

**SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA, ADOLESCENTES
INFRACTORES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS**

No. proceso: 09208-2019-04774
No. de Ingreso: 1
Acción/Infracción: ACCIÓN DE PROTECCIÓN
Actor(es)/Ofendido(s): VELASTEGUI ARROYAVE TONIO MARIO
Demandado(s)/Procesado(s): DAVID ALEXANDER RUALES MOSQUERA
SUSANA SUMOY ESTEVEZ DIAZ
MARIA VERONICA ESPINOZA SERRANO
JULIO LOPEZ
ABRAHAM EDUARDO BEDRAN PLAZA
PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO
DR. LUIS ALBERTO UNDA VERNELLE
JURADO BAMBINO JOSE FADUL

Fecha	Actuaciones judiciales
07/01/2021	SENTENCIA 10:20 VISTOS: La causa sube en grado para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionado, el señor Mgs. José Fadul Jurado Bambino, en calidad de Gerente General (e) del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de la sentencia dictada en el proceso constitucional de acción ordinaria de protección con medidas cautelares N° 09208-2019-04774 , notificada por escrito el 08 de agosto del 2019 a las 15h09, sentencia que obra de fojas 274 a 285 del cuaderno de primer nivel; en consecuencia, el recurso ha sido propuesto dentro del término de ley respectivo. Elevados los autos, radicada la competencia en esta Sala mediante el sorteo de Ley, y, habiendo escuchado a los sujetos procesales en audiencia de estrado. Para resolver se considera: PRIMERO-COMPETENCIA. Los suscritos Jueces Provinciales de esta Sala Única Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas: AB. LENIN ERNESTO ZEBALLOS MARTÍNEZ (ponente), AB. RICARDO HUMBERTO JIMÉNEZ AYOVI Y AB. MARIANELA LEIDE PINARGOTE VALENCIA , de conformidad con lo prescrito en los Arts. 86, 88, 167, 168 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo determinado en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y por el sorteo de ley, somos competentes para conocer y resolver el recurso de apelación de la sentencia dictada en Primer Nivel. SEGUNDO-VALIDEZ PROCESAL: En la tramitación de la causa se han respetado y considerado los derechos y garantías constitucionales y legales, por lo que, se ratifica la validez del proceso. TERCERO-ANTECEDENTES: El 10 de junio del 2019, la Dra. Alexandra Loor Galarza, médico tratante del ciudadano Tonio Mario Velastegui Arroyave, extiende certificado médico en que prescribe el medicamento de segunda línea AXITINIB, fármaco que no se encontraba dentro del cuadro básico. El 17 de junio del 2019, la Defensoría del Pueblo, a través de su representante zonal, Ab Patricia Mendoza Loor, convoca a reunión de trabajo, solicitando la presencia de: “[...] la o el Representante de la Coordinación Zonal 8 de Salud del Ministerio de Salud Pública (o sus

delegado (a)s); al Representante del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (o a sus delegado (a)s); a la Gerente del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo (o a sus delegados); al o la Coordinador (a) Provincial de Prestaciones de Seguro de Salud; y, al Médico Especialista Tratante del paciente...”, convocatoria realizada para el día 24 de junio del 2019 a las 10h00; en relación, de fojas 51 a 53 consta el extracto de la reunión convocada y de la que se desprende que como objetivo tuvo: “Conocer la importancia del medicamento AXITINIB, de manera oportuna e inmediata para el tratamiento del paciente TONIO MARIO VELASTEGUI ARROYAVE, para que pueda ser adquirido por parte del Hospital de Especialidades “Teodoro Maldonado Carbo”- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, previo autorización del Ministerio de Salud Pública debido a que este medicamento no se encuentra dentro del Cuadro Nacional Básico de Medicamentos.” La Dra. Alexandra Loor, en su intervención manifestó, entre otras cosas que: “[...] conozco al paciente desde el año 2007, con cáncer al riñón del lado derecho, **recibió tratamiento con interferón a dosis convencional, solo recibió tres meses porque ocurrió una toxicidad hepática** y estuvo bajo control en el año 2016 le encuentro una masa tumoral en el pulmón lado derecho, **cáncer riñón** y se propone tratamiento, pero él lo inició en mayo de 2016, sus evaluaciones fueron bastante buenas y se mantenía. En este año 2019 el paciente presentó una lesión a nivel del dedo anular de la mano izquierda, **le hice una biopsia y le salió metástasis de carcinoma de riñón**. Con esto lo presenté al comité y viendo que **el paciente dejó de progresar con la primera línea de sunitinib** se debe presentar una nueva línea de medicamentos. Pero **no tenemos nada más que ofrecerle, entonces se propuso Axitinib como segunda línea, pero debemos cumplir con los procedimientos**. El 18 de junio se emitió el anexo 1, luego esto va al comité de farmacoterapia quien lo autoriza y sigue el órgano regular, luego al Ministerio de Salud Pública, pero **hasta que el Ministerio conteste no tengo que otra droga proporcionar al paciente, esto acarrearía la desmejoría de su salud y que la enfermedad avance mucho más rápido, que quede claro que en el cuadro de medicamentos básicos no hay ninguna otra droga que pueda ofertar.... Es importante el medicamento porque si no lo toma hay un deterioro en su calidad de vida, un avance de la enfermedad. 2. De no suministrarse dicha medicación acelera el proceso de fallecimiento. 3. No existe otra alternativa dentro del cuadro básico...** No tengo conocimiento de cuántas personas requieren de este medicamento. Debo señalar que **los anexos son una pérdida de tiempo porque desde el 2017 se envían anexos 1 de varios medicamentos y no se obtiene respuesta.** (Resaltado es nuestro). El representante del Director Provincial del Guayas, expresó: “[...] tan pronto como salga la evaluación de Farmacoterapia se iniciará la solicitud al MSP”; acto seguido, interviene la representante de la Coordinadora Zonal 8 que señaló: “[...] una vez que la Dra. ha hecho el informe médico, debemos esperar a que llegue a la ciudad de Quito, a la subsecretaría de Gobernanza de la Salud para que indiquen si se justifica o no la compra de la medicina.” Por su parte, el señor Tonio Mario Velastegui Arroyave, expresó: “[...] Requiero que ante la visible vulneración de mi derecho constitucional se tomen todas las medidas que fueran posibles con el objeto de que no se continúen violentando mis derechos y que por la burocracia que

