero de 2021 compraron de forma particular en la farmacia Vantive health soluciones, el medicamento SUNITINIB 25MG/56 capsulas (2 frascos que contienen la misma cantidad). Con fecha 30 enero de 2021, de igual manera compraron de forma particular el medicamento SUNITINIB 25 MG/56 capsulas (2 frascos de la misma cantidad) en la farmacia Vantive health soluciones y con fecha de 17 de marzo de 2021 compraron de forma particular el medicamento SUNITINIB 25 MG/56 capsulas (2 frascos que contienen la misma) en la farmacia Vantive health soluciones.

3.7. Que, en cita médica en ESSALUD, el 05 de enero DE 2021, es vista por el médico especialista de oncología **Oscar Carnero Fuentes**, el cual realiza los anexos solicitando medicación de SUNITINIB, pasando un mes, el 05 de febrero por consultorio externo de oncología EsSalud se realiza receta médica de SUNITINIB 25 mg, para cobrar medicación en farmacia.

3.8. Que, en todas las atenciones de oncología se coloca el diagnostico CIE-10 (codificación internacional de enfermedades) con código de C 64 (tumor maligno del riñón, excepto de la pelvis renal), figura como un diagnóstico definitivo, sin mencionar tipificación de la histología como diagnóstico.

3.9. Que, cuando se dirige a la farmacia para que le hagan la entrega del medicamento, le niegan la entrega por motivos de índole administrativo e indican a través de la Dra. Stephanie Johanna Coacalia Guerra, presidente del Comité Farmacológico del HNCASE, que no se autoriza la entrega del medicamento a la paciente.

3.10. Que, ante aquella negatividad es que sus familiares con demasiado esfuerzo compraron el medicamento de manera particular, siendo que, el tratamiento



está siendo recibido desde el 18 de diciembre es decir, aproximadamente 4 meses contando desde diciembre 2020, enero 2021, febrero 2021, marzo 2021 y hasta la interposición de la demanda 14 de abril de 2021, a pesar de que dicho medicamento está incluido en el petitorio farmacéutico de EsSalud, por lo que existe la necesidad de que se le proporcione el medicamento, ya que, le da facultades de realizar una vida digna, pudiendo realizar sus actividades, no sintiendo malestares fuertes, y denotando mejoría en su salud. Además, para seguir comprando esos medicamentos perjudica su economía, ya que, son demasiados caros y no debería estar pasando por esta situación, ya que, se encuentra asegurada.

Cuarto.- Fundamentos de la contestación

La demandada contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos en base a los siguientes argumentos.

4.1. Que, la paciente [REDACTED], con Historia Clínica 534197, se encuentra diagnosticada por el Servicio de Oncología del Hospital Nacional Carlos Alberto Seguí Escobedo con cáncer renal de células no claras (cromóforo), quien viene peticionando la prescripción y el suministro de la medicación SUNITINIB 25 mg. Al respecto, ESSALUD viene brindándole atención médica y tratamiento acorde al diagnóstico establecido, siendo que solo se prescribe el SUNITINIB 25 mg para el tratamiento carcinoma renal de células claras metastásico.

4.2. Que, mediante nota N° 37-SOM-DMII-GHC-ESSALUD-2021, de fecha 21 de abril del 2021 el Dr. Renzo Alvarez Barreda, Jefe del Servicio de Oncología, en respuesta al pedido de la demandante, informa que el IETSI es el órgano rector de EsSalud para normar el uso de medicamentos fuera del petitorio y el en caso del SUNITINIB 25 mg, solo se autoriza su uso para pacientes con cáncer renal o células claras, que no es el caso de la demandante.

4.3. Por regla general, sólo se pueden utilizar los fármacos incluidos en el petitorio farmacológico de Essalud; no obstante, el numeral 7 de la Directiva 003-IETSI-ESSALUD-2016, establece excepciones; pero estas no se aplican a la situación médica de la demandante.

4.4. Asimismo, se señala que se adjunta el Informe del Médico tratante Dr. Oscar Carnero Fuentes, médico oncólogo, del Hospital Nacional Carlos Alberto Seguí Escobedo, en el cual explica los motivos que le indujeron erróneamente a emitir una receta de un medicamento no aprobado por el IETSI. A la demandante se le otorga respuesta a solicitud de entrega de producto fuera de petitorio SUNITINIB 25 mg, mediante Carta 120-GC-HNCASE-ESSALUD-2021, emitida por la Gerencia Clínica, según la cual se le informa que el uso del SUNITINIB es para pacientes con cáncer renal o células claras.

4.5. Que, el Instituto de Evaluación de Tecnologías en salud e investigación – IETSI, emite Dictamen Preliminar de Evaluación de Tecnología sanitaria N° 086-SDEPYOTS-DETS-IETSI-2016 respecto a la eficacia y seguridad de SUNITINIB para el tratamiento de pacientes adultos con cáncer renal de renal de células no claras



JUZGADO ESPECIALIZADO CONSTITUCIONAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA



(cromóforo) con enfermedad metastásica irrecable, que es el caso de la demandante, concluyendo que, si bien recomiendan SUNITINIB basado en dos ensayos clínicos cuyos resultados muestran una tendencia de mayor beneficio relacionado a SUNITINIB en comparación a EVEROLIIMUS, este resultado es sin diferencia estadística en los desenlaces de eficacia; además, existe una limitación importante que tiene que ver con la heterogeneidad de la respuestas clínica de los subtipos histológicos (eg. Papilar, cromofobo) dentro del CCR de células no claras, lo que lleva a que no se pueda extender una única recomendación para cada uno de estos subtipos, no se encontraron evaluaciones de tecnologías sanitarias ni revisiones sistemáticas que hayan evaluado la eficacia clínica de SUNITINIB, en pacientes con carcinoma de células renales no claras, no existe evidencia suficiente que apoye una mayor eficacia clínica de SUNITINIB con respecto a la mejor terapia de soporte en pacientes adultos con diagnóstico de cáncer renal cromóforo, en términos de mayor sobrevida global, calidad de vida, sobrevida libre de progresión, llegando a la conclusión final que a la fecha no existe evidencia suficiente sobre la eficacia clínica de SUNITINIB con respecto a la mejor terapia de soporte en pacientes adultos con diagnóstico de cáncer cromofobo en términos de mayor sobrevida global, calidad de vida, sobrevida de libre progresión y tasa de respuesta objetiva.

4.6. Que, mediante Nota N° 63-CF-GRAAR-ESSALUD-2021, de fecha 14 de abril del 2021, la presidenta del Comité farmacológico emite informe respecto a medicación peticionada por la demandante, en la cual se detalla que dicho medicamento es de uso exclusivo para el tratamiento de carcinoma renal de células claras metastásico, sin tratamiento previo con buen estado funcional. Además, estando de acuerdo a numeral 8.2 de la Directiva N° 01-IETSI-ESSALUD-2017 se realiza evaluación de la solicitud de autorización de uso del medicamento en el Comité Farmacoterapéutico del Hospital, se concluye que no se cumplen con las condiciones y observaciones establecidas de acuerdo a listado de medicamentos de alto costo.

4.7. Que, se envió respuesta a servicio solicitante mediante informe N° 142, planteando la posibilidad de solicitar uso de medicamentos a través de la Directiva N° 003-IETSI-ESSALUD-2016, adjuntado pregunta pico para evaluación de tecnología sanitaria ante IETSI.

