



Hospital Teodoro Maldonado Carbo <seccionjuridicahtmc@gmail.com>

Juicio No: 09281201804964 Nombre Litigante: HOSPITAL DE ESPECIALIDADES TEODORO MALDONADO CARBO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS)

1 mensaje

satje.guayas@funcionjudicial.gob.ec <satje.guayas@funcionjudicial.gob.ec>
Para: seccionjuridicahtmc@gmail.com

8 de febrero de 2019, 12:16

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número
09281201804964

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL****Juicio No:** 09281201804964, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1**Casillero Judicial No:** 0**Casillero Judicial Electrónico No:** 0**Fecha de Notificación:** 08 de febrero de 2019**A:** HOSPITAL DE ESPECIALIDADES TEODORO MALDONADO CARBO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS)**Dr / Ab:****SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS**

En el Juicio No. 09281201804964, hay lo siguiente:

Guayaquil, viernes 8 de febrero del 2019, las 09h41, VISTOS: Por el sorteo de ley, ha correspondido conocer y resolver a esta Sala Especializada Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, por recurso de apelación deducido por los accionados: a) Dr. Jefferson Franklin Gallardo León, en su calidad de Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); y, b) Dr. Luis Enrique Jairala Zunino, Gerente General (e) del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); en contra de la Sentencia emitida en Guayaquil, jueves 8 de noviembre del 2018, las 13h53, por el Abg. Ángel Luis Moya Cedeño, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del cantón Guayaquil, provincia del Guayas; dentro del presente proceso de Acción de Protección, signado con el número 09281-2018-04964, conforme lo faculta el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Siendo el estado de este proceso el de resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO.- INDIVIDUALIZACIÓN DEL TRIBUNAL: El Tribunal de alzada que conoce y resuelve la apelación se haya integrado por los siguientes Jueces Provinciales de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas: Abg. Rolando Roberto Colorado Aguirre (Ponente), Dra. Gina de Lourdes Jácome Veliz; y, Abg. Felix Enrique Intriago Loo; por el sorteo de ley, realizado según consta de fojas 21 del cuaderno de este nivel.- SEGUNDO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES: En calidad de accionante: Carlos German Reyes Tumbaco; y, en calidad de accionados: Doctora María Verónica Espinosa Serrano, Ministra de Salud Pública, o de quien haga sus veces; Dra. Mariana Italia Pihuave Nacif, Coordinadora Zonal 8 del Ministerio de Salud, o de quien haga sus veces; Esp. Carlos Alberto Vallejo Burneo, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, o de quien haga sus veces; Magíster Jefferson Franklin Gallardo León, Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-Guayas, o de quien haga sus veces; y, Dr. Luis Jairala Zunino, Gerente General Del Hospital de Especialidades Dr. Teodoro Maldonado Carbo Del IESS, o de quien haga sus veces; y, Procuraduría General del Estado.- TERCERO.- COMPETENCIA: Los suscritos Jueces Provinciales constitucionales tenemos competencia para conocer y resolver la presente causa de conformidad con lo previsto en los Arts.: 11 No. 3, 88, 178 No. 2, así como por el Art. 86 No. 2, que dice: "Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos"; pues el accionante es paciente del Hospital de Especialidades "Dr. Teodoro Maldonado Carbo" del IESS, ubicado en Guayaquil; en concordancia con el Art. 86 No. 3 inciso segundo, todos de la Constitución de la República; así como por el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; de igual forma, por los Arts. 208, No. 1, 159, 160 No. 1 y 163 No. 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; finalmente por el sorteo electrónico de ley.- CUARTO.- VALIDEZ PROCESAL: Dentro de la tramitación de esta garantía constitucional se puede observar que se ha cumplido el proceso determinado en los Capítulos: I Normas comunes y Capítulo III Acción de Protección de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; por tanto, no existiendo omisiones de solemnidades sustanciales e inobservancia del trámite se declara el proceso