caracteriza al sistema de salud no tenga que seguir pasando yo consecuencias nefastas...” A foja 54 consta Memorando Nro. IESS-HTMC-JUTON-2019-0540-M en que la Dra. Alexandra Loor, médico tratante, con relación a la reunión de trabajo mantenida con la Defensoría del Pueblo, en lo pertinente afirmó: “[...] Al momento no hay nuevas drogas en el cuadro básico para el cáncer renal metastásico que progresa bajo tratamiento con sunitinib.” A foja 55, obra Memorando Nro. IESS-HTMC-JUTON-2019-0580-M en que la Dra. Alexandra Loor remite la lista de pacientes diagnosticados con cáncer de riñón metastásico progresado a segunda línea y que requirieron AXITINIB. De fojas 56 a 58, mediante Memorando Nro. IESS-DPG-2019-1686-M de fecha 05 de julio del 2019, el Ab Abraham Bedrán Plaza Director Provincial del Guayas (IESS), apoyado en el Acuerdo Ministerial 158-A-2017 expresó: “[...] que el Hospital Teodoro Maldonado se encuentra realizando las acciones necesarias para la solicitud de autorización, en los términos que nos refiere la normativa. No corresponde a esta Dirección Provincial efectuar los trámites señalados en el Acuerdo Ministerial 158-A-2017, pues estos se efectúan desde cada uno de los respectivos establecimientos de salud de la red pública.” El 25 de julio del 2019, a las 11h53, de fojas 189 a 196, 188 anexos, el ciudadano Tonio Mario Velastegui Arroyave con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo interpone acción de protección con medida cautelar en contra de: Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Gerente General del Hospital de Especialidades Dr. Teodoro Maldonado Carbo; la Ministra de Salud; el Coordinador Zonal 8 del Ministerio de Salud Pública; el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-Guayas y se solicitó que se cuente con la presencia del delegado de la Procuraduría General del Estado. El 30 de julio del 2019, a las 15h18, la Dra. Patricia Alume Jaramillo en calidad de jueza encargada, avoca conocimiento de la presente acción de protección, la admite a trámite y de forma motivada decide conceder la medida cautelar requerida por el accionante de esta acción. De fojas 274 a 285, con fecha 8 de agosto del 2019, la señora jueza a quo, mediante sentencia escrita declara procedente la acción de protección interpuesta, disponiendo que el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del IESS “[...] deberá de adquirir la droga compuesta por AXITINIB y suministrársela al paciente, accionante y afectado Sr. TONIO MARIO VELASTEGUI ARROYAVE, conforme al tratamiento prescrito por la médico tratante Dr. Alexandra Loor Galarza, esto es, en las dosis y con la frecuencia indicada por los estándares internacionales fijados para el efecto... Por ser lo procedente, se establece como medida de no repetición: A efectos de garantizar que no se repita la vulneración que ha dado motivos para declarar con lugar la presente acción constitucional, dentro del término judicial de 5 días, cumpla el Hospital de E. Teodoro Maldonado Carbo del IESS, en informar al suscrito, sobre las identidades DE LOS PACIENTES QUE AL 25 DE JULIO DE 2019 se encontraban en IDÉNTICA SITUACIÓN a la de la accionante y para quienes aún se requiera el suministro y tratamiento con AXITINIB; con la finalidad de disponer que también se proceda a beneficiar con el tratamiento respectivo a tales ciudadanos. Se deja constancia expresa de que los requisitos para que se incluya a determinado paciente en aquel listado son los siguientes: i) Que sea paciente con cáncer en metástasis debidamente diagnosticado, ii) Que se