Quinto.- Actividad Procesal

Mediante Resolución número uno, se admitió a trámite la demanda; notificada válidamente a la parte emplazada. La parte demandada, EsSalud, presenta escrito de contestación. Se lleva a cabo audiencia única, mediante Resolución número tres se tiene por contestada la demanda y se dispone que ingresen los autos a despacho para sentenciar.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO



1.1. EL PROCESO DE AMPARO

1.1.1. De conformidad con el Artículo 200° de la Constitución Política del Perú, el proceso de amparo, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, diferentes a la libertad individual o derechos constitucionales conexos a ésta.

1.1.2. Que, la esencia de la institución de la Acción de Amparo, como garantía de protección de los derechos fundamentales, consiste en mantener el equilibrio de poder de los actos de la autoridad frente a los administrados, con la finalidad de consolidarse la preeminencia de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento legal, como corresponde en un Estado Constitucional de Derecho. De modo tal, que la acción de amparo, por ser un mecanismo extraordinario de tutela efectiva y último remedio de protección contra la violación de un derecho constitucional, tiene como objeto fundamental reponer las cosas al estado anterior del acto cuestionado, conforme lo dispone el Artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

1.1.3. Tal acción de garantía constitucional, como todos los procesos constitucionales, son de tutela urgente, siendo el accionante quien debe probar la amenaza o vulneración del derecho constitucional afectado. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente 976-2001-AA, cuando señala: *“... para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate, debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello, supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional, cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que suma la exigencia de tener que demostrar la existe el acto cuestionado”*.

1.2. DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS O AMENAZADOS:

1.2.1. **DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.** El Artículo 1° de la Constitución Política del Estado contempla lo siguiente: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”*

1.2.1.1. Tal precepto parte de *“(...) la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas*



(...)”¹. Siendo un principio transversal que “(...) irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada.”²

1.2.1.2. Asimismo, se establece que la dignidad: “(...) pues en el Estado social, el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”.

1.2.2. DERECHO A LA VIDA. El Artículo 2 de la Carta Magna, sostiene que: “*Toda persona tiene derecho: 1. A la vida (...)*”.

1.2.2.1. El derecho a la vida se concibe como “(...) el más elemental de los atributos concernientes al ser humano, en tanto y en cuanto aquel preside y se antepone a la realización de otros atributos”. (...)”³. Se puede discernir dos dimensiones “(...) una que podemos calificar como existencial o formal y otra que podemos denominar como de carácter material o sustancial.”⁴.

1.2.2.2. En consideración especial a la dimensión material o sustancial “(...) La vida en cuanto derecho deja de interpretarse como una existencia meramente formal o simplemente episódica, para pasar a convertirse en un atributo de verdaderas potencialidades cuya materialización viene a ser asegurada por el disfrute real y oportuno de los derechos básicos que reconoce el ordenamiento (educación, salud, trabajo, bienestar, etc.) (...)”⁵ (El resaltado es nuestro).

1.2.3. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA SALUD. La Constitución Política del Perú en su Artículo 10, establece: “*El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.*”

1.2.3.1. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado con respecto al derecho de la seguridad social en el sentido de que “(...) la seguridad social se convierte, en tanto garantía institucional, en el soporte sobre el cual se cimienta el derecho fundamental a la pensión, las prestaciones de salud, sean éstas preventivas, reparatorias o recuperadoras, (...)”⁶ (El resaltado y subrayado es nuestro).

¹ Tribunal Constitucional Peruano. **Caso José Luis Correa Condori**. Sentencia recaída en el Expediente Nro. 2016-2004-AA/TC, FJ. 16.

² Ídem, FJ. 18

³ Sáenz Dávalos, Luis R. Comentario al Artículo 2°, inciso 1° de la Constitución Política, publicado en “**La Constitución Comentada – Análisis Artículo por Artículo – Tomo I**”, Gaceta Jurídica, Tercera Edición – Agosto 2015, Pág. 51.

⁴ Ídem, Pág. 51.

⁵ Ídem, Pág. 63.

⁶ Tribunal Constitucional Peruano. **Caso Nicanor Marin Salinas**. Sentencia recaída en el Expediente Nro. 4091-2011-PA/TC, FJ 11.



1.2.3.2. El Tribunal Constitucional ha realizado importantes pronunciamientos respecto a este derecho, que son directamente aplicables al caso materia de análisis. **EXP. N° 02034-2009-PA/TC⁷** (El resaltado y subrayado es nuestro).

1.2.3.3. Este Derecho tiene reconocimiento y protección a nivel internacional, mediante declaraciones, pactos y convenios (tanto de alcance universal como regional), de los cuales el Perú es parte. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su Artículo 25°, que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así (...) la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”* (La cursiva es nuestra).

1.2.3.4. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce, mediante el inciso 1 del Artículo 12, el derecho de toda persona al **disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**. Al respecto el órgano competente para interpretar el citado pacto, como lo es el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N° 14, ha precisado que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. **Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.**

1.2.3.5. El pacto también establece en el Artículo 12° la obligación de los Estados de adoptar medidas orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud. Entre ellas, puede destacarse la indicada en el literal d, inciso 2 del mencionado dispositivo, referida a la obligación de crear las condiciones que aseguren a todas las personas asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

1.2.3.6. Al respecto, el Comité considera, que el cumplimiento de la referida disposición incluye, entre otros aspectos, acceso igual y oportuno a los servicios básicos, **de medicamentos esenciales, tratamientos y atención apropiada para quienes así lo requieran en caso de enfermedad.**

1.2.3.7. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrolla los mecanismos de protección de los derechos humanos en la región. Si bien la Convención Americana no hace referencia directa al derecho a la salud, el Artículo 26 de la Convención, al establecer que los Estados parte se comprometen a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), tutela de manera implícita o indirecta dicho atributo. Al respecto, los literales i y l del Artículo 34 de la Carta de la OEA establecen que los Estados convienen en dedicar sus esfuerzos a la consecución de la defensa del potencial humano mediante la **extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica,** así como de condiciones urbanas

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Caso ANDREA CRISTINA DONGO CORONADO, Exp. EXP. N.° 02034-2009-PA/TC-CUZCO, Sentencia de fecha 17/DIC/2009, FJ 6 -17.



que hagan posible una vida sana, productiva y digna. Estas disposiciones se hacen exigibles a través del Artículo 26° de la Convención.

1.2.3.8. Finalmente, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador, define, en su Artículo 10°, el derecho a la salud como *“el disfrute del más alto posible de bienestar físico, mental y social. Asimismo, compromete a los Estados parte a reconocer la salud como un bien público y a adoptar una serie de medidas para garantizar este derecho”*.

1.2.3.9. En suma, de los acuerdos internacionales antes mencionados, puede concluirse que se establece un reconocimiento explícito o implícito del derecho a la salud como un derecho intrínseco a la naturaleza humana, y que, por consiguiente, se torna como fundamental e indispensable para el pleno ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por lo tanto, **el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas adecuadas y orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, y a crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.**

1.2.3.10. Cuando el Artículo 7° de nuestra Norma Fundamental establece que *“todos tienen derecho a la protección de su salud, (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”*, está queriendo indicar que la salud es no solo un atributo esencial de carácter universal, sino que **el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o hagan viable su plena realización.**

1.2.3.11. En el caso específico del Estado que, por relación al caso concreto, es el que aquí interesa, **existe no sólo la obligación de promover todo tipo de servicios que hagan posible que la persona (cualquier persona) pueda alcanzar el más alto nivel de salud, sino que cada uno de tales servicios se proporcione en forma óptima o adecuada.** Características de dicho atributo son, por ello, y como lo ha subrayado el Tribunal Constitucional en más de una oportunidad, la indisponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. (Fundamento 45 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 5842-2006-HC/TC).