válido.- QUINTO.- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: El Dr. Patricio Pazmiño Freire en calidad de Juez Ponente, dentro de la Resolución de la Corte Constitucional No. 18, Registro Oficial Suplemento 572 del 10 de Noviembre del 2011, SENTENCIA No. 018-11-SEP-CC, CASO No. 0635-09-EP, desarrolla el derecho a la seguridad jurídica bajo el siguiente enfoque que citamos: "El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina el derecho a la seguridad jurídica, mismo que tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado Ecuatoriano. Para aquello y para tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde con la Constitución se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional." Ahora bien, en el marco de derechos tenemos el derecho a recurrir, en este sentido la Corte Constitucional de Colombia, afirma que: "Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio, previo análisis del juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a quo...", esta garantía está consagrada en nuestra Constitución ecuatoriana en el artículo 76 numeral 7 literal m, definida como un derecho de protección y particularmente del debido proceso: El derecho de las personas a "Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, caso No. 1647-11-EP respecto al debido proceso ha señalado que constituye el "axioma madre", el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar, los jueces como garantes del cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico, deben ejercer todas las acciones necesarias para el cumplimiento y respeto de esta garantía. SEXTO.- FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE PROTECCION: El Art. 88 de la Constitución, establece que: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.", de lo transcrito se establece el alcance de esta acción como garantía constitucional y para su procedencia se requiere: a) La existencia de vulneración de derechos constitucionales; b) Que sea por acto u omisión de autoridad pública no judicial. La Acción de Protección fundamentalmente constituye un derecho que se otorga a las personas para acceder a la autoridad designada y buscar la adopción de medidas conducentes a proteger los derechos fundamentales, constitucionalmente garantizados y consignados en la Constitución, por lo tanto es un derecho y una garantía que se efectivizan a través de este procedimiento que exige a toda autoridad o funcionario público el actuar dentro de los límites establecidos en la Constitución. c) La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), regula las garantías jurisdiccionales y entre ellas la acción de protección, estableciendo su objeto, los requisitos para su presentación y procedencia, así también ha determinado varias causales de improcedencia (Art. 42), siendo las más relevantes: a) Que no exista vulneración de derechos constitucionales; b) Que el acto administrativo que se demanda pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; y, c) Que la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. Estas causales son las que de modo más frecuente provocan la negativa de la acción de protección. (Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana.- La acción de protección desde la jurisprudencia constitucional: Karla Andrade Quevedo, pp. 111-136). d) La Corte Constitucional del Ecuador, respecto del objeto de la acción de protección, en diversas sentencias, ha determinado que la acción de protección se encuentra contenida en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo objeto es el amparo directo y eficaz ante la vulneración de derechos constitucionales, por acción u omisión de cualquier autoridad pública no judicial. En este contexto, esta Corte Constitucional por medio de su jurisprudencia se ha encargado de desarrollar el alcance, contenido, entre otros aspectos de la garantía jurisdiccional de acción de protección. Así por ejemplo, se tiene la sentencia N.º 001-10-JPO-CC emitida dentro del caso N.º 0999-09-JP; sentencia N.º 013-13-SEP-CC dictada en la causa N.º 0991-12-EP; sentencia N.º 016-13-SEP-CC en el caso N.º 1000-12-EP; sentencia N.º 043-13-SEP-CC emitida en la causa N.º 0053-11-EP; sentencia N.º 102-13-SEP-CC en el caso N.º 0380-10-EP; sentencia N.º 006-16-SEP-CC emitida dentro del caso N.º 1780-11 EP; y sentencia N.º 001-16-JPO-CC emitida dentro del caso N.º 0530-10-JP; entre otras. En función de la referida jurisprudencia, se determina que la acción de protección como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial al alcance de todas las personas, reconocido por el constituyente para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública no judicial o personas privadas, aquellas puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado. En este contexto, es importante señalar que la misma tiene una suerte de naturaleza reparatoria sea material o inmaterial; comportando por tal un proceso de conocimiento, tutelar, sencillo, célere, eficaz, con efectos reparatorios. En este sentido, mediante la sentencia N.º 016-13-SEP-CC emitida en la causa N.º 1000-12-EP, el Pleno del Organismo señaló: "... la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías". El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. En este mismo sentido, respecto a la naturaleza de la acción de protección, en la sentencia N.º 041-13-SEP-CC dictada dentro del caso N.º 0470-12-EP, esta Corte Constitucional señaló: La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución (...) no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa la Función Judicial. Por otro lado, en referencia a la sentencia N.º 102-13-SEP-CC emitida dentro del caso N.º 0380-10-EP, la Corte Constitucional efectuó la interpretación conforme y condicionada con efecto erga omnes de los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Finalmente, en la sentencia N.º 001-16-JPO-CC emitida dentro del caso N.º 0530-10-JP, este Organismo señaló: SENTENCIA IV. JURISPRUDENCIA VINCULANTE 1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido. 2. La regla expedida en la presente sentencia deberá ser aplicada con efectos generales o erga omnes en casos similares o análogos. (SENTENCIA N.º 006-17-SCN-CC CASO N.º 0011-11-CN).- SÉPTIMO.- ANTECEDENTES: 7.1).- Pretensiones de la parte accionante: Conforme consta en el libelo de demanda, de fojas 01 a 09Vta., el accionante Carlos German Reyes Tumbaco, indicó en lo principal: "El ciudadano CARLOS GERMAN REYES TUMBACO, es paciente del Hospital de Especialidades "Dr. Teodoro Maldonado Carbo" del IESS, en Guayaquil, diagnosticado con CANCER DE TIROIDES -TUMOR MALIGNO DE LA GLÁNDULA DE TIROIDES (Tiroides con Neoplasia de estirpe epitelial carcinomatosa que reproduce estructuras papilares con finos ejes de tejido conectivo vascular, se observa calcificaciones, congestión vascular y elementos inflamatorios monucleares y hemorragia), es decir una enfermedad compleja catastrófica. El único medicamento eficaz y adecuado para el tratamiento del paciente es un inhibidor tirosin kinasa NEXAVAR 200 MG (SORAFENIB) y por esa razón ha sido prescrito por sus médicos tratantes del IESS, como consta en las copias certificadas que incorporamos (Anexo 2), no existe otra alternativa terapéutica, para el paciente, como lo comprobamos también con el Memorando Nro. IESS-HTMC-JUTON-2018-0789-M, de fecha 15 de agosto de 2018, suscrito por el Dr. Luis Alberto Unda Vernelle, actualmente Jefe Unidad Técnica de Oncología (E) del Hospital de Especialidades -Teodoro Maldonado Carbo, que en su parte fundamental transcribimos "(...) valorado por Cirugía Oncológica quien lo considera no candidato a manejo quirúrgico, Endocrinología quien también indica haber completado dosis de lodo permitido, sin posibilidad de nuevo beneficio, presentado en el Comité Multidisciplinario de Tumores en Mayo del 2016, y al no haber a Nivel Nacional Alternativas Terapéuticas, en Carcinoma Papilar de Tiroides, refractario a lodo Radioactivo, se revisan las Guías Internacionales de manejo oncológico, estableciéndose que la alternativa terapéutica disponible para el paciente fue un inhibidor tirosin kinasa (Sorafenib- Nexavar), el cual fue reasignado el 30 de mayo del 2016, fecha en que inicia su tratamiento, junto a radioterapia sobre región cervical, e inicia el mismo con tiroglubina mayor de 700 (como marcador tu moral), durante el tempo que el paciente ha tomado la medicación ha presentado la toxicidad descrita en la literatura diarreas esporádicas y controladas, así como también resequedad de piel y mucositis grado II, ninguno de los efectos presentados fueron limitantes para las actividades del paciente (...)" El paciente CARLOS GERMAN REYES TUMBACO, tuvo una notable mejoría como se menciona en el memorando referido en el numeral anterior, sin embargo desde hace seis meses el IESS dejo de proveerle NEXAVAR 200 MG (SORAFENIB), indicándole que no puede seguir adquiriendo y entregando tal medicación como se lo hace constar en la Audiencia realizada en la Defensoría del Pueblo con fecha 16 de agosto de 2018, a las 15h30, cuya copia certificada agregamos. Incluso en la sana crítica y la lógica elemental, es fácil colegir que no proporcionar un medicamento esencial que requiere el paciente, deriva en el agravamiento de su estado de salud y pone en riesgo la vida del mismo, en razón de lo complejo y catastrófico de su patología, síntoma y evidencia de aquello, es la necesidad de practicar resonancia magnética así como también problemas de dificultad respiratoria que presenta como lo probamos con el documento que anexamos. Como se ha evidenciado con los documentos anexados la Coordinación Zonal 8 de la DPE, intervino mediante un expediente defensorial No. 25046-2018, para tutelar sus derechos constitucionales a la salud, vida digna, seguridad social y principio de atención preferencial, dentro del cual se realizó una audiencia pública, cuya acta señalamos y se anexaba en el numeral anterior, pero consideramos para efecto de la Acción de Protección transcribir lo expuesto en la misma: El Abg. Velecela Chica Javier Rolando, en representación del Gerente del Hospital de Especialidades Dr. Teodoro Maldonado Carbo Del IESS, Esp. Luis Jairala Zunino, expuso: "cumplimos en adjuntar dentro del presente proceso administrativo la historia clínica del señor Carlos Reyes Tumbaco en el cual se describe el proceso médico evolutivo del paciente, así también adjuntamos la certificación médica realizada por el Dr. Luis Unda Vernelle, Jefe de la Unidad Médica de Oncología quien describe la situación actual del referido afiliado, finalmente adjuntamos una certificación emitida por el departamento de compras públicas en el cual se hace referencia en que el medicamento SORAFENIB, es un medicamento que se encuentra fuera del cuadro básico del Ministerio de Salud Pública. En consecuencia la postura de esta casa de salud se encuentra enmarcada en razón de que garantizando con el derecho constitucional a la salud del afiliado, ha cumplido con el suministro del medicamento SORAFENIB,; sin embargo por haberse encontrado este medicamento fuera del cuadro básico en la actualidad no podemos suministrarlo, sin perjuicio de que a la postre el Hospital efectuara todas las medidas administrativas necesarias para la autorización para la adquisición del mismo a través del Ministerio de Salud pública ". Siendo allanada a esta exposición la Abg. Huacon Moran Ana Magdalena, quien comparece en representación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. El paciente CARLOS GERMAN REYES TUMBACO, señaló "(...) Padezco de cáncer, desde hace nueve años fui diagnosticado con esta enfermedad, siendo un golpe duro el que me ha