encuentre, cuando menos, en su primera progresión o reaparición de la enfermedad, resultando necesario aplicarle AXITINIB.” El 12 de agosto del 2019, la Dra. Susana Esteves Díaz, en calidad de Gerente General (e) del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) interpone Recurso Horizontal de aclaración y ampliación de la sentencia emitida. A foja 326 del cuaderno procesal de primer nivel, consta escrito en que el Dr. Héctor Torres Soto, en calidad de Gerente General (e) del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) informa: “[...] que hemos procedido con el trámite pertinente para el inicio del procedimiento de contratación.” El 26 de septiembre del 2019, consta escrito presentado por el Mgs. Abraham Bedrán Plaza Director Provincial del IESS-GUAYAS en que informa: “se confirma la adquisición del medicamento AXITINIB sólido oral 5mg., y copia del despacho por farmacia de la entrega del medicamento AXITINIB sólido oral 5mg., al Sr. VELASTEGUI ARROYAVE TONIO MARIO, con lo que probamos que estamos cumpliendo por parte de la Institución que presido, con la Sentencia dentro de este proceso.” El 06 de marzo del 2020, en relación al pedido de aclaración y ampliación presentado, la Dra. Rosario Berón Palomeque manifiesta que: “[...] En el presente caso la sentencia emanada es clara, concreta y precisa en cada uno de sus puntos resolutive, por lo que se rechaza el recurso horizontal interpuesto.” De fojas 363 a 365, consta interposición del recurso de apelación por parte del Mgs. José Jurado Bambino en calidad de Gerente General (e) del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), recurso que fue admitido a trámite en fecha martes 17 de marzo del 2020, a las 08h35. **CUARTO:** En la respectiva audiencia de esta instancia se realizaron las siguientes intervenciones: **Intervención de la parte accionante:** Ab. Rossy Barros Choez, servidora pública de la Defensoría del Pueblo: El legitimado activo también es abogado, él presentó el escrito en que solicitó audiencia de estrado. En este sentido, se ha solicitado la audiencia de estrado con la finalidad de que el tribunal conozca los pormenores de esta acción y se ratifique la sentencia dictada por el juzgado inicial, los hechos del caso son los siguientes. El señor Tonio Mario Velastegui Arroyave es una persona adulta mayor con el 49% de discapacidad física, porque presenta un cáncer al pulmón, este cáncer fue diagnosticado en el año 2013, él es afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por lo tanto ejerce su derecho a la salud a través de las prestaciones que le brinda el hospital Teodoro Maldonado Carbo. Resulta que, en el año 2018, al él estar suministrándose el medicamento SUNITINIB, su médico tratante la doctora Alexandra Loor le manifiesta que la enfermedad sigue progresando, que el medicamento ya no está surtiendo efecto, por lo tanto, se le recomienda que acceda al medicamento AXITINIB, este medicamento se encuentra fuera del cuadro de medicamentos básicos, no obstante por ser una persona con discapacidad y porque no hay en stock otro medicamento el señor acude a la Defensoría del Pueblo. La Defensoría del Pueblo, de acuerdo a sus atribuciones contempladas en el artículo 215 de la Constitución de la República convoca a una reunión de trabajo al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y al Ministerio de Salud Pública así como a la médico tratante con la finalidad de conocer qué función va a cumplir

este medicamento, qué sucede si no se le suministra este medicamento, qué riesgos corre la salud y la vida del señor Tonio Mario Velastegui, la médico tratante doctora Alexandra Loor señaló que de no suministrársele el medicamento de segunda línea AXITINIB la enfermedad progresaría, su salud evidentemente desmejoraría. En la reunión de trabajo no hubo acuerdos, se recabó información donde el Hospital Teodoro Maldonado señaló que se encontraba realizando el trámite de anexo 1 para obtener la aprobación de la adquisición del medicamento; sin embargo, la médico tratante señaló que no se podía esperar y que habría que suministrarle el medicamento. Se presenta la demanda de acción de protección con medida cautelar y la jueza de primer nivel concede la medida cautelar en el mes de junio del 2019, del mes de junio del 2019 hasta la audiencia final, la audiencia de acción de protección que se llevó a cabo en el mes de agosto del 2019, se lleva a cabo la audiencia de acción de protección y en la audiencia la jueza resuelve concederle la acción de protección y dictarla con efecto inter pares, por qué, porque no solamente se va a beneficiar al señor Velastegui, se benefician todos los pacientes que tienen la misma patología que se encontraban en ese momento en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo. Desde esa fecha hasta la presente al señor se le ha venido entregando el medicamento; no obstante, se ha solicitado y a efectos de que se siga tutelando el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, así como la atención prioritaria y especializada por ser una persona con discapacidad se ratifique la decisión tomada por el juez inicial señores miembros del tribunal. **Intervención del Abg Diomedes Erazo Buenaño en representación del Hospital Teodoro Maldonado Carbo:** El Ecuador es un Estado constitucional de derechos, el cual impera actualmente, en virtud de ello el artículo 82 en concordancia con el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial establecen con precisión el derecho a la seguridad jurídica la misma que se fundamenta en el respeto a la Constitución, a la existencia de normas jurídicas previas, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. En ese sentido señor Juez el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece de que la interposición del recurso no suspende los efectos de la sentencia. En este caso la parte accionada ha venido dando estricto cumplimiento a la sentencia emitida por el juez a quo donde se dispone la adquisición del medicamento AXITINIB, en todo caso se ha presentado los elementos probatorios, es decir, los informes respectivos tanto al juez que conoció en primera instancia como también aquí a ustedes señores jueces de la Sala con escrito de fecha 10 de septiembre del 2020 se presentó los elementos, es decir los informes dando a conocer de que hemos venido cumpliendo la sentencia dentro de este caso, es más señor juez, se han realizado tres procesos de adquisición de contratación pública, como ustedes conocen el Teodoro Maldonado Carbo es un hospital que pertenece al sector público, por lo tanto está sujeto al principio de legalidad, es decir, nosotros no podemos obviar procedimientos internos o de contratación pública y por lo tanto en ese sentido hemos realizado todos los requerimientos, hemos perfeccionado los contratos, e inclusive con fecha 20 de julio se suscribió el contrato Área Médica número HTMC-088-2020 del proceso régimen especial HTMC-014-2020 donde se ha entregado el medicamento a la parte accionante, es decir se ha provisionado al hospital con este medicamento y por lo tanto no existiría en este caso los