1.2.3.12. Los servicios públicos de salud cobran, pues, vital importancia en la sociedad, pues de la eficiencia en su prestación depende la vida y la integridad de los pacientes. **EXP. N° 02016-2004-PA/TC⁸**. La salud puede ser entendida, como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, **Caso JOSÉ LUIS CORREA CONDORI, EXP. N° 2016-2004-AA/TC-LIMA, Sentencia de fecha 05/OCT/2004, FJ 28 -29.**



1.2.3.13. Así, la salud supone el goce del normal desarrollo funcional de nuestro organismo; en tal sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado que dicho concepto no se limita a la ausencia de enfermedad, sino al reconocimiento de una condición física mental saludable.

1.2.3.14. El Artículo 7° de la Constitución, **cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica.** Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y **asistencia médica**, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad. **EXP. N° 02016-2004-PA/TC⁹**. La protección del derecho a la salud en el Artículo 13° de la Constitución, se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez, se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada.

1.2.3.15. En su dimensión de libertad, el derecho a la salud implica la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica y social, así como de prevenirlo y **restituirlo ante una situación de perturbación del mismo**. Es decir, garantiza el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual **el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social**, para que tengan, cada día, una mejor calidad de vida y ello porque el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos.

1.2.3.16. En su dimensión prestacional, la salud es un derecho fundamental cuya satisfacción requiere de acciones prestacionales, que como lo prevé el Artículo 11° de la Constitución, pueden brindarse a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Por ello, debe reconocerse que la salud también es un servicio público de tipo asistencial, que requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo y eficaz.

1.2.3.17. En este contexto, la salud como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana. De este modo, la protección real y efectiva del derecho a la salud se garantiza mediante prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que también sean, simultáneamente universales e integrales.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Caso RAMÓN MEDINA VILLAFUERTE, EXP. N.º 02480-2008-PA/TC-LIMA, Sentencia de fecha 11/JUL/2008, FJ 5-9.



1.2.3.18. En tal sentido, **todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad. Ello es así, porque la prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social y democrático de derecho y con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.**

1.2.3.19. Así también, el Tribunal Constitucional, ha precisado que los supuestos en que se conculca el derecho fundamental a la salud, en explicación se resumen en *“una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria, una perturbación en el goce o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal constituyen lesiones del derecho fundamental a la salud.”*¹⁰

1.2.3.20. Así también, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente: *“(…) 3.3.3. En cuanto a la relación entre derecho a la salud y seguridad social este Tribunal ha señalado en la STC 09600-2005-PA/TC que “En la STC 01711-2004-PA se ha indicado que el acceso a las prestaciones de salud previsto en el artículo 11 de la Constitución constituye una manifestación—no única por cierto— de la garantía institucional de la seguridad social. Estas prestaciones, que corresponden a un sistema contributivo, se concretizan a través del derecho a la salud, pues —tal como se ha precisado supra— es la variación del estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, la que se busca resguardar. Por ello en el Estado recae el deber de “(…) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo para tal efecto adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes”. 3.3.4. Asimismo, en el citado pronunciamiento se ha indicado que “Este Tribunal, recogiendo lo anotado en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, ha precisado que los elementos esenciales del derecho a la salud son: **la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.** Así, cuando se repare en que dichos componentes se relacionan con las prestaciones en salud que brinda la seguridad social debe, adicionalmente, tenerse en consideración que este derecho, para operar directamente, necesita de configuración legal, por lo que, si bien a través de la seguridad social se busca proteger una mengua en el estado de salud, “la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido normativo”. Por tal motivo, cuando exista compatibilidad, similitud o relación entre*

¹⁰ Tribunal Constitucional Peruano. **Caso C.L.L.B. representado (a) por NELLY MARLENE BLAS JARA.** Sentencia recaída en el Expediente Nro. 3191-2012-PA/TC, FJ 3.3.2 (Citando la STC 01323-2005-PA/TC).



los componentes básicos del derecho a la salud y las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en cualquiera de los elementos que lo conforman, el derecho a la salud asumirá su característica de condición habilitante para el ejercicio de otros derechos (...).¹¹

1.2.4. SOBRE LA DIRECTIVA PARA LA AUTORIZACIÓN Y USO DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS NO INCLUIDOS EN EL PETITORIO FARMACOLÓGICO DE ESSALUD

1.2.4.1. La Resolución del Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación Nro. 14 – IETSI – ESSALUD – 2016, aprueba la Directiva Nro. 003-IETSI-2016 sobre “NORMATIVA PARA LA AUTORIZACIÓN Y USO DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS NO INCLUIDOS EN EL PETITORIO FARMACOLÓGICO DE ESSALUD”, que establece lo siguiente:

“(…) 7. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. Está prohibido el uso de cualquier producto farmacéutico no incluido en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD. Sin embargo, de manera excepcional, el médico tratante de un paciente puede solicitar el uso de un producto farmacéutico no incluido en el petitorio farmacológico de ESSALUD, en los siguientes casos (...):

- a) Reacciones adversas que determinen la suspensión del producto farmacéutico en el paciente e inexistencia de otra alternativa en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD (...).
- b) Falla terapéutica y carencia de alternativas en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD.
- c) Enfermedad o situación clínica no cubierta por los productos farmacéuticos del Petitorio Farmacológico de ESSALUD.
- d) Contraindicaciones a todas las alternativas que se disponen en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD.
- e) Necesidad de una vía de administración alterna no considerada en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD.
- f) Inexistencia comprobada en el mercado farmacéutico de algún producto, concentración o forma farmacéutica considerada en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD.
- g) Disminución significativa del costo con el uso de una alternativa de diferente concentración y/o forma farmacéutica a las consideradas en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD.
- h) Situación de monopolio para un producto farmacéutico del Petitorio Farmacológico de ESSALUD, que afecte significativamente su costo.

¹¹ Tribunal Constitucional Peruano. Caso C. L. J. B. REPRESENTADO(A) POR NELLY MARLENE BLAS JARA, Expediente Nro. 3433-2013-PA/TC, Sentencia de fecha 30 de enero 2014. FJ 4-5.



7.2. La autorización del uso de un producto farmacéutico no incluido en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD, puede ser otorgada por los siguientes Comités Farmacoterapéuticos:

- Órgano prestador nacional: Hospitales Nacionales, Instituto Nacional Cardiovascular, Centro Nacional de Salud Renal.
- Redes desconcentradas: Establecimientos de salud de mayor nivel de atención, capacidad resolutoria y complejidad dentro de su ámbito de competencia.

8. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. El médico especialista identifica a un paciente que a su juicio podría beneficiarse con un producto farmacéutico no incluido en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD. Con la información en el Anexo Nro. 1 y Anexo Nro. 2, solicita a través de la Jefatura del Servicio y/o Departamento, la convocatoria a una Junta Médica para evaluar el caso.

8.2. La Junta Médica y el médico solicitante revisan el repositorio de dictámenes de evaluación de tecnología sanitaria del IETSI para determinar la existencia o no de un dictamen (preliminar o definitivo) sobre la tecnología solicitada.

8.3. CASOS EN LOS QUE EN EL IETSI HA EMITIDO UN DICTAMEN

8.3.1. Cuando se identifica que el IETSI ha emitido un dictamen de aprobación o desaprobación de uso del producto farmacéutico en cuestión para las circunstancias clínicas del paciente para el cual se solicita dicho producto (...) la Junta Médica opta por una de las dos siguientes alternativas:

- a) En caso de existir un dictamen vigente del IETSI DESAPROBANDO lo solicitado, entonces la Junta Médica hace las recomendaciones que estime pertinentes y desestima la solicitud.
- b) En caso de existir un dictamen vigente del IETSI APROBANDO lo solicitado, entonces la Junta Médica emite un informe (...) sobre la pertinencia de uso del producto no incluido en el Petitorio Farmacológico de ESSALUD para el paciente en cuestión.(...)”