afectado a mí y a mi familia, mi salud es muy compleja, sin embargo y pese a mi situación el IESS a través del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, me ha dado la atención médica y el tratamiento para mi enfermedad con el medicamento Nexavar 200 mg. (Sorafenib), cuyo tratamiento consistía en darme 120 pastillas mensuales para poder tomar cuatro diarias, todo esto lo venía haciendo por el lapso de dos años, lo que había permitido sentirme mejor hasta ahora el mes de junio del 2018 que ya no me entregaron la medicina que necesito para mantener mi salud. El Dr. Luis Unda quien es el médico que me ha tratado, y me ha manifestado que el solicito la medicación, y que se la habían negado porque no se encuentra en el cuadro básico. Señor Coordinador yo no sé porque mi salud debe estar limitada a un trámite, el medicamento es caro y no estoy en la capacidad de comprarlo, mi esposa dejo de trabajar para cuidarme, ya que como es visible mi estado de salud es compleja, tengo tres hijos y uno de ellos es menor de edad, se me está vulnerando los, derechos a una vida digna, a la salud, consagrados en la Constitución. (...). La Norma Constitucional materializa entre los Derechos de Buen Vivir, a la Salud y la Seguridad Social, que son fundamentales para el ser humano y tienen como elemento esencial la DIGNIDAD humana, por lo que una vida con dolor, y sin una respuesta motivada a sus requerimientos, produce que la existencia de esa persona sea indigna, pues su calidad de vida se ve obstruida, impidiendo que se desarrolle plenamente como individuo en la sociedad, siendo evidente percibir, la angustia y el dolor del paciente, al sentir que su enfermedad avanza de manera acelerada y su expectativa de vida decrece, puesto que sus familiares carecen de recursos para adquirir dicha medicación" (Lo resaltado es nuestro); 7.2).- Audiencia Pública: 7.2.1) En la audiencia el accionante Carlos German Reyes Tumbaco; a través de la ABG. ROXANNA CAROLINA BRAVO MOREIRA, quien según consta en sentencia de primer nivel, en lo principal indicó (fojas 403 a 416): "El Señor Carlos Germán Reyes Tumbaco es una persona con una enfermedad catastrófica como es el cáncer, una discapacidad física del 55% la cual es catalogada como muy grave lo cual se establece con el carnet de discapacidad, el mismo que se encuentra anexado dentro del expediente, es por eso que la Defensoría conforme al artículo 215 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, como patrocinadores el día de hoy vamos a dar a conocer cuáles son los hechos, que han violado los derechos a la salud, a la seguridad social, a la atención preferencial y oportuna por tener doble vulnerabilidad y por ser parte del grupo atención prioritaria de mi representado, estos derechos son esenciales para tener una vida digna y le corresponde justamente al Estado a través de la intervención de las entidades públicas hacer efectivo el goce y beneficio de estos derechos y también a poder evitar cualquier acto arbitrario que disminuya, menoscabe u derecho constitucional a mi representado, quien es una persona que se encuentra jubilada justamente por invalidez porque fue diagnosticado por parte de los médicos tratantes del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social en el hospital Teodoro Maldonado Carbo por enfermedad de cáncer de tiroides es un tumor maligno de la glándula tiroides, glándula se encuentra ubicada delante del cuello y fundamentalmente la función de esta glándula es la de poder emanar a las glándulas hormonas de tiroides y poderla llevar al torrente sanguíneo; la que trabaja con otros órganos como son el corazón, los músculos, etc. ¿qué pasa cuando esta glándula se ve afectada con este cáncer?, lo que produce son los efectos de dificultad para poder respirar que la persona no pueda alimentarse se vean afectadas las cuerdas bucales lo cual impide en muchas ocasiones que la persona puede hablar, que pueda tener dificultad para poder hablar y con todos en los antecedentes médicos que tuvo mi representado, médicos especialistas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, son ellos quienes prescriben un medicamento eficaz y adecuado para el cáncer de tiroides denominado SORAFENIB tal como se encuentra establecido en las copias certificadas de la historia clínica que también obran en el expediente, para lo cual me permito leer en la parte pertinente de la prescripción que dice lo siguiente: Al momento El paciente por parte de endocrino ya recibió dosis máximo de yodo radioactivo, valorado por clínica de tiroides y se determinó que el paciente está fuera de recursos endócrinos y quirúrgicos. el Comité de Oncología, decide el uso de SORAFENIB al no tener otra alternativa terapéutica, esto justamente lo indican el Dr. Unda, Dr. Loor, entre otros, es decir especialistas justamente indican cual es el medicamento y el tratamiento adecuado para esa enfermedad sin embargo y a pesar de haber sido prescrito este medicamento y haberse notado una notable mejoría con la medicación el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social le indica al paciente que no puede seguir suministrando esta medicina porque no se encuentra dentro del cuadro básico permitido por el Ministerio de Salud Pública y como su nombre mismo lo dice, este cuadro es para el Estado de medicamentos básicos. Al tener esta respuesta por parte del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social sin haber indicado la otra alternativa que podría tener o sí creía que podría haberla por otro medicamento que pueda atenderle o que pueda darle alta. bien la Defensoría del Pueblo, nosotros únicamente se apertura una investigación de Defensoría a fin de poder tutelar los derechos del ciudadano en mención, dentro de las varias diligencias que se realizaron de la Defensoría del Pueblo se realizó una audiencia pública, en donde el abogado en representación del Teodoro Maldonado Carbo indicó que se ha cumplido y que sí se ha protegido el derecho a la salud pero que no pueden seguir proveyendo la medicina porque justamente ya no se encuentran dentro del cuadro básico pero sin embargo ellos nos indican que van a realizar todas las medidas administrativas necesarias para la autorización y adquisición a través del Ministerio de Salud Pública, eso fue con fecha agosto 16 sin que hasta la fecha se haya obtenido una respuesta por parte del seguro social ni por parte del Ministerio de Salud Pública el cáncer es una enfermedad que no solamente afecta al paciente sino también a todo su entorno familiar, justamente esa enfermedad impide que la persona pueda desenvolverse libremente dentro de la sociedad porque su vida se va deteriorando poco a poco, que su enfermedad avanza, y que las entidades que justamente deben de proveerle su medicamento, para mejorar su salud no lo hacen y más aún cuando su familia carecen de los recursos para adquirir esta medicación, resulta paradójico justamente que el estado ecuatoriano teniendo como el más alto deber proteger al ser humano, y que el estado ecuatoriano provean de este medicamento y pongan al señor en una situación en que su salud se va agravando cada día más se interrumpe el tratamiento que él estaba siguiendo sin indicarle cual es la alternativa. Cuáles son los derechos que se han afectado el derecho a la salud artículo 32 de la Constitución porque justamente al ser prescrito el medicamento que puede mejorar la salud del paciente, repito por los médicos tratantes del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social por funcionarios de la medicina y por el hospital Teodoro Maldonado Carbo han indicado que medicina se le puede dar, ni el Ministerio de Salud Pública ha indicado alguna alternativa, por lo que consideramos que si se estaba afectando al derecho a la