elementos o el fundamento para subsistir en este caso la vigencia tanto de la medida cautelar como en este caso la vulneración de derecho que en su momento fue considerado por el juez de primera instancia. Señor juez, de conformidad con el artículo 26, 27 ya las medidas cautelares no tendrían o estaría cumpliendo su finalidad porque en este caso se evitó esa amenaza de vulneración de derechos... Al haber dado estricto cumplimiento a la sentencia, en este caso ya no estaríamos inmersos en la presunta violación de derechos, por lo tanto ya, no cumpliría los requisitos del artículo 40 y recaería en improcedencia de la acción en virtud del artículo 41 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es más señores jueces, la misma médico tratante ha informado de que con el medicamento entregado el paciente se encuentra en óptimas condiciones, sabemos, conocemos que es un tema de cáncer que no va a tener un tratamiento radical o una superación al tema de la salud pero el hospital está cumpliendo a pesar de los diferentes factores críticos de éxito que ha impedido que los procesos de contratación, una porque el medicamento estaba fuera del cuadro nacional básico, otra porque como entidad pública estamos sometidos a un principio de legalidad, tenemos que cumplir procedimientos de contratación pública sujetos a la Ley Orgánica de Contratación Pública, un cronograma de proceso, tenemos que, a pesar de aquello, que publicamos los procesos, tenemos falta de oferentes por que el hospital requiere cierta cantidad de medicamentos para provisionarse pero lamentablemente no tenemos ofertas, no se presentan oferentes en virtud de que por el tema de la pandemia, un tema de conmoción internacional, están limitadas las importaciones, están limitados los procesos de desaduanización, entonces la institución requiere provisionarse de medicamentos en determinados plazos pero los oferentes dicen no participo porque si participo no voy a poder entregar en el plazo que me dicen y acarreo una multa, puede considerarse contratista incumplido, contratista fallido, entonces esa es la parte colateral de la situación que está sucediendo en el hospital. En virtud de todo este escenario lo que nosotros podemos informar a ustedes como autoridades es que hemos dado cumplimiento a la sentencia y en su momento se apeló porque verdaderamente no se consideraron ciertos elementos expuestos por la parte accionada y en virtud de aquello se emitió la referida sentencia. **Intervención del Abg. José García Altamirano en representación del Ministerio de Salud Pública:** Debo manifestar que la última regulación, la última actualización del cuadro básico nacional de medicamentos se dio el año pasado en octubre de 2019, este medicamento a la vez, en la actualidad no se encuentra dentro del cuadro nacional básico de medicamentos, sin embargo, el Ministerio de Salud en reformas que ha realizado a la normativa fiscal en este tipo de situaciones cuando un medicamento es judicializado lo incluyen para comprarlo en esa pretensión exclusiva, este medicamento se encuentra judicializado y así lo han manifestado a través de memorando MSP-SNSSP-2020 del 5 de noviembre del 2020 en una contestación realizada. **RÉPLICA. Legitimado activo:** En este momento es necesario señalar que evidentemente estamos ante la intervención de un recurrente que no ha señalado porque la sentencia es inmotivada o porque se requiere la revocatoria de la sentencia, ya la Corte Constitucional ha determinado cuáles son los parámetros y esa explicación no la hemos tenido como primer punto. Como segundo punto, la jueza a quo