1.2.4.2. Cabe resaltar que, el Tribunal Constitucional peruano, ha señalado que¹², conviene recordar que conforme al Artículo 1 del Título Preliminar de la Ley General de Salud, Ley 26842, la salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, así como que la Constitución reconoce en su Artículo 07, que todos tienen derecho a la protección de su salud, el que se orienta a la conservación y el restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en sus aspectos físico y psicológico, por lo que guarda una especial conexión de los derechos a la vida, a la integridad y dignidad (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 03981-2013-PHC/TC). Ha precisado además que, mantener una solicitud de atención extrainstitucional pendiente de respuesta *ad infinitum*, con todas las implicancias gravosas para la salud que esta situación trae consigo, evidencia una arbitrariedad en el accionar de la entidad correspondiente.

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Caso Flavia Esperanza Castro Silva, Exp. 07814-2013-PA/TC, Sentencia de fecha 23/ENE/2018, FJ 19 a 21.



SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DE HECHO

2.1. Está acreditado en este proceso que, la demandante padece de carcinoma de células renales cromóforo (TUMOR MALIGNO DE RIÑÓN), tal como aparece del informe de resonancia magnética del estómago, de fecha 15 de noviembre del 2020, en la que se concluye riñón derecho con cambios post quirúrgicos y pequeño quiste parapiélico, tumor en el hilio renal izquierdo/retroperitoneo invasivo a estructuras vecinas, nódulo suprarrenal izquierdo. Asimismo, se tiene el Informe anatómo patológico de fecha 10 de diciembre del 2020, en el cual se diagnostica Carcinoma de células renales Cromofobo, y la Historia Clínica N° 314888 de la ahora demandante, paciente [REDACTED] en la cual se establece como diagnóstico C64 - Tumor Maligno del Riñón.

2.2. Asimismo, se tiene probado en este proceso que, cuando la demandante fue atendida en **forma particular** por un **médico oncólogo**, se le recetó el medicamento que se solicita en el petitorio de la demanda. Así pues, obra en autos la receta médica de la Clínica AUNA, suscrita por el **especialista oncólogo**, Oscar Carnero Fuentes, de fecha 18 de diciembre del 2020, en la cual se detalla que la recurrente padece de **cáncer al riñón recurrente e inoperable**, y para ello el médico le suscribe SUNITINIB 25 mg como tratamiento, debiendo tomar dos tabletas por día por dos semanas y una semana de descanso.

2.3. Conforme aparece de actuados, se ha suministrado el medicamento SUNITINIB 25 mg. a la demandante. Así se tiene, de las boletas de compra del medicamento SUNITINIB 25 MG, de 18/DIC/2021 (en la clínica Arequipa), 04/ENE/2021 y 30/ENE/2021 (en la farmacia Vantive health soluciones).

2.4. Luego, está acreditado que el mismo médico que atendió a la demandante en **forma particular**, Oscar Carnero Fuentes, la atiende después en ESSALUD, **prescribiendo también** el medicamento SUNITINIB 25 MG. Así pues, se cuenta con la **prescripción de Medicamentos Controlados de ESSALUD**, de fecha 05 de febrero del 2021, firmado por el médico mencionado, **prescribiendo a la demandante el medicamento señalado**.

2.5. En relación a la utilidad del medicamento SUNITINIB 25 MG, se tiene que, en la **posología original** de dicho medicamento que obra en autos, se precisa en su acápite subtítulo como **indicaciones**, que dicho medicamento sirve para el tratamiento del carcinoma de células renales avanzadas (CCR) y para el tratamiento después de una nefrectomía. Además de ello, tiene en cuenta este Despacho que, en audiencia la demandante afirmó que, el medicamento SUNITINIB es el que en la actualidad viene consumiendo para controlar su enfermedad, precisando que, se siente mucho mejor, que sus dolores y síntomas han disminuido, al punto que puede realizar actividades que antes no podía realizar, ya que se encontraba postrada en cama; afirmación que se corrobora de la revisión de la historia clínica de la



SINTOMAS

| ANTES DEL TRATAMIENTO CON SUNITINIB | DESDE EL INICIO DEL TRATAMIENTO DE SUNITINIB |
|--|---|
| - Dolor abdominal intenso (que no calma con la administración de analgésicos endovenosos) | - El dolor abdominal intenso ha desaparecido. |
| - Dolor intenso de glúteo izquierdo (que no calma con la administración de analgésicos endovenosos) | - El dolor intenso de glúteo izquierdo ha desaparecido. |
| - Dolor intenso de pierna izquierda (que no calma con la administración de analgésicos endovenosos) | - El dolor intenso de pierna izquierda ha desaparecido. |
| - Postrada constantemente en cama. | - La postración no existe. |
| - No puede valerse por sí sola. | - Puede valerse por sí sola. |
| - Imposibilidad de realizar sus actividades cotidianas. | - Realiza sus actividades cotidianas normalmente |
| - Inapetencia. | - El apetito se ha normalizado. |
| - Debilidad generalizada. | - La debilidad ha desaparecido. |

2.6. Que, mediante Nota N° 37-SOM-DMII-GHC-ESSALUD-2021, de fecha 21 de abril del 2021, el Dr. Renzo Álvarez Barreda – Jefe del Servicio de Oncología, informa que en el caso del medicamento de Sunitinib 25 mg., sólo se autoriza su uso para pacientes con cáncer renal o células claras y no para el caso de la enfermedad que sufre la demandante. Asimismo, se tiene la Carta 120-GC-HNCASE-ESSALUD-2021, emitida por la Gerencia Clínica, según la cual se informa que el uso del SUNITINIB 25 mg. es para pacientes con cáncer renal o células claras, siendo que, no es el caso de la paciente. De la misma manera, el Instituto de Evaluación de tecnologías en salud e investigación – IETSI, emitió un dictamen preliminar de evaluación de tecnología sanitaria N° 086-SDEPYOTS- DETS-IETSI-2016 respecto a la eficacia y seguridad del Sunitinib para el tratamiento de pacientes adultos con cáncer renal de células no claras (cromóforo) con enfermedad metastásica irresecable, en el cual se precisa lo siguiente:

“ ...



Sunitinib es un fármaco antineoplásico de administración oral, que inhibe múltiples receptores de tirosina quinasa (RTKs), algunos de los cuales están implicados en el crecimiento tumoral, la neoangiogénesis y la progresión a metástasis. Estos incluyen los receptores del factor de crecimiento derivado de plaquetas (PDGFR α y PDGFR β), factor de crecimiento del endotelio vascular (VEGFR1, VEGFR2 y VEGFR3), factor de células madre (KIT), tirosin-quinasa 3 tipo Fms (FLT3), factor estimulador de colonias (CSF-1R) y factor neurotrófico derivado de la línea celular glial (RET). La inhibición simultánea de estos receptores genera una fuerte disminución de la neovascularización tumoral, conllevando así a la reducción del tumor, y a su vez explica muchos de sus efectos adversos tales como el síndrome mano pie, estomatitis, y otra variedad de efectos adversos dermatológicos (17,18).

Sunitinib está aprobado por la agencia reguladora de medicamentos de Estados Unidos, Food and Drug Administration (FDA) y por la agencia europea de medicamentos (EMA) para el tratamiento del carcinoma de células renales avanzado/metastásico en adultos (17,18).

Sunitinib no está incluido en el Petitorio Nacional de Medicamentos Esenciales (PNUME) ni en el petitorio farmacológico de ESSALUD (19,20). No obstante, este ha sido previamente aprobado por el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI-ESSALUD) para su uso fuera del petitorio en el tratamiento del carcinoma renal de células claras metastásico sin tratamiento previo (21).