salud. La demora la falta de provisión de medicamento a la que tiene derecho el paciente al haber iniciado tratamiento médico de esta manera coartando el derecho a la vida además del derecho a la integridad física como también su derecho emocional al ver que no puede recibir este medicamento Asimismo se considera afectado establecido en el artículo 34 de la Constitución porque este derecho para que se haga efectivo, se materializa cuando el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social entregan prestaciones tanto económica como de la salud, estamos hablando de una salud integral y esta persona que por varios años aportados para poder tener salud y sus medicamentos así como la cobertura, sin embargo el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social no ha cumplido en la entrega de la medicación la imposibilidad de entregar la medicación, no se puede ni se debe expresar en base a normativas inferiores a la Constitución y es la Constitución es la Carta Magna y siendo garante de derechos la que debemos aplicar, es complicado que en la actualidad al señor todavía no se le haya dado la medicación, pese a la medida cautelar emitida por usted señor Juez. Señor Juez, en la actualidad el señor se encuentra internado o ingresado por emergencia en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, el derecho a la atención preferencial como lo indicaba mi representado es una persona que presenta doble condición de vulnerabilidad, ya que presenta de una discapacidad física y la enfermedad que padece, sin embargo y pese a ello no se ha aplicado por parte de las dos entidades. Las acciones afirmativas que deben darse para las personas con discapacidad tal como lo establece en una de las sentencias que hago mención Sentencia 115-14-SEP-CC en las que indican que en caso de duda se debe interpretar de la manera que más favorezca a las personas que son parte del grupo de atención prioritaria. Este es el in-dubio proactione, que tampoco se lo aplicado por parte de ninguna de las dos entidades también consideramos que todos estos derechos se ven afectados a más de los Derechos antes mencionados que afectan a la vida digna de una persona que tiene dolor y que obviamente no podría vivir dignamente así como que si le falta alguna medicación y que el medicamento no le ha sido entregado para aliviarlo por parte del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social porque consideramos que la acción de protección es la medida para reclamar este derecho es porque consideramos que se ha violentado el derecho a la vida y además porque no puede estar esta persona sujeta a un trámite burocrático ni tampoco a un procedimiento administrativo para poder autorizar al Ministerio de Salud Pública la compra de este medicamento. Pues esta persona se encuentra internada y no puede estar esperando un término de 15 ó 20 días que se le entrega una medicación y es por ello que esta es la vida más idónea y eficaz considerada por nosotros para que usted pueda hacer valer los derechos que esta persona, ¿Cuáles han sido vulnerados? los antes ya mencionados; ¿qué es lo que solicita? Solicitamos que acepte la acción de protección; que se establezca la vulneración de los derechos constitucionales. El que se proceda a ordenar las medidas de reparación integral que se encuentran detalladas dentro de la demanda de acción de protección. (Lo resaltado es nuestro). En réplica, indicó en lo principal: "Me sorprende la posición de legitimado pasivo ellos han indicado de que no se ha afectado el derecho a la salud pero sin embargo el medicamento no ha sido entregado, no han establecido ninguna alternativa para el tratamiento del señor, si se está brindando la atención médica y precisamente por falta de la medicación es que está internado en el hospital Teodoro Maldonado Carbo, esa es la razón por la que está ahí y no se le ha entregado la medicación al paciente, no se ha cumplido con la medida cautelar, ni tampoco se ha seguido con el trámite administrativo, pero si desde agosto justamente el Hospital indicó que realizaría las gestiones administrativas, entonces vamos a esperar que el señor fallezca, vamos a esperar lo que pasó en otra acción de protección, ganada por la misma Defensoría, en la cual ya la señora falleció, pese a tener ganada la acción de protección, nunca se le entregó el medicamento, el Ministerio de Salud Pública hace referencia a esta sentencia, pero si usted verifica en el sistema del SAI es la misma fue ganada en segunda instancia así mismo señor juez le hago entrega, puede verificarse que se apeló y se ordenó la entrega de medicamentos, que se reproduzca a mi favor casos similares de jueces constitucionales y de sala donde justamente se han obtenido como resultado la entrega de medicamentos y se ha determinado la vulneración del derecho al derecho constitucional de la salud, tal como lo indico el Abogado del Legitimado Pasivo, el derecho a la salud es uno solo y no y no sólo basta el derecho a la salud de que existan los hospitales, con la parte física con que el médico pueda atender no, el derecho a la salud es un derecho integral es decir también se refiere a la entrega y provisión de medicamentos como lo establece el artículo 363 de la Constitución de la República, estamos hablando de una persona con doble vulnerabilidad, con discapacidad, con una enfermedad catastrófica, entonces sí se ha violado el derecho a la salud porque el paciente no ha recibido por más de 6 meses el medicamento que justamente fue prescrito por el médico tratante del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, del Departamento de Oncología y mediante un estudio se ha determinado que el medicamento más eficaz es el Nexavar Sorafenib para este tipo de enfermedades es el prescrito, los médicos del IESS son quienes le han prescrito en base a los tratamientos, y es ilógico que el Ministerio de Salud Pública sin haber tratado al paciente nos digan que este no es el medicamento más adecuado, cuando se lo ha venido tratando y se ha demostrado que cuando deja de percibir este medicamento, tal como lo estableció el médico que hubiera sido muy importante que estuviera acá para ser escuchado y que nos explique de manera más amplia cual es la efectividad del medicamento que el mismo y a través del comité prescribió, la medida cautelar justamente se pidió de manera emergente sin embargo ya estamos dentro de la audiencia, verifiqué ahí entre la documentación que usted señor juez con fecha 11 de octubre emitió la medida cautelar y sin embargo el 22 de octubre es que se ofició para que se dé cumplimiento, qué entendemos por inmediatez, también se hizo referencia al artículo 26 nos hubiese gustado que el abogado hubiera leído la segunda parte donde el mismo artículo establece que sí es verdad que las entidades deben actuar conforme a sus competencias y que las entidades tenemos la obligación de realizar acciones y coordinar acciones para poder hacer efectivo el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los derechos, como lo indique se ha verificado que hay una violación al derecho a la salud porque al señor no se le ha dado el medicamento, no se la ha dado una alternativa, se le ha indicado que debe esperar a que se de cumplimiento a un trámite administrativo que se empezó desde agosto y que al momento no tiene ningún tipo de respuesta positiva, que tiempo, debemos esperar, no lo sé. Justamente el legitimado activo venía realizándose tratamiento, venía tomando medicación tal como lo manifestó el médico no sólo en la Historia Clínica, sino mediante un memorando de una información remitida por el hospital Teodoro Maldonado Carbo en donde nuevamente afirma que no existe otra alternativa terapéutica y que este es el medicamento más idóneo y más adecuado, entonces sí ya el médico lo ha