lo que hace es tutelar los derechos como ya se explicó, declarando con lugar la acción de protección, garantizando los derechos a ciudadanos con la misma patología que se están haciendo chequear en el hospital Teodoro Maldonado Carbo, por qué, por el principio de atención prioritaria y especializada hacia personas con enfermedades catastróficas, de revocarse esta sentencia no solo se afectan los derechos del señor Velastegui, que es quien ha accedido a la justicia a través de la Defensoría del Pueblo, se afectan los derechos de todas las personas que padecen el mismo cáncer y que están dentro del hospital Teodoro Maldonado Carbo, entonces por qué, porque no consta el medicamento dentro del cuadro de medicamentos básicos, si esta sentencia se revoca, mañana, el próximo mes el señor Velastegui ya no recibe el medicamento, y no solo el señor Velastegui, todos los pacientes que padecen la misma enfermedad, entonces no tenemos como Defensoría del Pueblo otro argumento además que el señor Velastegui no se encuentra aquí presente, pero ustedes podrían chequear el expediente, al señor le ha mejorado la salud evidentemente y la misma médico tratante a través de su historia clínica lo hace conocer, entonces al revocar una sentencia así sería atentar contra la salud y la vida del señor Velastegui y los demás pacientes que padecen esta enfermedad, además de que el recurrente no ha motivado porque apeló a la sentencia o porque la sentencia se encuentra inmotivada. **RÉPLICA. Legitimado pasivo:** Sin perjuicio de que hemos venido cumpliendo la sentencia el Hospital está gestionando, está impulsando el ingreso del medicamento al cuadro nacional, aquí están los documentos, esto remitió la coordinadora nacional de medicamentos donde hace una pequeña observación y hay que enviar nuevamente el formulario, pero ya el anexo 1 ya está allá en Quito, entonces estamos gestionando porque no solamente es un paciente, son varios pacientes y nosotros tenemos que provisionar, garantizar ese derecho a la seguridad social, a la vida y a la igualdad. **Intervención del Abg. Franklin Sánchez Medina, comparece a nombre del Director Provincial del IESS:** Señores jueces, en la audiencia de acción de protección en el primer nivel el Seguro Social, tanto el hospital como la Dirección provincial, es uno solo, en una sola defensa unánime se dijo que jamás se había violado el derecho a la salud del accionante, porque siempre se le ha dado los medicamentos la salud, los exámenes, atención médica por parte del hospital, cuál fue el inconveniente, que cuando ya el señor, la enfermedad evolucionó un poco más, necesitó de un nuevo medicamento, que lamentablemente no estaba y no está todavía en el cuadro básico para ser adquirido, entonces eso que requería que como Seguro Social había que cumplir con las disposiciones del Ministerio de Salud y en base al acuerdo 158 que da los parámetros a seguir para que se apruebe la adquisición de un medicamento que no está en el cuadro básico y eso lleva su tiempo, en resumen el médico tratante debe pasar un informe al director de salud del hospital y este al gerente general, hay una reunión entre médicos, luego pasa al Ministerio de Salud para que ellos lo analicen y aprueben, y después viene la compra. Eso realmente se lleva su tiempo, pero eso no era culpa del Seguro Social, eso está en la ley y había que cumplirla, la seguridad jurídica, entonces ese fue el objetivo o digamos el motivo por el cual se demoró en la adquisición del medicamento, y ese fue el fundamento que nosotros expusimos que como seguro social nunca se había violado el derecho a la salud y ese fue el motivo de nuestra

apelación, a tal punto que la misma abogada defensora pública acaba de decir que el seguro social ha cumplido y también ha manifestado lo que estoy diciendo yo que es el motivo de nuestra defensa en primera instancia. Ahora bien, apelamos a la situación porque no se consideró lo que nosotros presentamos como argumentos, no se consideró en la sentencia y apelamos de la sentencia recurrida. Cuál es el motivo de nuestra presentación, ya no hay que ahondar más porque ya lo han dicho, se ha cumplido con lo dictado en la sentencia. Actualmente se ha iniciado el trámite para que ese medicamento sea ingresado al cuadro básico y también a la fecha el seguro social ha cumplido y está cumpliendo con la entrega de medicamentos no solamente al accionante sino a otros pacientes que tienen la misma enfermedad pero que cumpliendo con la norma jurídica en base a las compras por medio de procesos de compras públicas, que lleva su tiempo, y por esa razón, por los argumentos que se expusieron en la audiencia y que no fueron considerados en la sentencia, que el seguro social nunca violó ningún derecho constitucional y ahora que ya está probado y que se ha cumplido con la sentencia es que pedimos la revocatoria señor juez, porque el seguro social en ningún momento ha incumplido, ni en la compra ni en la entrega del medicamento, tanto para el accionante como para otros enfermos que tienen la misma patología. **En este estado por el Ministerio de Salud Pública interviene el Ab José García Altamirano**, que manifiesta: Existe ya sentencia de la Corte Constitucional respecto al derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces donde la Sentencia 679-18-JP y acumulados están las reglas de todos estos casos, debo manifestar que el Ministerio de Salud no es recurrente dentro de este proceso, nosotros no apelamos de la sentencia por cuanto no existe una vulneración por parte del Ministerio toda vez que dentro del proceso que ustedes conocerán se evidenciará que nosotros éramos un ente autorizador en ese momento, cuando se presenta esta demanda el 25 de julio del 2019 el IESS aún no había remitido los documentos al Ministerio de Salud y lo hace con fecha 30 de julio del 2019 de acuerdo al Acuerdo Ministerial 159 numerales 2 y 7 establecían los presupuestos y los tiempos para poder hacer esto, es por este sentido que el Ministerio de Salud una vez que se dictara la sentencia, ustedes podrán revisar la reparación material del daño ordena al hospital a que compre ese medicamento y el ministerio se pronuncia al respecto de acuerdo a su normativa que no podemos autorizar o desautorizar porque ya ha sido autorizado por el ente judicial, es por eso que el ministerio se abstiene de un pronunciamiento técnico al respecto del AXITINIB que es donde nos encontramos en este momento. **Intervención de la Ab Sara Maridueña Orellana a nombre y en representación de la Procuraduría General del Estado:** La Procuraduría no apeló de la resolución porque ya estos casos han sido repetitivos, nosotros tenemos la obligación de patrocinar las causas en las que el Estado se encuentre como demandado pero en especial atención las que no tienen personería jurídica como el Ministerio de Salud, como ellos lo han mencionado no recurrieron de la sentencia y únicamente lo que tengo pues que manifestar, por economía procesal es que, en la primera instancia lo que se manifestó es que no se había realizado una vulneración de derechos porque lo que había ocurrido es que se han seguido los procedimientos, más que nada en el derecho a la salud como tal es un tema tan sensible y especializado que no se puede