(...)

B. DESCRIPCIÓN Y EVALUACIÓN DE LA EVIDENCIA

i. GUÍA DE PRÁCTICA CLÍNICA

European Association of Urology, 2015 - "Guidelines on Renal Cell Carcinoma"
(3)

Es una guía de práctica clínica para el manejo del carcinoma de células renales realizada por Asociación Europea de Urología (EAU, por sus siglas en inglés).

La guía utilizó un instrumento de gradación para medir la calidad de la evidencia y fuerza de las recomendaciones, en donde el nivel de la evidencia fue medida de 1 a 4, y la fuerza de las recomendaciones de A a C de acuerdo a la metodología del centro de Oxford.

(...)

En general, esta guía recomienda sunitinib como tratamiento de primera línea en pacientes con cáncer renal metastásico de células no claras independientemente del grupo de riesgo MSKCC. Específicamente en el subtipo cromóforo, la recomendación estaría basada en evidencia indirecta.



National Comprehensive Cancer Network, 2016 – “NCCN Clinical Practice Guidelines in Oncology: Kidney Cancer” (16)

Es una guía de práctica clínica para el tratamiento del cáncer renal elaborado por la Red Nacional Integral de Cáncer (NCCN, por sus siglas en inglés).

La NCCN basa sus recomendaciones en la calidad de la evidencia científica y el consenso del panel de miembros elaboradores de la guía, clasificándolas en 4 categorías según su instrumento de gradación (1, 2A, 2B y 3), en donde una recomendación de categoría 1 está basada en el nivel de evidencia más alto y un consenso uniforme de que la intervención es apropiada.

(...)

Al igual que la guía de la EUA, la guía de la NCCN sustenta el uso de sunitinib para el tratamiento del cáncer renal metastásico de células no claras basado en evidencia indirecta. Asimismo, la recomendación cuenta con el respaldo de un consenso unánime por parte de los miembros del panel elaborador de la guía.

European Society for Medical Oncology, 2016 – “ESMO Clinical Practice Guidelines for diagnosis, treatment and follow-up” (8)

Es una guía de práctica clínica para el diagnóstico y tratamiento del cáncer renal elaborado por la Sociedad Europea de Oncología Médica (ESMO, por sus siglas en inglés).

(..)

Esta GPC al igual que las guías previamente descritas, recomiendan el uso de sunitinib en pacientes con CCR de células no claras. No obstante, esta recomendación está basada en análisis de subgrupos con riesgo de sesgo y en comparación con otras intervenciones, más no versus placebo. La limitada información y evidencia poco sólida sobre el uso de sunitinib en este tipo de pacientes sugiere un beneficio clínico incierto.

(...)



VI. CONCLUSIONES

- A la fecha, no existe evidencia suficiente sobre la eficacia clínica de sunitinib, con respecto a la mejor terapia de soporte, en pacientes adultos con diagnóstico de cáncer renal cromóforo, en términos de mayor supervivencia global, calidad de vida, supervivencia libre de progresión y tasa de respuesta objetiva.
- Las GPCs encontradas para el tratamiento de pacientes con cáncer renal de células no claras recomiendan su participación en ensayos clínicos que estén evaluando nuevas terapias como opción preferida. Alternativamente recomiendan sunitinib, basado en dos ensayos clínicos de fase 2 cuyos resultados parecen favorecer a sunitinib versus everolimus, pero sin diferencia estadística en los desenlaces de eficacia. Del mismo modo, la recomendación no sería pertinente, dado la heterogeneidad de la respuesta clínica de los subtipos histológicos (eg., papilar, cromóforo) dentro del CCR de células no claras.
- No se encontraron evaluaciones de tecnologías sanitarias ni revisiones sistemáticas que hayan evaluado la eficacia clínica de sunitinib en pacientes con carcinoma de células renales no claras.
- Se encontraron tres ensayos clínicos de fase 2 y dos estudios observacionales retrospectivos que evaluaron la eficacia clínica de sunitinib en pacientes con carcinoma metastásico de células renales cromóforo, mayormente basado en análisis de subgrupos. Los resultados sugerirían que sunitinib tendría efectos sobre el CCR cromóforo; no obstante, todos ellos se vieron afectados por un alto riesgo de sesgo, dado el limitado número de pacientes, falta de grupo de comparación del tipo placebo, falta de ciego, interpretación subjetiva de imágenes radiográficas y la evaluación clínica, y/o posibles factores de confusión. Asimismo, ningún estudio proporcionó información sobre la calidad de vida.
- La supervivencia global en pacientes con CCR metastásico cromóforo tratados con sunitinib, calculada a partir de dos estudios, sería de aproximadamente ~29 meses, similar a la SG estimada en pacientes con CCR metastásico cromóforo tratados con terapias de citocinas (IFN y/o IL-2), las cuales han mostrado no ser efectivas en este tipo de pacientes.
- Con respecto a la seguridad de sunitinib, los eventos adversos de grado 3 o 4 más comunes fueron fatiga, hipertensión, diarrea y neutropenia, reportándose una alta tasa de pacientes (~63%) que interrumpieron o redujeron las dosis de tratamiento con sunitinib debido a eventos adversos. Esto deja un alto nivel de incertidumbre en relación al riesgo/beneficio del fármaco.

El Poder Judicial del Perú



- Por lo expuesto el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI) no aprueba el uso de sunitinib para el tratamiento de pacientes adultos con cáncer renal de células no claras (cromóforo) con enfermedad metastásica irresecable.

...

2.7. De lo anterior concluimos que, el medicamento que es objeto de petitorio en este proceso sí es dispensado por la demandada, pero para el tratamiento de enfermedad distinta a la que padece, en razón a que se considera que no se tiene evidencia científica de su utilidad en casos como el de la demandante; relevándose sobre el particular que, en los estudios realizados se concluyó que SUNITINIB sí tendría efectos sobre el CCR cromóforo, pero no se tomaron en cuenta por el alto riesgo de sesgo, por diversos factores de confusión, como el limitado número de pacientes. Es decir, la inclusión del medicamento para el tratamiento de CCR cromóforo exige estudios clínicos para determinar su efectividad.

2.8. Que, se ha referido en audiencia que, el Médico tratante Dr. Oscar Camero Fuentes, Médico Oncólogo del Hospital Nacional Carlos Alberto Seguí Escobedo, habría emitido receta médica inducido en error, en tanto que el medicamento no se encuentra aprobado por el IETSI. Sin embargo, tal afirmación no causa convicción en este Despacho, en tanto que, el médico señalado ha prescrito el mismo medicamento a la demandante en forma particular; de modo que, dicho profesional luego de un estudio a la paciente, ha concluido que el mejor tratamiento para su enfermedad grave es el medicamento SUNITIB, lo que además se encuentra corroborado con los estudios posteriores a la paciente, quien ha visto mejora en su calidad de vida.

2.9. No aparece de actuados que se hubiera iniciado procedimiento para inclusión del medicamento SUNITB en el petitorio farmacológico. Es decir, se ha brindado una respuesta formal al caso de la demandante que podría resumirse en la siguiente premisa: *“Si el medicamento no está incluido en el petitorio farmacológico, no es posible otorgarlo, ni realizar procedimiento alguno”*.