establecido y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no ha demostrado dentro de esta audiencia que se haya entregado el medicamento y que exista otra alternativa, se ha violado derechos constitucionales a la salud, a la seguridad social, el señor aportó durante varios años al seguro, justamente para que en estos casos, el seguro pueda dar una respuesta positiva, aportamos para coberturas posteriores, por invalidez y en este caso el acceso a medicamentos lo cual son derechos constitucionales, que tiene que ver con el derecho a la salud, el señor no está viviendo de manera digna, está padeciendo dolor, no nos gustaría que algún familiar en algún momento padezca una enfermedad, que tenga que esperar al trámite que dura 6, 7, 8 meses y mientras tanto se está padeciendo de dolor, es justo señor Juez, que el señor esté padeciendo todavía, se ha establecido la vulneración de derechos, en sus manos está señor juez que no se sigan vulnerando estos estos derechos antes referidos" (Lo resaltado es nuestro). En dúplica, indicó en lo principal: "La abogada de la procuraduría manifiesta que no se ha demostrado, todos sabemos que las acciones de protección, la carga de la prueba no corresponde a nosotros sino al legitimado pasivo, son ellos quienes tienen que comprobar que no se han violado derechos constitucionales, hasta el momento no lo han hecho, la acción no se interpone para la compra de un medicamento, se interpone para que se garantice un derecho a la salud, la provisión de un medicamento que había sido justamente diagnosticado para el tratamiento prescrito por un profesional médico y no creo que el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social carezca de médicos eficaces, si no que si el mismo médico ha prescrito esta medicina es porque ya ha realizado un estudio correspondiente, si han brindado la atención en el diagnóstico de la enfermedad, le seguían dando el medicamento pero luego ya no se lo entregan, entonces hay un retroceso en el derecho, y cómo lo decía el abogado del hospital Teodoro Maldonado Carbo, los derechos son progresivos y cuando se afecta un derecho constitucional, se afectan muchos derechos porque están interconectados, al afectar el derecho a la salud, estamos afectando otros derechos, a la vida, a la integridad, lo cual ya se ha demostrado de manera reiterativa, el Ab. del IESS ha tenido una confusión porque yo no indiqué que se emitieron las medidas cautelares en Agosto, indiqué que en Agosto el IESS manifestó de que se iban a hacer las gestiones administrativas para la adquisición del medicamento, sin embargo hasta la actualidad no se lo ha hecho, no se que tiempo más debemos espera, el señor si está internado pero se ha agravado aún más y esto ha ocurrido a partir justamente de la falta de la entrega del medicamento, nosotros hemos demostrado que hay vulneración del derecho constitucional de la salud, no se puede esperar más tiempo, recordemos que es una persona que tiene una enfermedad catastrófica, el Art. 35 de la Constitución habla que para este tipo de personas de atención prioritaria no se puede dar un trato igual, si no estaríamos hablando de discriminación, si se discrimina, cuando a una persona de atención prioritaria se la trata como a las demás, no puede esperar más, necesita una atención oportuna, preferente, inmediata que tampoco se ha dado por parte de ninguna de las dos entidades, no han demostrado cual es el ajuste razonable para esta persona, que pertenece al grupo atención prioritaria, no han demostrado que han realizado algún tipo de acción afirmativa, no se ha demostrado que no se ha vulnerado el derecho, no se lo ha hecho, no han demostrado que existe otra alternativa, hablemos de la quimioterapia, también hay que hablar de la calidad de vida, no es solamente el médico, es el comité quien ha indicado que no existe otra alternativa, que él no puede operarse quirúrgicamente que ya se le hizo el tratamiento de yodo y que la única medicina alternativa es el Sorafenib, se lo ha demostrado a través de la documentación que ha sido aportada, y de la que ha adjuntado la otra parte al indicar que debemos esperar más tiempo, cuando hablamos de una persona de atención prioritaria, puede afectar el derecho a la vida, espero que en esta ocasión no pase lo que en otras ocasiones ha pasado que pese a haber ganado la acción de protección la paciente falleció espero que éste no sea el caso, el IESS no cumplió con la entrega del medicamento, cuando el juez resolvió la entrega del medicamento, por lo que solicito señor Juez que usted tutele los derechos del accionado" (Lo resaltado es nuestro); 7.2.2) La parte accionada; esto es, AB. CELSO VICENTE COELLAR PUNIN en representación del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, en lo principal argumentó: "De la lectura de la demanda de acción de protección presentada por la defensa se establece claramente que el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social no ha vulnerado ningún derecho expresado en la Constitución principalmente el derecho a la salud y la atención prioritaria mencionado en la Constitución de la República del Ecuador como lo ha señalado la abogada de la Defensoría del Pueblo, señor juez el seguro social no ha vulnerado ningún derecho a la salud, porque el señor Germán Reyes Tumbaco fue atendido desde el año 2016 con una atención preferencial por parte de médicos especializados así consta en los registros de la historia clínica del mencionado afiliado el Seguro Social definitivamente no vulnera ningún derecho porque no hay ninguna impugnación a ningún acto administrativo por lo que se pretende en la demanda es que el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social compre un medicamento. En réplica, indicó en lo principal: "Debo indicar o aclarar que como los abogados de la defensoría del pueblo ellos manejaron una audiencia hicieron un seguimiento y posiblemente pudieron haber hecho algo más sin embargo han dejado abandonado ese trámite y recurrieron a esta vía lo cual no debieron haberlo hecho, el señor Carlos Reyes Tumbaco está internado en el hospital, lo están atendiendo los médicos, él está como todo enfermo que está en un hospital, siendo atendido de qué derecho estamos vulnerando si tiene la atención médica, y la atención prioritaria, dice la defensa que desde agosto se inició el trámite para las medidas cautelares y usted recién lo dicta el 10 de octubre hemos tenido poquísimos días y hemos corrido prácticamente en los trámites que eso ya está en compras públicas y hasta para la partida presupuestaria y en 24 horas a 48 horas el medicamento ya está suministrado sin perjuicio de lo que señala el Ministerio de Salud Pública, hay diferentes sentencias por diferentes motivos y no podemos comparar una sentencia a la actual, es diferente aquí lo que se trata es solicitar la compra de un medicamento, aquí no hay vulneración por acto administrativo, solamente se está pidiendo la compra de un medicamento, le estamos dando las explicaciones respectivas, le estamos demostrando con pruebas de que el medicamento ya está casi listo para la adquisición como medida cautelar que usted dispuso, ordenó, sin perjuicio del trámite de la petición al Ministerio de Salud Pública para que autorice la compra de ese medicamento y que ya lo expuso en un informe técnico bien detallado como la ha referido la abogada del Ministerio de Salud Pública"; 7.2.3) La parte accionada; esto es, AB. JAVIER ROLANDO VELECELA CHICA, en representación del HOSPITAL TEODORO MALDONADO CARBO, en lo principal argumentó: "Efectivamente haciendo eco de las palabras que hace el Señor abogado Celso Coellar Punín, quién ha hecho alusión al camino administrativo para la compra de este