entregar medicamentos sin una valoración previa, sin cumplir con el procedimiento previo y adicionalmente el tema de la contratación pública es un tema también que se encuentra inclusive mediático, que no se pueden eludir los procedimientos de contratación pública en general, entonces no ha sido en este caso intención vulnerar el derecho constitucional, sino únicamente cumplir tal como lo manifiesta la Constitución y la ley. Previo a finalizar la audiencia, los recurrentes, en forma unánime solicitan se ratifican en solicitar la revocatoria de la sentencia recurrida. **QUINTO-CONSIDERACIONES JURÍDICAS:** Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, nuestro país se convirtió en un “Estado constitucional de derechos y justicia”, de lo que destaca la protección de los derechos fundamentales de todo ciudadano, aquellos inherentes a su dignidad humana. Siendo así, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto a las garantías jurisdiccionales en su artículo 6 define su finalidad: *“Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.”* Entre las garantías jurisdiccionales creadas por el legislador se encuentra la Acción de Protección, cuyo objeto se encuentra definido en el Art. 88 de la norma suprema que expresa lo siguiente: *“...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...”* El Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional indica: *“...La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena...”*. En tal sentido, esta acción nace y existe para proteger los derechos constitucionales, por lo que tal como ha señalado la Corte Constitucional en sus decisiones el papel que cumplen los jueces constitucionales es sustancial, en tanto nos constituimos en los actores protagónicos de la protección de derechos (Sentencia No. 146-14-SEP-CC), por lo que conforme lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias Nos. 016-13-SEP-CC, 041-13-SEP-CC, 063-14-SEP-CC, 102-13-SEP-CC entre otras, el análisis que resuelva una acción de protección tiene que encontrarse encaminado a verificar si en el caso concreto se vulneraron o no derechos constitucionales. Por lo que corresponde a esta Sala en función de una argumentación adecuada, determinar si el acto impugnado vulneró o no derechos constitucionales. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No.

034-16-SEP-CC dictada dentro del caso No. 103-13-EP, determinó que: *“Por consiguiente, conforme lo señalado por este Organismo en las sentencias Nros. 146-14-SEP-CC y 175-14-SEP-CC, la acción de protección es una garantía amplia en tanto tutela todos los derechos constitucionales que no se encuentren reconocidos por otra garantía jurisdiccional. En este escenario, los jueces constitucionales entendidos como los actores protagónicos en la protección de derechos en el conocimiento de una acción de protección, tienen la obligación de centrar su análisis en la verificación de la vulneración de derechos, y a partir de aquello, luego de una argumentación racional, determinar si el caso analizado corresponde ser conocido por la justicia constitucional o caso contrario, por la justicia ordinaria. Por lo que las sentencias que se adopten en la resolución de esta garantía jurisdiccional y que sin efectuar previamente este análisis se limiten a señalar que el tema debatido corresponde a un tema de legalidad, desnaturalizarán el objeto de la garantía y por tal razón incurrirán en una vulneración de derechos constitucionales”*. A fin de viabilizar esta garantía constitucional el legislador ha dictado la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estableciendo el procedimiento para hacer efectiva esta garantía, así el Art. 40 de la mencionada ley establece los requisitos que deben cumplir los que demandan esta protección constitucional, determinándose que la acción de protección se podrá presentar cuando concurra lo siguiente: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el Art. 41 del mismo cuerpo legal y 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Y en el Art. 42 ibidem en la que se expresa la improcedencia de esta acción: *“...1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma...”*. Concordante con lo indicado en estas normas legales, es necesarios, indicar lo que establecen los doctores Jorge Zavala Egas, Jorge Zavala Luque y José Acosta Zavala, en su obra *“Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”*, en su pág. 387, que dice: *“...por esta razón es que los fallos de los tribunales o cortes constitucionales determinan que si no existe derecho fundamental vulnerado que tutelar en forma directa no hay admisibilidad para las acciones de amparo o de protección. No es un tema de legalidad el que se determina en el juicio de admisibilidad de la acción de protección, se trata de calificar de inicio si se plantea un litigio a resolverse en el plano de la normativa constitucional. Respecto a la procedencia o no de utilizar este mecanismo en los casos en que se planteen violaciones a los derechos contemplados en la*