TERCERO.- SUBSUNCIÓN FÁCTICO NORMATIVA

3.1. De los fundamentos de derecho que nutren este pronunciamiento, que recoge normatividad directa y adscrita tanto constitucional como convencional, se ha concluido que, todo **ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente**, lo que implica acceso igual y oportuno a los servicios básicos, **de medicamentos esenciales, tratamientos y atención apropiada para quienes así lo requieran en caso de enfermedad**. En este sentido, **el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas adecuadas y orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, y a crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia y**



servicios médicos en caso de enfermedad. De este modo, la demandante, tiene derecho a que la salud pública a la que se encuentra afiliada en ESSALUD y por la que ha venido contribuyendo, le brinde la asistencia y servicios médicos que requiera para tratar la enfermedad que padece.

3.2. Así pues, conforme al Artículo 7° de nuestra Constitución: *“todos tienen derecho a la protección de su salud, (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”*, lo que implica que la salud es no solo un atributo esencial de carácter universal, sino que **el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular, tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o hagan viable su plena realización.** Por tanto, **existe no sólo la obligación de promover todo tipo de servicios que hagan posible que cualquier persona pueda alcanzar el más alto nivel de salud, sino que cada uno de tales servicios se proporcione en forma óptima o adecuada.**

3.3. Por tanto, la respuesta formal de la parte demandada, consistente en negarle un medicamento que fue prescrito por médico tratante de ESSALUD, sin realizar el procedimiento de inclusión de medicamento en el petitorio farmacológico, vulnera el derecho constitucional a la salud de la demandante, a quien por cuestiones procedimentales, se viene negando el tratamiento prescrito para el tratamiento de la enfermedad grave que padece (CÁNCER), obligándola a adquirir el medicamento de manera particular, el que se viene suministrando desde diciembre de 2020, con óptimos resultados, como se ha analizado en los fundamentos de hecho de esta resolución.

3.4. De otro lado, vulnera el derecho constitucional a la salud de la demandante, cuando se pretende obligar a un médico de ESSALUD, a no prescribir un medicamento que considere necesario para el tratamiento médico de una paciente -la demandante-, más aún si ha prescrito el medicamento de manera particular. Así pues, debe considerarse que, **todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad.** Por tanto, el que un medicamento no se encuentre incluido en el petitorio farmacológico no significa que no pueda incluirse siguiendo los procedimientos necesarios, más aún si en el caso concreto se señala que, no se autoriza la inclusión del medicamento porque uno de los factores de sesgo es la mínima cantidad de pacientes analizados, lo que obliga a ESSALUD a realizar estudios clínicos a efecto de determinar la inclusión del medicamento correspondiente, en casos como en el de la paciente demandante.

3.5. Así también, se ha mellado el derecho a la dignidad de la demandante, al no atender su especial condición de vulnerabilidad al ser paciente de cáncer, sin tratar de brindar a su caso, una respuesta teniendo en cuenta sus condiciones particulares, sino que se le dio una respuesta mecánica, sin analizar su



caso en concreto; es decir, se la cosificado como paciente, sin darle un tratamiento como ser humano.

3.6. En consecuencia, debe estimarse la demanda, declarando la vulneración del derecho a la salud y a la dignidad de la demandante.

3.7. Asimismo, garantizando la vigencia efectiva de los derechos constitucionales vulnerados, debe ordenarse a la parte demandada inicie el procedimiento para evaluar el uso de producto farmacéutico, SUNITINIB 25mg., no incluido en el petitorio farmacológico de ESSALUD, siguiendo en estricto la Directiva Nro. 003-IETSI-2016 sobre "NORMATIVA PARA LA AUTORIZACIÓN Y USO DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS NO INCLUIDOS EN EL PETITORIO FARMACOLÓGICO DE ESSALUD". Y de ser el caso, se incluya el medicamento en el petitorio farmacológico y le sea suministrado a la demandante conforme a la necesidad que verifiquen y determinen los médicos tratantes. Ello, en el plazo de VEINTE DÍAS HÁBILES, para el inicio del procedimiento correspondiente; debiendo dar cuenta a este Juzgado en etapa de ejecución, bajo apercibimiento de aplicar las medidas coercitivas facultadas en los Artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

3.8. Finalmente, atendiendo a la gravedad de la enfermedad que padece la demandante, debe ordenarse la entrega del medicamento fuera del petitorio farmacológico.

Cuarto.- Actuación inmediata de sentencia

4.1. MARCO NORMATIVO

4.1.1. El artículo 22, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional, contempla que *"La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. (...)".* Este articulado regula lo relativo a la institución procesal denominada "ejecución inmediata de sentencia".

4.1.2. El Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de la citada institución procesal, conforme lo ha estipulado en la sentencia del expediente 5994-2005-PHC/TC, en la que sostiene: *"(...) este Colegiado considera necesario enfatizar que a diferencia del modelo procesal de la derogada Ley N° 23506 y normas conexas, **el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, ha incorporado para los procesos de tutela de derechos el régimen de actuación inmediata de sentencias, conforme al cual el juzgador se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior.** Bajo dicho marco referencial, no es aceptable, entonces, que bajo el pretexto del acceso a una instancia distinta por el lado de la contraparte, el juez constitucional renuncie a dar cumplimiento efectivo a su sentencia. Si ésta es estimatoria tal condición es suficiente para franquear su actuación inmediata, no teniendo por qué esperar la culminación del proceso para recién decidir, como, equivocadamente lo ha considerado el referido juzgador*



de primera instancia, quien evidentemente ha omitido cumplir sus deberes, dejándose impresionar por el dicho de la corporación municipal demandada.”¹³ (Resaltado agregado).

4.1.3. Asimismo, se ha señalado **los presupuestos para la aplicación de la ejecución inmediata de sentencia**, así lo menciona en el expediente 607-2009-AA/TC, Caso Flavio Roberto Jhon Lojas: “Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso en concreto. (...) Forma de otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P. Const. (...) Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma especial, es decir, solo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones (...) No será ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados ni intereses. (...) PRESUPUESTOS PROCESALES: 1. NO IRREVERSIBILIDAD: La actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata. 2. PROPORCIONALIDAD: No obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata, al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que pueda causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave a sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada. 3. NO SERÁ EXIGIBLE EL OTORGAMIENTO DE CONTRACAUTELA: Sin embargo de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.”¹⁴

4.1.4. Este Despacho rescata el marco normativo que contiene “**Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad**”, documento elaborado en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del año dos mil ocho; y que mediante Resolución Administrativa Nro. 266-2010-CE-PJ, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se ha dispuesto que “Artículo primero.- Disponer la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad” (...) y dispone su

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. CASO CENTRO DE ORIENTACIÓN FAMILIAR. Sentencia recaída en el expediente 5994-2005-AA/TC, emitida el 29 de agosto del 2005, F.J. 3.

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. CASO FLAVIO ROBERTO JOHN LOJAS. Sentencia recaída en el expediente 607-2009-AA/TC, F.J. 63.



*obligatorio cumplimiento (...) por todos los jueces de la República, incluidos Jueces de Paz.” Por tanto, corresponde aplicar las Reglas de Brasilia a fin de identificar situaciones de vulnerabilidad que merezcan tutela urgente. Al respecto citamos la Regla Nro. 1: Finalidad.- “Las presentes reglas tienen como **objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando al conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyo que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema de justicia.**”. Regla Nro. 2. Beneficiarios de la Reglas.- “Se consideran en **situación de vulnerabilidad** aquellas personas que, por razón de su edad, género, **estado físico o mental**, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.” Regla Nro. 38. “Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, **garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto.**”*

4.1.5. Conforme a lo explicado en el considerando anterior, este Despacho Constitucional incorpora como **presupuesto de evaluación para determinar si es adecuado ordenar una ejecución inmediata de sentencia, el elemento de análisis “situación de vulnerabilidad” de la recurrente**, aplicando los supuestos de la Regla Nro. 2 de las Reglas de Brasilia.