medicamento, bien hay que dejar claro señor Juez, en este caso el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, No ha soslayado ningún derecho del accionante en base que el contenido esencial del derecho a la salud es uno solo que implica o la vulneración por parte genérica de un derecho constitucional, nosotros el hospital Teodoro Maldonado Carbo al prestarle la atención necesaria al paciente no hemos vulnerado ningún derecho constitucional es más nosotros sabemos que si la persona padece de una enfermedad crónica nosotros como hospital le hemos valorado y usted podrá evidenciarlo señor juez a través de la historia clínica que la accionada lo adjuntado, que nosotros le hemos prestado la atención al señor afiliado en toda instancia que ha acudido, entonces sería realmente una falacia que el hospital Teodoro Maldonado Carbo haya vulnerado o transgredido el derecho constitucional a la salud, bien ahora no relacionado a lo que se refiere al tema de la adquisición del medicamento, es importante señalar lo siguiente el medicamento que se le está suministrando es un medicamento que nosotros como Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en este caso el hospital forma parte de la red pública de salud y nos circunscribimos estrictamente a lo que establece el artículo 226 de la Constitución, es decir toda decisión de un medicamento requerimos de la autorización del Ministerio de Salud Pública, porque le suministramos hasta el mes de junio porque el año pasado había un stock del medicamento del que evidentemente se compró por un silencio administrativo y lógicamente el Teodoro Maldonado no puede dejar que ese medicamento se caduque, entonces como esta persona lo requería se lo suministró, pero el doctor no pudo venir este día para corroborar lo que se está diciendo, él le mencionaba al señor afiliado de que su medicamento no se lo iba ya a suministrar porque ya no había solamente para un tiempo establecido pero como bien lo indicó la Defensora Pública que nosotros estamos realizando los actos administrativos para la obtención de estos medicamentos y tengo que mencionar que este es un acto administrativo que bien podría hacerse y reclamarse en sede administrativa y posteriormente si lo es necesario hacer este reclamo por el camino judicial, pues nosotros justificamos de manera documentada que hemos solicitado siguiendo la vía regular la adquisición para la autorización del medicamento por parte del Ministerio de Salud Pública; por eso el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social considera que no se ha vulnerado ningún Derecho constitucional y además la parte accionante no ha demostrado cuál es el acto administrativo que por acción u omisión el Hospital haya incurrido para poder encajarse en esta presunta violación de derechos constitucionales sin perjuicio señor juez de que nosotros como Hospital Teodoro Maldonado Carbo acatemos la orden judicial emanada por usted ya que entendemos nosotros cuál es la rapidez con la que se debe actuar y sin embargo, pues el proceso de contratación más rápido es el de ínfima cuantía y nosotros le hemos solicitado un informe al departamento de cuantía para saber cuál es el estado del trámite de la adquisición de la medicina. Es importante destacar señor juez porque nosotros también nos vemos circunscritos en el tema de contratación pública y no podemos saltar sobre el procedimiento. Se entrega documentación". En réplica, indicó en lo principal: "La Constitución como carta fundamental cuando se establecen o se enfatizan los derechos constitucionales lo que se trata es de la progresividad del derecho constitucional, cuando se habla de la progresividad del derecho constitucional, hablamos de que ningún derecho debe de tener una situación de no regresión en el presente caso no hay una regresión de derecho, por qué, si bien es cierto la políticas estatales están para realizar esa progresividad entonces no se puede pensar siquiera de que efectivamente exista una vulneración de Derechos Constitucionales"; 7.2.4) La parte accionada; esto es, AB. GUILLERMINA ISABEL DIAZ CARDENAS, en representación del Ministerio de Salud Pública, en lo principal argumentó: "Mi intervención radica en el tema de que el medicamento Nexavar o Sorafenib no consta en el cuadro de medicamentos básicos, es decir en esta guía o librito en el que el Ministerio de Salud Pública, luego de las investigaciones previas ha autorizado su uso y prescripción, pero como toda regla tiene su excepción en el presente tema mediante Decreto Ejecutivo 1354 del 6 de abril del 2016 se reforma la aplicación de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano. En el sentido de que la adquisición del medicamento que no conste en ese Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos podrán ser conferidos por el Ministerio de Salud Pública previo el cumplimiento de tres circunstancias: Ante situaciones de emergencia y para eso lo individualiza el decreto ejecutivo, cuando se trata de tratamiento de enfermedades cuyo pronóstico de vida tengan un desenlace inevitablemente fatal, la autorización de medicamentos básicos se otorgara siempre que existe una evidencia científica sólida de que el medicamento solicitado es capaz de elevar aspectos clínicamente relevantes y la tercera causa por la que el Ministerio de Salud Pública autoriza es para tratar las enfermedades raras, en virtud de este decreto el Ministerio de Salud Pública observando las disposiciones claras, la Constitución de la República del Ecuador es de que el Ministerio de Salud Pública realizar la disponibilidad y acceso al medicamento de calidad y eficacia expide 2 acuerdos ministeriales precisamente para regular el cumplimiento del decreto antes mencionado; acuerdo Ministerial 07A-2017 en donde expide que propiamente este reglamento, los pasos que se debe seguir cuando se trata de las 3 causas que indica el decreto. Posteriormente este acuerdo ministerial emite el 160 del 15 de enero del 2018 posteriormente el acuerdo ministerial 241 del 2018 la autoridad sanitaria da validez a los formatos que se necesitan por cada unidad médica de establecimiento médico que solicitan estas medicinas una vez indicada la base legal por la cual el Ministerio de Salud Pública tiene la potestad de conceder o no la compra de la medicación pues existe un comité quién indica si corresponde o no la compra de la medicación, pues en este tema con oficio ya desde el año 2017 a otro paciente que también tiene el mismo medicamento que es para el señor Reyes Tumbaco el Ministerio le ha rechazado porque no cumplió precisamente con la eficacia y seguridad conforme lo establece la norma vigente y lo ha notificado al Director del Seguro Social dos comunicaciones que me permito leer. Respecto a la certificación que anexa del Médico me permito señalar, que existe otro caso mediante el cual se ha autorizado la compra de la medicina para ese paciente que después de dos meses o tres meses el mismo certificado indica que la autorización concedida para la compra del medicamento, este medicamento ya no le hace efecto que quiero decir con esto que ya no sirve la autorización y que el paciente regresa a su proceso de quimioterapia es decir no es el único medicamento que le puede ayudar al paciente para continuar con su sistema de vida con lo que queda demostrado que es que luego de estar autorizado se tiene que quitar la autorización a este medicamento ya que no cumple con la eficacia, la salud es un derecho sí pero no solamente el Ministerio de Salud Pública lo tiene que cumplir y para eso están también las instituciones como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de sus establecimientos para los afiliados en el presente tema señor juez