Constitución, existe amplia jurisprudencia emanada del máximo organismo de interpretación constitucional, esto es la Corte Constitucional del Ecuador, la misma que en sentencia 016-13-SEP-CC emitida en la causa N° 1000-12-EP del 16 de mayo del 2013 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 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 Orgánica 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...”*.- Y en sentencia N° 001-16-PJO-CC como 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. Así también consta *lo dicho por nuestra CC, en su sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-JPO (R.O No. 351 de 29 de diciembre del 2009): “58... la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de las cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa...”*; *“62... Si la vía de acción de protección se impugna de manera exclusiva de la legalidad del acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos jurisdiccionales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales.”*. 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. Como se dejó anotado, la acción constitucional de protección es esencialmente un institución de amparo de derechos fundamentales de las personas, frente al abuso de los órganos y funcionarios del Estado; consecuentemente, la normativa constitucional exige que, para que proceda la acción de protección, debe establecerse objetivamente la existencia de la vulneración de derechos constitucionales; en la presente causa, no se ha podido demostrar la vulneración de los derechos constitucionales que han sido demandados por el accionante dentro de la Acción de Protección que fue presentada. Sabemos que la Acción de Protección se ubica dentro del llamando Derecho Procesal Constitucional, dichas acciones debe tramitarse bajo las normas que rigen a los procesos constitucionales; por tanto, se debe diferenciar entre el Derecho Procesal Ordinario y el

Derecho Procesal Constitucional. La doctrina señala que una de las diferencias radica en que muchas de las acciones ordinarias se refieren a aspectos de mera legalidad; en cambio, la acción de protección se basa a cuestiones de fondo, donde se debe juzgar la existencia o inexistencia de un derecho reconocido por la constitución que un sujeto alega poseer y que le ha sido violado; es decir, aquello que es consustancial con la persona humana, a lo que contribuye a formar su esencia como ser social. En la acción de protección está en juego la misma esencia humana en toda su manifestación y, a preservarla y a defenderla, contribuye esta acción. Si el acto administrativo puede ser impugnado en la vía judicial, el accionante está obligado a tramitar por esta vía la acción correspondiente, la acción de protección se propone para impugnar actos administrativos. **SEXTO-ANÁLISIS DE LOS RECAUDOS PROCESALES:** En la especie, este tribunal *ad quem*, constata que la presente acción fue presentada el 25 de julio del 2019, posterior a la reunión de trabajo convocada por la Defensoría del Pueblo, realizada el 24 de junio del 2019, en dicha reunión intervino la Dra. Alexandra Loor, médico tratante del paciente Tonio Mario Velastegui Arroyave e indicó que padece metástasis de carcinoma de riñón, suministrándole el medicamento de primera línea SUNITINIB; sin embargo, se evidenció que el paciente dejó de progresar con este tratamiento, encontrándose en la situación de que en el cuadro de medicamentos básicos no existía otro medicamento que se pudiera suministrar al paciente. Ante el deterioro de su salud, se recomendó el uso de medicamento de segunda línea AXITINIB, pero este medicamento no se encontraba dentro del cuadro nacional de medicamentos básicos por lo que se tornaba necesario seguir el trámite respectivo para la inclusión de este medicamento en el cuadro de medicamentos básicos y posterior a ello proceder con su adquisición, siendo enfática la médico tratante en que, pese a dar inicio al trámite de ley, mediante la suscripción del anexo 1, muy seguramente nada se podrá conseguir con eso, pues desde el 2017 se envían anexos 1 de varios medicamentos y no se obtiene respuesta. Esta situación, a decir de la médico tratante derivó en la imposibilidad de seguir tratando al paciente, afirmando que “[...] Es importante el medicamento porque si no lo toma hay un deterioro en su calidad de vida, un avance de la enfermedad. 2. De no suministrarse dicha medicación acelera el proceso de fallecimiento. 3. No existe otra alternativa dentro del cuadro básico.” En este contexto, y ante la evidente falta de respuesta que dé solución al problema se interpuso la acción de protección con medida cautelar, alegando que se ha vulnerado el derecho a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al trato prioritario que como persona perteneciente a los grupos de atención prioritaria merece. Por su parte, los accionados (Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Gerente General del Hospital de Especialidades Dr. Teodoro Maldonado Carbo) a través de sus defensores técnicos, tanto en primer nivel, como en la audiencia de esta instancia, han manifestado en reiteradas ocasiones que jamás se ha vulnerado los derechos del paciente, por el contrario, se ha procedido conforme al principio de seguridad jurídica y al principio de legalidad establecidos en la Constitución del Ecuador, y que para la adquisición del medicamento se ha seguido los protocolos establecidos en la ley. Que se ha dado cumplimiento a las disposiciones emanadas de la sentencia de primer nivel, que en la actualidad el paciente, así como otros pacientes con