4.2. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

4.2.1. Se procederá a analizar el cumplimiento de los presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional, contenidos en la sentencia del expediente 607-2009-AA/TC, Caso Flavio Roberto Jhon Lojas.

4.2.2. Forma de otorgamiento

4.2.2.1. El máximo intérprete de la Constitución ha señalado que si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que pueda ordenarse **de oficio** cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para la parte demandante.

4.2.2.2. En el presente caso, se ha probado, según Historia Clínica que la recurrente padece de cáncer, acreditando una situación delicada de salud, que justifica la urgencia en la reposición del derecho vulnerado, a efecto de evitar una situación de irreparabilidad.

4.2.2.3. En ese sentido, es que se procede a una evaluación de oficio sobre la procedencia de la ejecución inmediata de sentencia.

4.2.3. Presupuestos Procesales

4.2.3.1. **NO IRREVERSIBILIDAD**

4.2.3.1.1. La actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal, que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata. En el caso en concreto, se ha establecido que procede ampararse en parte la pretensión, en el sentido de que se ordene al Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (IETSI – ESSALUD), evalúe la



solicitud de compra de medicamento SUNITINIB 25 mg.; en una supuesta resolución de la instancia superior, que revoque la presente sentencia, es posible que se declare la nulidad de los actos administrativos emitidos por el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación, por lo que los actos de ejecución son reversibles.

4.2.3.1.2. Asimismo, es de advertir que, la actuación inmediata del mandato contenido en sentencia estimatoria no generaría irreversibilidad, pues de ser el caso, puede dejarse sin efecto más adelante. Más bien, su no ejecución inmediata puede causar perjuicio a la demandante, atendiendo a su grave estado de salud. De esta manera, es de advertir que, la actuación inmediata del mandato contenido en sentencia estimatoria no generaría irreversibilidad, pues de ser el caso, puede dejarse sin efecto más adelante. Más bien, su no ejecución inmediata puede causar perjuicio a la demandante, atendiendo a su grave estado de salud.

4.2.3.2. PROPORCIONALIDAD

4.2.3.2.1. Así también, es importante que, al momento de evaluar la posible actuación inmediata de sentencia, se tenga en cuenta también, el daño o perjuicio que pueda causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave a sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso. En este extremo, siendo que se exige el cumplimiento de tramitar la solicitud de compra de un medicamento, conforme a la normativa respectiva, no se genera ningún daño a la demandada; más bien, se produce un gran beneficio a la recurrente, en tanto se procura una mejor calidad de vida y mejora de su salud.

4.2.3.2.2. Luego, realizando el análisis de proporcionalidad de la medida solicitada por el demandante, tenemos:

4.2.3.2.2.1. IDONEIDAD.- La medida analizada garantiza la protección de los derechos objeto de vulneración constitucional, conforme se ha analizado en esta sentencia de primera instancia. Así pues, el inicio del procedimiento farmacológico para incorporación del medicamento en el caso de la demandante recurrente y la entrega inmediata del medicamento fuera de peticitorio farmacológico, garantiza la protección de sus derechos a la salud y a la dignidad.

4.2.3.2.2.2. NECESIDAD.- No existe otra medida posible de adoptar para garantizar los derechos constitucionales de la demandante, en tanto que, su situación de salud, consistente en ser portadora de tumor maligno, puede deteriorarse en el tiempo, lo cual permite concluir la importancia de la adopción de medidas inmediatas, a efecto de cumplir con el fin del proceso constitucional, esto es, la reposición del derecho vulnerado.

4.2.3.2.2.3. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.- En este caso concreto, la satisfacción de los derechos constitucionales de debido proceso y a la salud, resulta de mayor intensidad que la suspensión de actuación de sentencia por pluralidad de instancia, en tanto, el efecto suspensivo de los recursos no forma



parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias; debiendo ceder el efecto suspensivo ante la protección de los derechos constitucionales materia de proceso (juicio de ponderación), más aún si, en el presente caso, no existe perjuicio ni daño grave para la demandada, con la ejecución inmediata de la sentencia, atendiendo a la posibilidad de reversibilidad; a lo que se agrega que, más bien, sí existe perjuicio para la parte demandante, pues con la dilación del proceso, se continuaría vulnerando sus derechos constitucionales.

A lo anterior se agrega que, la medida solicitada debe ser analizada desde el principio dignidad, atendiendo a que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

4.2.3.2.3. SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LA RECURRENTE.- Se ha acreditado la vulnerabilidad de la demandante debido a que en una paciente que sufre de cáncer; siendo una obligación de la administración de justicia brindar tutela oportuna al derecho a la salud de la recurrente, según lo exige la Regla Nro. 38 de las Reglas de Brasilia.

4.2.4. Conclusión

4.2.4.1. Así entonces, se cumplen los presupuestos señalados en la sentencia del expediente 607-2009-AA/TC, y también los exigidos por la “Reglas de Brasilia”, para aplicar la ejecución inmediata de sentencia.

4.2.4.2. Sobre la forma de ejecución, es de tener en cuenta que, inmediateamente notificada con la presente sentencia, la parte demandada deberá iniciar el procedimiento para evaluar el uso de producto farmacéutico, SUNITINIB 25 mg., no incluido en el petitorio farmacológico de ESSALUD, siguiendo en estricto la Directiva Nro. 003-IETSI-2016 sobre “NORMATIVA PARA LA AUTORIZACIÓN Y USO DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS NO INCLUIDOS EN EL PETITORIO FARMACOLÓGICO DE ESSALUD.

4.2.4.3. De otro lado, este Despacho no puede dejar de advertir que existe en el expediente, evidencia que acredita la necesidad de disponer que se suministre a la demandante el medicamento que ha solicitado, fuera del petitorio farmacológico, en tanto se realiza el procedimiento correspondiente:

4.2.4.3.1. En la historia clínica de la demandante, se consigna expresamente que la **paciente debe tratarse con SUNITINIB.**

4.2.4.3.2. Está acreditado que la demandante se ha visto obligada a adquirir el medicamento que le fue recetado, de manera independiente.

4.2.4.4. De lo anterior, se puede concluir que, existe la necesidad de atención a la demandante con el medicamento que solicita; pues así lo ha determinado el médico tratante, siendo que la permisión de que lo siga adquiriendo por su cuenta, pese a la evidencia que existe en el expediente, la coloca en un mayor estado de vulnerabilidad que no se condice con los fines del proceso constitucional, que debe



garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

4.2.4.5. Así pues, en atención a todo lo enunciado anteriormente, es de advertir que, en casos límite como el que motiva este pronunciamiento, este Juzgado no puede utilizar las herramientas de coerción tradicionales para la ejecución de las medidas adoptadas, pues el transcurso del tiempo podría significar nueva vulneración de derecho constitucional, que este Despacho debe evitar, en virtud al especial estado de salud de la demandante en este proceso.

4.2.4.6. Por lo tanto, en cumplimiento de los fines que garantiza el Artículo 1 del Código Procesal Constitucional, hasta que se culmine con el procedimiento de petitorio farmacológico, en ejecución anticipada de sentencia, debe disponerse que ESSALUD provea el medicamento a la paciente beneficiaria de este proceso, fuera del petitorio farmacológico, en el plazo de DOS DÍAS¹⁵ de que se tenga conocimiento de la sentencia.