no se ha notado la vulneración de derechos constitucionales, porque tal como lo indica en la demanda, el paciente ha recibido medicamentos y se encuentra siendo atendido en el Seguro Social por lo que la garantía constitucional de la salud está siendo cumplida y no hay tal vulneración por parte ni del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social ni del Ministerio de Salud Pública, por lo que se ha demostrado de que la eficacia y la eficiencia del producto no es tal por lo que no se podría proceder a la compra del producto o de la medicación.-Se ha estado escuchando que el proceso, que la burocracia y que el Ministerio de Salud Pública por lo que si llegamos a la conclusión de que esta autorización es un acto administrativo pero que se encuentre enmarcado en el reglamento y que si existe una negativa existe un derecho para seguirlo mediante un acto administrativo. Por lo antes expuesto señor juez siendo esto un acto que se sigue en el Ministerio de Salud Pública, en la Subsecretaría de Salud, le solicito a usted declara improcedente la acción constitucional al tenor de lo establece el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales en sus numerales 1, 3 y 4 disponer su archivo y conferirme terminó para legitimar mi intervención a la vez que le indicaré cual es mi casillero judicial para las respectivas notificaciones". En réplica, indicó en lo principal: "La sentencia que yo hago alusión se encuentra en apelación, todavía está en sala, lo que pasa es que la señora es de un censo que han hecho, tal como lo dijeron los abogados del Seguro Social no es que el medicamento está ahí, lo han tenido en stock precisamente para que ese medicamento no se caduque, si una persona ha sido diagnosticada con el medicamento se lo han suministrado, hasta que se agotó y le correspondió legalmente ir a la vía donde se tiene que pedir autorización para que se medicamento sea incluido en el cuadro de medicamentos básicos, le cual no ha sido incluido por las circunstancias de que el Ministerio de Salud, no se ha cumplido con toda la evidencia científica que necesita para poder incluirlo en el cuadro, respecto a la vulneración de la salud, el Seguro Social le ha suministrado atención desde mucho antes de la enfermedad hasta antes de la audiencia y continua, el legitimado activo ha ingresado en dicha casa asistencial ejerciéndose su derecho a la salud, en la Carta Magna, se establecen derechos y obligaciones, el Ministerio de Salud cumple con la obligación que tiene de garantizar que los medicamentos lleguen a los pacientes, tengan la suficiente calidad y sean seguros y eficaces para una enfermedad, por lo tanto el Ministerio de Salud hace observancia al Art. 226 de la Constitución de la República que no podemos hacer más de lo que nos permite la Constitución"; 7.2.5) En cuanto a la intervención de la Procuraduría General del Estado, a través de su defensa técnica AB. KATTY GENOVEVA ARGUDO AVENDAÑO, señaló en lo principal: "En el caso que nos ocupa, debo manifestar a la parte accionante mi solidaridad por lo que está pasando, por parte del Estado de ecuatoriano es nuestra obligación velar por la salud de todos los ciudadanos, sin embargo de lo dicho señor juez y de todo lo expuesto y de todo lo alegado por cada una de las entidades que se están defendiendo de la acción de protección tanto del IESS como del hospital Teodoro Maldonado Carbo, del Ministerio de Salud Pública y en este caso de la Procuraduría General del Estado, se demuestra que no existe una vulneración al Derecho a la salud, no existe una vulneración a la Seguridad Social y a la atención médica, en este caso se encuentra siendo atendido por parte del IESS, por cuanto ha recibido la atención médica que dentro de la capacidad la Institución le ha podido brindar, esta acción de protección tiene un antecedente de acuerdo a lo que señala en este caso la Abogada de la Defensa Técnica del Accionante, que ha habido un compromiso por parte del IESS de conseguir este medicamento, ese fue el compromiso firmado en agosto 16 del 2018 y de todos los documentos que han aportado se demuestra que ha habido el trámite para conseguir una partida presupuestaria para adquirir el medicamento, por lo que se ha evidenciado que ha habido una gestión, está siendo atendido el requerimiento del paciente, por lo tanto una violación al derecho a la salud, es completamente inexistente en este caso, el Ministerio de Salud también ha demostrado que este medicamento no se enmarca en el cuadro básico de los medicamentos y está dando otra alternativa inclusive de que el paciente debe de volver ya a la quimioterapia, lo cual debe ser analizado pues por el médico tratante, también se ha puesto en conocimiento del accionante, por lo tanto señor Juez no existe una violación al Derecho a la Salud y de toda la documentación aportada y de los derechos alegados, tratando de analizar para ver donde existe la violación al derecho a la salud del paciente, inclusive el artículo 88 que nos permite presentar una acción de protección, si analizamos este artículo 88 se refiere a la violación de los Derechos constitucionales de actos de la Administración Pública, de actos administrativos y la misma Constitución en su Art. 173 nos lleva a la vía expedita para la reclamación, en este caso sobre resoluciones o actos administrativos, que sería la vía Contencioso Administrativa y no la vía Constitucional, entonces por ese lado queda aclarado que no es la vía pertinente la constitucional para hacer este tipo de reclamaciones, más adelante nos señala este mismo artículo que cuando se encuentre en estado de insubordinación e indefensión, o discriminación, no se cumplen estas condiciones, de los documentos presentados se demuestra que si hay una gestión, que están preocupados que se están moviendo para poder obtener la medicina, de tal manera no existe violación del derecho a la salud, se ha cumplido el compromiso que ha dado la entidad en la Audiencia con la Defensoría del Pueblo, están dando cumplimiento, entonces señor juez sin más que decir yo solicito a nombre del Estado Ecuatoriano que esta acción sea declarada sin lugar por improcedente en virtud del artículo 42 numero 1, que nos señala que cuando los hechos de los hechos se desprendan que no existe una violación de derechos constitucionales, número 4 cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vida judicial salvo que se demuestre que la vía no sea la adecuada o eficaz y número 5 cuando la pretensión del accionante sea la vulneración de un derecho, que es la pretensión de la Defensa Técnica del accionante, su demanda está enfocada en la compra del medicamento, se ha demostrado por parte de las entidades accionadas que se está gestionando, se va a obtener una autorización, de la partida presupuestaria para la compra del medicamento, el paciente está siendo atendido, pues entonces de que estamos hablando aquí, usted es el único que puede decidir sobre esta causa". En réplica, indicó en lo principal: "Debo insistir señor juez con el compromiso que se dio el 16 de agosto del 2018 entre la Defensoría del Pueblo y el hospital Teodoro Maldonado Carbo quien se ha comprometido en la adquisición de la medicina, se ha incorporado la documentación con la que demuestran la preocupación, la gestión así como el trámite por parte del IESS y el Hospital Teodoro Maldonado, para conseguir la partida presupuestaria para la adquisición de la medicina, debemos recordar a la defensa técnica del legitimado activo, que existen normativas que cumplir por parte de las instituciones, que no se puede obviar, previo a adquirir un medicamento, se ha cumplido de agosto 16 ha octubre y dado que no ha pasado ni mucho tiempo, se ha gestionado de la manera más diligente en este caso para poder adquirir este

consentimiento en la compra de la medicación, aclarado esto debo también volver a hacer hincapié de que si hablamos de actos administrativos, la vía eficaz para presentar la impugnación de actos administrativos, sería la vía contencioso administrativo como lo establece la Constitución en su Art. 173 y la ley, tanto así que la acción de protección conforme lo determina la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional en su Artículo 40 nos indica los requisitos para que proceda la acción de protección, hacemos notar que la justicia constitucional no puede supra ponerse o soslayar la normativa ya establecida por la misma Constitución, de lo contrario sería catastrófico ya que existe una normativa a la cual debería ajustarse a este tipo de reclamación, sin embargo el Juez Constitucional debe revisarlo si existe o no una vulneración de derecho, pero en el caso que nos ocupa no existe vulneración del derecho a la salud, el señor se encuentra hospitalizado y ha sido atendido en cada una de las etapas de su enfermedad, el trámite ya ha sido gestionado por parte de las entidades, se ha indicado que existe una alternativa de que si no existe el medicamento existe la quimioterapia, tampoco el accionante no ha demostrado a través de los médicos lo que alega en cuanto al tratamiento, el art. 9 de la misma ley es muy claro, nos indica que no solo hay que alegar la vulneración, sino que demostrarla, lo que pretende el accionante es que se compre el medicamento lo cual ya se está gestionando, ha habido un compromiso con la Institución demandada que en este caso en agosto 16 ha demostrado que lo ha cumplido de tal manera no ha habido una vulneración al derecho a la salud del afiliado, solicito de que la acción cae en la improcedencia determinada en el Art. 42 numero 1, 4 y 5 inadmira esta acción y declárela sin lugar"; 7.2.6) Intervención del Juez A quo, quien consultó: "Corresponde en este caso que el suscrito haya llegado al convencimiento si hay la existencia o no de la vulneración de un derecho, por lo que realizó las siguientes preguntas a las partes. El Juez consultó sobre la no comparecencia a la Audiencia del Dr. Luis Unda Vernelle, indicándose por parte de la entidad accionada el Hospital Teodoro Maldonado Carbo que no podrían precisar la fecha de su regreso de vacaciones. - P.- Accionante, indique la necesidad de la comparecencia del Dr. Luis Unda Vernelle, para la Audiencia?. R.- Para que emita su criterio médico ya que no soy médico y justamente es quien señala como Jefe de la Unidad de Oncología y suscribió un memorando indicando que no existe otra alternativa terapéutica y es parte del comité de Oncología, siempre hemos solicitado las comparecencias de los médicos, pero siempre no comparecen; el memorando consta dentro del expediente; P.- Ab. del Hospital Teodoro Maldonado Carbo: Cuándo se dio inicio al trámite de la partida presupuestaria para adquirir este medicamento? R.- Hoy se solicitó al Departamento Financiero, según la certificación de la Jefatura de Compras Públicas; P.- Según su conocimiento en cuanto al trámite que tiempo se estima? R.- Es un procedimiento de ínfima cuantía rápido 24 a 48 horas; P.- Pero esto solamente como un trámite de emergencia? R.- Dentro de la Medida Cautelar, usted ordenó que se adquiriera la medicina para el tratamiento, para nosotros este tratamiento representa una cantidad de 22.000 dólares tiene que hacerse el procedimiento del régimen especial, para la adquisición, pero el requerimiento que haciendo un alcance a la solicitud la Jefatura pidió a compras públicas de que se haga al menos una compra para un mes por ínfima cuantía que es lo que horita se está adquiriendo, que es lo más rápido que se puede hacer; P.- Ab. del Ministerio de Salud Pública, que tiempo tiene estimado el trámite en la institución; R.- Este trámite pasa por diferentes etapas en el Ministerio de Salud, como es el del Comité de Investigación, la Secretaría de Inteligencia, pasa por dos o tres niveles medios que informan sobre la pertinencia; P.- En qué etapa se encuentra ahora? R.- Ahora en ninguna etapa, porque ya fue negado; P.- Este trámite u otro similar? R.- Si es el mismo medicamento es igual para todos; P.- Es decir sería un trámite inoficioso? R.- Si, fue negado para otro paciente, ya que ese medicamento no cumple con la eficacia ni la evidencia científica; P.- Se determinó con relación a ese paciente o se habló en términos generales? R.- Todo va en base por pacientes"; 7.3) Con fecha Guayaquil, jueves 8 de noviembre del 2018, las 13h53, el Abg. Ángel Luis Moya Cedeño, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes del cantón Guayaquil, provincia del Guayas, emitió sentencia por escrito, en los términos siguientes: "(...) el suscrito Juez de esta Unidad Judicial ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve ADMITIR la Acción de Protección con Medidas Cautelares Constitucionales deducida por CARLOS GERMAN REYES TUMBACO, en contra de: Doctora María Verónica Espinosa Serrano, Ministra de Salud Pública, o de quien haga sus veces; Dra. Mariana Italia Pihuave Nacif, Coordinadora Zonal 8 del Ministerio de Salud, o de quien haga sus veces; Esp. Carlos Alberto Vallejo Burneo, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, o de quien haga sus veces; Magíster Jefferson Franklin Gallardo León, Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-Guayas, o de quien haga sus veces; y, Dr. Luis Jairala Zunino, Gerente General Del Hospital de Especialidades Dr. Teodoro Maldonado Carbo Del IESS, o de quien haga sus veces. Como medida de reparación integral se dispone que el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS y/o Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Guayas, cumplan en forma inmediata el procedimiento de compra de ínfima cuantía, para la adquisición y entrega al accionado, el medicamento NEXAVAR 200 MG (SORAFENIB) tal y como le fue prescrito por el médico tratante, están obligados para el cumplimiento el Gerente General del Hospital de Especialidades Dr. Teodoro Maldonado Carbo del IESS. De su cumplimiento deben informar los accionados a esta judicatura hasta dentro de treinta días. Como medida de no repetición, en vista de la gravedad de la enfermedad y de la inexistencia de otro medicamento que sirva para el tratamiento de la enfermedad que padece el accionado se autorice la adquisición del medicamento NEXAVAR 200 MG (SORAFENIB) que no constan en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, la Dirección Nacional de Medicamentos y Dispositivos Médicos DNMDM, inmediatamente emita el respectivo informe favorable de eficacia y seguridad, ya que tal y como lo ha determinado el médico tratante del accionado respecto a que el medicamento NEXAVAR 200 MG (SORAFENIB) es el indicado para el tratamiento del accionante, por lo que el Ministerio de Salud Pública deberá en forma inmediata realizar el trámite correspondiente para que el medicamento referido sea agregado al Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos CNMB. Esta medida debe cumplirse dentro del plazo máximo de treinta días, y es obligación de los servidores o funcionarios públicos destinatarios informar a esta judicatura su cumplimiento, bajo prevenciones de ley.- Ejecutoriada esta sentencia, dese cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 25 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. - Actúe la Ab. Mónica Valdez Almeida en calidad de Secretaria de esta Unidad Judicial.- NOTIFÍQUESE" (fojas 408 a 416Vta.); y, 7.4) Al no estar de acuerdo con la