la misma enfermedad han accedido al medicamento AXITINIB, por lo que solicitan y fundamentan en ello su recurrencia a la sentencia dictada por la jueza a quo. En este orden de cosas, es necesario puntualizar que el paciente Tonio Mario Velastegui Arroyave es una persona que padece cáncer de riñón en un estado avanzado, por lo que se ubica dentro de los llamados grupos de atención prioritaria, amparados por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 35 que textualmente dispone: “Art. 35.- **Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.**” Estas personas, además, de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución, tienen “*derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.*” De lo citado, se puede colegir que el ciudadano Tonio Velastegui Arroyave a la presente fecha tiene 65 años de edad, por lo que se encuentra dentro del grupo considerado como adultos mayores; además, padece una enfermedad catastrófica, por lo que se encuentra en condición de doble vulnerabilidad, situación que exige una mayor protección por parte del Estado y de sus instituciones. En lo que atañe al derecho a la vida, tenemos que es considerado un derecho humano, interrelacionado con el desarrollo de otros derechos, al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su artículo 1 proclama que: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*” Ligado al derecho a la vida se encuentra el derecho a la salud, consagrado en el Art. 32 de la Constitución del Ecuador que nos dice: “**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. 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. 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.**” El Art. 3.1. del texto constitucional, establece como un deber ineludible del Estado el “*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.*” Ya en el proceso, se ha evidenciado la condición médica del paciente Tonio Velastegui Arroyave, y la obligatoriedad del Estado de dar respuesta a sus necesidades en cuanto a la salud, derecho articulado a la responsabilidad de la red pública de salud de abarcar todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizando, la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los

niveles, siendo pertinente señalar que, a partir 05 de agosto de 2020, la Sentencia N°. 679-18-JP/20 y acumulados Derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, establece parámetros a fin de establecer el acceso a medicamentos, para esto se debe considerar que *“El acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces es un derecho que, cuando se lo viola, puede ser demandado judicialmente mediante una acción de protección.”* Además, se ha estatuido que los jueces al garantizar el acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces no solo que contribuyen a mejorar la calidad de vida de los pacientes que los requieran, sino que además ayudan a detectar problemas estructurales y deficiencias administrativas del sistema salud, como la provisión necesaria y oportuna de medicamentos de calidad, la demora en la entrega de medicamentos, la determinación en cada caso de la calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos, el irrespeto al derecho a tomar decisiones informadas sobre el tratamiento médico con medicamentos. (218, 219 Sentencia N°. 679-18-JP/20); empero, es requisito *sine qua non*, que los juzgadores, previo a disponer la compra de un medicamento debe contar la información necesaria, científica e imparcial a fin de evitar la adquisición de un medicamento de mala calidad. En el caso sub júdice, se ha tenido acceso, a través de la Dra. Alexandra Loor, Oncóloga del Hospital Teodoro Maldonado Carbo a dicha información; además, el accionante a través de la ingente prueba aparejada a su demanda ha justificado la necesidad del medicamento AXINITIB, tanto así que en la audiencia de esta instancia, EL Abg Diomedes Erazo Buenaño, actuando en representación del Director General del Hospital Teodoro Maldonado Carbo aseveró que: *“... es más señores jueces, la misma médico tratante ha informado de que con el medicamento entregado el paciente se encuentra en óptimas condiciones”* Respecto a la prueba, el ordinal 236 dispone: *“La determinación de una violación al derecho al acceso a medicamentos requiere demostrar: i) la enfermedad diagnosticada por un profesional de la salud del sector público y de la red complementaria de salud; ii) la prescripción médica de un medicamento dentro de un tratamiento; iii) la dificultad o imposibilidad de acceder a los medicamentos; iv) la información y el consentimiento libre e informado del paciente para someterse al tratamiento en base a medicamentos y la finalidad del disfrute del más alto nivel posible de salud; v) la calidad, seguridad y eficacia del medicamento por parte de una persona experta imparcial.”* Es importante resaltar que, en la audiencia de estado, los defensores técnicos no han justificado oportunamente el porqué la sentencia de primer nivel no se encuentra apegada a derecho, pretendiendo justificar que por el mero hecho de haber dado cumplimiento a las disposiciones emanadas de la sentencia, esta debía revocarse *a contrario sensu* de que esta es una expresión de la tutela judicial efectiva de los derechos del paciente, beneficiado con el medicamento AXITINIB, como también de aquellos pacientes beneficiados de dicha sentencia. Se deja constancia de que, pese a que la presente acción fue presentada en fecha 25 de julio del 2009 hasta la presente fecha el medicamento AXITINIB no se encuentra dentro del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos (CNMB), situación que, de no haberse interpuesto la presente acción constitucional hubiese derivado en que desmejore la salud del paciente Tonio Velastegui Arroyave y muy seguramente se comprometa su vida. **DECISIÓN:** En virtud del análisis y la fundamentación

realizada, amparados en las disposiciones constitucionales, en la Sentencia N°. 679-18-JP/20 y acumulados. Derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces legales, en la doctrina mencionada y analizadas en el desarrollo de esta sentencia, en relación con los hechos, las pruebas aportadas y las intervenciones de los sujetos procesales en la audiencia de primer nivel y de esta instancia, esta **SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS, EN SU CALIDAD DE JUECES CONSTITUCIONALES, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, RESUELVE:** rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Mgs. José Fadul Jurado Bambino, en calidad de Gerente General (e) del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado, en la que se declara procedente la Acción de protección con medida cautelar planteada. Ejecutoriada esta sentencia, cúmplase con lo que determina el Art. 25 numeral 1 de la Ley de la materia. -Notifíquese y cúmplase.