4.2.4.7. Finalmente, precisar que, el recurso de apelación que pueda interponerse en contra de la presente sentencia, no afectará el trámite de la actuación inmediata, que tiene la calidad de inimpugnable conforme ha resuelto el Tribunal Constitucional¹⁶, manteniéndose los mismos apercibimientos señalados en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

4.2.4.8. Así entonces, debe requerirse la actuación de la sentencia en un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de multa de CINCO UNIDADES DE REFERENCIA PROCESAL. En este sentido, teniendo en cuenta que la parte demandada actúa mediante apoderado, deberá requerirse al mismo, la ejecución de la sentencia; siendo que, en caso de que la demandada cuente con un funcionario exclusivo para ejecución de sentencias, será el apoderado apersonado al proceso, el que deberá gestionar la comunicación de la presente resolución a dicho funcionario, de lo que deberá dar cuenta a este Juzgado, en el plazo de VEINTICUATRO HORAS DE NOTIFICADA CON LA PRESENTE RESOLUCIÓN, BAJO APERCIBIMIENTO DE MULTA DE UNA UNIDAD DE REFERENCIA PROCESAL. Lo anterior, sin perjuicio que se haga conocer el nombre, casilla electrónica o correo institucional, al que se puedan remitir los requerimientos de ejecución de este Juzgado Constitucional.

Quinto.- Del pago de costos y costas

¹⁵ El Artículo 22 del Código Procesal Constitucional, establece que la sentencia firme del proceso constitucional debe cumplirse en el plazo de dos días siguientes de ser notificada; por lo que deberá tenerse en cuenta este plazo para la actuación inmediata de sentencia.

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Caso FLAVIO ROBERTO JHON LOJAS, EXP. N.º 00607-2009-PA/TC-LIMA, Sentencia de fecha 15/MAR/2010, FJ 18.



Que, teniendo la parte demandada, la calidad de entidad pública, dependiente del Estado, de conformidad al Artículo 56° del Código Procesal Constitucional, corresponde sólo ordenar el pago de costos.

Sexto.- Notificación a los sujetos procesales

6.1. Teniendo en cuenta que: **i)** A la actualidad, se permite en las diversas entidades públicas, incluida el Poder Judicial, la labor remota y semipresencial además de la presencial, lo que no permite establecer con nivel de certeza si es que en la fecha de notificación se pueda practicar válidamente la notificación, lo que ocasionaría retraso del proceso constitucional; **ii)** Mediante RESOLUCIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO N° 39-2020-PGE/PG, se ha establecido la necesidad de notificación electrónica a los señores Procuradores Públicos, respecto del emplazamiento de las demandas, anexos y admisorios interpuestos en contra el Estado; **iii)** Ante la nueva normalidad post pandemia, que exige un desplazamiento responsable de personas a efecto de evitar una nueva ola de contagios por la enfermedad COVID 19, se hace urgente la adopción de mecanismos procesales que cumpliendo los fines del proceso constitucional, eviten el riesgo de contagio por desplazamiento de trabajadores judiciales, para notificación de resoluciones.

6.2. De esta manera, en aplicación al principio de adecuación¹⁷, para garantizar los fines del proceso y posibilitar su prosecución, debe disponerse que la notificación de esta resolución, se realice únicamente vía casilla electrónica, a los sujetos procesales que la designaron o cuenten con la misma, según el sistema SINOE.

Por estos fundamentos, administrando Justicia a nombre del Pueblo, de conformidad con el primer párrafo del Artículo 138° de la Constitución Política del Perú, este Juzgado Constitucional del Distrito Judicial de Arequipa.

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la demanda interpuesta por [REDACTED] en contra la RED ASISTENCIAL DE [REDACTED]

¹⁷ Código Procesal Constitucional. Artículo III.- Principios Procesales (...)

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.



JUZGADO ESPECIALIZADO CONSTITUCIONAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA



SALUD AREQUIPA – ESSALUD, representado por el Gerente de la Red Asistencial de Salud de Arequipa, y la PRESIDENTA DEL COMITÉ FARMACOLÓGICO debidamente representada por la Dra. Stephanie Johanna Coacalla Guerra; por vulneración a los derechos constitucionales a la dignidad y a la salud.

SEGUNDO.- En consecuencia, en reposición de los derechos constitucionales vulnerados:

- a. **ORDENAR** a la demandada, RED ASISTENCIAL DE SALUD AREQUIPA – ESSALUD, inicie el procedimiento para evaluar el uso de producto farmacéutico, SUNITINIB 25mg., no incluido en el petitorio farmacológico de ESSALUD, siguiendo en estricto la Directiva Nro. 003-IETSI-2016 sobre “NORMATIVA PARA LA AUTORIZACIÓN Y USO DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS NO INCLUIDOS EN EL PETITORIO FARMACOLÓGICO DE ESSALUD”. Y de ser el caso, se incluya el medicamento en el petitorio farmacológico y le sea suministrado a la demandante conforme a la necesidad que verifiquen y determinen los médicos tratantes. Ello, en el plazo de VEINTE DÍAS HÁBILES, de que la presente sentencia adquiera firmeza.
- b. **DISPONER**, que ESSALUD provea a la paciente beneficiaria de este proceso, [REDACTED] el medicamento SUNITINIB 25 mg., fuera del petitorio farmacológico. Ello, hasta que finalice el procedimiento señalado en el literal anterior.

TERCERO.- Condono al pago de costos a la demandada; mas no al pago de costas, conforme a lo establecido en la presente Sentencia.

CUARTO.- **DISPONER LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE LA PRESENTE SENTENCIA**, en el extremo relacionado con el literal “b” del artículo anterior. En consecuencia, **ORDENAR A LA DEMANDADA**, RED ASISTENCIAL DE SALUD AREQUIPA – ESSALUD, realice las siguientes acciones:

4.1. Notificada con la presente sentencia, de manera inmediata y en el plazo establecido, cumpla con la ejecución de lo ordenado en el artículo SEGUNDO, literal “b”, de la parte resolutive de esta resolución; bajo apercibimiento de multa de CINCO UNIDADES DE REFERENCIA PROCESAL.

4.2. Por tanto, hasta que se culmine con el procedimiento de petitorio farmacológico dispuesto, **DISPONER**, que ESSALUD provea a la paciente beneficiaria de este proceso, [REDACTED], el medicamento SUNITINIB 25 mg., fuera del petitorio farmacológico., conforme le ha sido prescrito como necesario. Lo que se deberá cumplir en el plazo de DOS DÍAS DE



**JUZGADO ESPECIALIZADO CONSTITUCIONAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA**



COMUNICADA LA PRESENTE RESOLUCIÓN; BAJO APERCIBIMIENTO DE MULTA DE CINCO UNIDADES DE REFERENCIA PROCESAL, a la RED ASISTENCIAL AREQUIPA DE ESSALUD.

QUINTO.- DISPONER se tenga presente por los apoderados de la parte demandada, MARÍA ISABEL FORAQUITA PINAZO y JUAN FÉLIX MARTÍNEZ MARAZA, lo dispuesto en el considerando 4.2.4.8. de la presente resolución, bajo apercibimiento de multa de UNA UNIDAD DE REFERENCIA PROCESAL.

SEXTO.- DISPONER la formación de un **cuaderno aparte de ACTUACIÓN inmediata de sentencia**, con copias de la presente sentencia y las notificaciones correspondientes de la misma; incidente en el cual la demandada deberá dar cuenta al Juzgado del cumplimiento de la actuación inmediata de sentencia. Ello, en el supuesto que la presente sentencia sea impugnada.

PRIMERO.- AUTORIZAR la notificación de la presente resolución a la totalidad de sujetos procesales, únicamente vía electrónica, atendiendo al estado de emergencia dispuesto por el Poder Ejecutivo, conforme al siguiente detalle:

- a) Parte demandante: Casilla electrónica 110000
- b) Parte demandada: Casilla electrónica 5694

Y por esta mi sentencia, así la pronuncio, mando y firmo a través de trabajo remoto.
REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.-

|