Sentencia en referencia, los accionados: a) Dr. Jefferson Franklin Gallardo León, en su calidad de Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); y, b) Dr. Luis Enrique Jairala Zunino, Gerente General (e) del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); interponen recursos de apelación, conforme consta a fojas 473 a 474; y, 488 a 489Vta., respectivamente; los mismos que fueron admitidos, conforme consta a fojas 491 y 502.-OCTAVO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LA RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS, RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN Y MOTIVACIÓN O RATIO DECIDENDI: 8.1.- Según la jurisprudencia desarrollada a través de nuestra Corte Constitucional, máximo organismo de justicia constitucional en el Ecuador, ha señalado que la acción de protección procede cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no una vulneración de un derecho constitucional; este análisis se realiza bajo un análisis de los hechos y las pretensiones del actor para de esta forma poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria (Corte Constitucional, Sentencia No. 016-13-SEP-CC del 16 de mayo del 2013, caso No. 1000-12-EP). Según nuestro ordenamiento jurídico, la parte actora tiene la obligación de acudir a esta garantía constitucional únicamente cuando considera que se ha vulnerado un derecho reconocido constitucionalmente, pero es deber de los jueces determinar de forma argumentada si la solicitud a este derecho es susceptible de acción de protección; siendo un deber del juzgador controlar el uso de la acción de protección, a fin de distinguir la materia controversial. En el presente caso se puede identificar que la pretensión del accionante, es que: "1.- Luego del trámite pertinente, en sentencia constitucional debidamente motivada se declare que los legitimados pasivos de la presente acción, han vulnerado los Derechos Constitucionales a la salud, a una vida digna y a la seguridad social, y los principios de atención preferente y protección especial para las personas de atención prioritaria, del ciudadano CARLOS GERMAN REYES TUMBACO. 2. Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de la Coordinación Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud del Guayas y el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, procedan a adquirir de manera inmediata y entreguen el medicamento NEXAVAR 200 MG (SORAFENIB) al paciente CARLOS GERMAN REYES TUMBACO, en la dosis y con la frecuencia prescrita por sus médicos tratantes y a generar de inmediato los ajustes necesarios, para superar cualquier situación que interfiera con la atención integral y de por vida del referido ciudadano. El IESS, no podrá alegar la necesidad de autorización de Ministerio de Salud Pública. 3. Que el Ministerio de Salud Pública no genere ningún obstáculo al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la adquisición y entrega del medicamento Sorafenib de 200 MG, al paciente CARLOS GERMAN REYES TUMBACO. 4. Que se le pidan al ciudadano CARLOS GERMAN REYES TUMBACO, las debidas disculpas públicas, publicando la sentencia en la página web de los legitimados pasivos, por un periodo de 6 meses. 5. Que como garantía de no repetición, se disponga que el Hospital Teodoro Maldonado Carbo, bajo ningún concepto se abstenga de adquirir, prescribir y entregar las medicinas que de acuerdo a sus médicos tratantes, el paciente CARLOS GERMAN REYES TUMBACO, requiera para la atención integral de su salud y en caso de no poseerlas se los derive al prestado externo que requieran". En este sentido, el Tribunal, pasa analizar si en efecto existe o no vulneración de los mismos. 1.- EL DERECHO A LA SALUD COMO UN DERECHO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO Y JUSTICIABLE:- a) Nuestra norma suprema, al declarar a nuestro país como un Estado constitucional de Derechos y Justicia, rompe con el paradigma anterior, y consagra la integración de la norma suprema en todas las esferas, y su plena y directa exigibilidad, pues establece como principio la integralidad de la protección de los derechos, superando aquella clasificación de derechos por generaciones, donde ciertos derechos constitucionales era de aplicación y exigibilidad directa, mientras que otros tenían un desarrollo progresivo, y otros eran básicamente meros enunciados teóricos; pero nuestra norma claramente señala: "Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía" (Art. 11, numeral 6) y que "3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte"; b) La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 3, numeral 1, atribuye como deber del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes, norma que concuerda con el Art. 32 ibídem, que establece que la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. Preceptúa que el Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. Además ordena 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; c) La Organización Mundial de la Salud (Preámbulo de la constitución de la OMS), ha definido a la salud como: "un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades", y nuestro Art. 3 de la Ley Orgánica de la Salud señala: "Art. 3.- La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables"; d) La Corte Constitucional (SENTENCIA No. 364-16-SEP-CC, Caso No. 1470-14-EP) con relación al derecho a la salud, ha señalado su complejidad y la manera cómo debe ser entendido: "En este orden de ideas, el derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que, implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas