

150

FUNCIÓN JUDICIAL



123544128-NP

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 09281201804101, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 1459
Casillero Judicial Electrónico No: 0906141106
gdc57@hotmail.com

Fecha: 06 de diciembre de 2018
A: ZEAS NEIRA ALFREDO ISRAEL
Dr/Ab.: GUILLERMINA ISABEL DIAZ CARDENAS

SALA ESPECIALIZADA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE GUAYAS

En el Juicio No. 09281201804101, hay lo siguiente:

Guayaquil, miércoles 5 de diciembre del 2018, las 11h58, VISTOS: La Sala Especializada de lo Penal integrada por los Jueces: Jose Eduardo Coellar Punin, Johann Gustavo Marfetan Medina y Edgar Fernando Loyola Polo (Ponente), conocen el recurso de apelación presentado por los accionados: Dr. Jefferson Gallardo León, en su calidad de representante legal de la Dirección Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Esp. Carlos Alberto Vallejo Burneo, en su calidad de representante legal de la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Dr. Luis Jairala Zunino en su calidad de Gerente General del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS); Dra. Mariana Italia Pihuave Nacif, en su calidad de Coordinadora Zonal del Ministerio de Salud Pública (M.S.P.); y, Dra. María Verónica Espinoza Serrano, en su calidad de Ministra de Salud Pública; en contra de la sentencia dictada por el abogado Ortega Cadena José Bernardo, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes del cantón de Guayaquil, declarar con lugar la acción de protección planteada por la accionante Geovanna Gisella Vera Gómez, en contra de la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Dirección Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Gerencia General del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS); Coordinadora Zonal del Ministerio de Salud Pública (M.S.P.); y, del Ministerio de Salud Pública. Revisado el expediente, corresponde emitir la resolución por escrito observando la motivación y fundamentación que ordena la norma constitucional, bajo las siguientes consideraciones: PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Conforme lo dispuesto en los artículos 11.3, 178.2 de la

Constitución, artículos 158 y 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional este Tribunal de Sala tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto, y por sorteo de Ley.-

SEGUNDO: VALIDEZ DEL PROCESO.- El proceso es válido por cuanto se han observado las normas constitucionales y legales que miran al trámite que debe darse a esta causa se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución así como los artículos 2, 4, 7, 8, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se han vulnerado derechos fundamentales en especial el derecho a la defensa, no se han omitido solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión de la causa.-

TERCERO: DEMANDA DE ACCIÓN CONSTITUCIONAL.- Conforme consta en el expediente procesal (de fojas 120 a 126), comparece la ciudadana Geovanna Gisella Vera Gómez, y formula demanda de acción constitucional de protección en contra del Esp. Carlos Alberto Vallejo Burneo, en su calidad de representante legal de la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Dr. Jefferson Gallardo León, en su calidad de representante legal de la Dirección Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Dr. Luis Jairala Zunino en su calidad de Gerente General del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS); Dra. Mariana Italia Pihuave Nacif, en su calidad de Coordinadora Zonal del Ministerio de Salud Pública (M.S.P.); y, Dra. María Verónica Espinoza Serrano, en su calidad de Ministra de Salud Pública. La demanda presentada, queda resumida en los siguientes términos: "...tiene una discapacidad del 40%, es paciente del Hospital de Especialidades "Dr. Teodoro Maldonado Carbo" del IESS, en Guayaquil diagnosticada con Síndrome Melodisplástico el cual es considerado como un tipo de cáncer, para lo cual fue atendida por el Dr. Washington Ladines Jaime, Jefe de la Unidad Técnica de Hematología del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, quien de manera verbal le indicó el 09 de mayo del 2018 y mediante un certificado con fecha 31 de mayo del 2018 que el único tratamiento para su enfermedad es el medicamento AZACITIDINA. El 11 de mayo del 2018 mediante préstamos pudo adquirir el medicamento antes indicado con las que su salud ha mejorado y sea podido realizar las quimioterapias; sin embargo, el Hospital Teodoro Maldonado Carbo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le diagnostica la enfermedad pero no le entrega el medicamento con lo cual pone en peligro su vida, por lo que se vio obligada a solicitar una petición ante la Defensoría del Pueblo, donde se inició el expediente defensorial con la finalidad de que se tutelen sus derechos constitucionales que están siendo vulnerados a la seguridad social, salud y vida; dentro de dicho expediente se desarrolló una audiencia el día 27 de junio del 2018, donde el Ab. Javier Rolando Velecela Chica en representación del Director del Hospital de Especialidades Dr. Teodoro Maldonado Carbo, manifestó que el medicamento se encuentra fuera del cuadro de medicamentos básicos del MSP, así mismo la Ab Andrea Arévalo Romero en representación de la Coordinación Zonal 8 de Salud expresó que estará vigilante del procedimiento a seguir para la adquisición del medicamento solicitado; se ha hecho insistencias con fecha 03 y 16 de julio del 2018, con la finalidad de que se informe sobre el estado del proceso de adquisición y con fecha 23 de julio del 2018 se obtuvo respuesta mediante Memorando No. IESS-HTMC-CGA-20182207-M indicando en su parte medular que no existe ningún requerimiento para la adquisición del medicamento AZACITIDINA y que dicha medicina se encuentra fuera del cuadro básico sin autorización para su adquisición por parte del Ministerio de Salud Pública. Así también indicó en la presente demanda se siente angustiada y desesperada ya que el IESS no le entrega el medicamento para controlar su

enfermedad y lo que está causando es que su salud se agrave y por ende está poniendo en riesgo su derecho a la vida, por lo que al estar afiliada al IESS la mencionada institución está obligada a brindarle prestación de salud e incluye entrega de medicinas, y al no hacerlo está vulnerando su derecho a la salud. Sus derechos constitucionales vulnerados se encuentra en el Art. 1, 2, 32, 35, 37, 50, 363 de la Constitución; Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 25 núm. 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 12; Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en sus Art. 31, 32 y 33; Derecho a la Seguridad Social en su Art. 103; Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Finalmente manifestó en este libelo que el ejercicio y disfrute de su derecho a la salud no puede estar sujetos a demoras, ya que es una condena de muerte, por lo que requiere de manera inmediata el medicamento Azacitidina. Solicitó que declare la vulneración de sus derechos constitucionales (salud, vida digna, seguridad social, principios de atención preferente y protección especial para las personas con atención prioritaria); Que el Seguro Social a través de Coordinación Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud del Guayas y el Hospital Teodoro Maldonado Carbo procedan adquirir de manera inmediata y le entreguen el medicamento Azacitidina; Que el MSP no genere ningún obstáculo al IESS para la adquisición del medicamento; Que el Hospital Teodoro Maldonado Carbo bajo ningún concepto se abstenga de adquirir, prescribir y entregarle las medicinas y en caso de no poseerlas se lo derive al prestador externo que requiera...”.- CUARTO: INTERVENCION DE LA PARTE ACCIONANTE EN AUDIENCIA.- Por la parte accionante intervienen los abogados Marco Pacheco Espíndola y Wilman Jiménez Erazo, en representación de la ciudadana Geovanna Gisella Vera Gómez (Accionante), constante en el acta de audiencia de fecha 25 de julio del 2018, quien manifestó: “...se ha vulnerado los derechos constitucionales de la accionante, con una discapacidad física del 40% lo cual fue acreditado con el carnet de discapacidad, esta enfermedad es la que altera las células productoras en la columna vertebral y en los huesos largos, y está considerada como enfermedad catastrófica, un tipo de cáncer a la sangre. Previo a este diagnóstico a la señora Geovanna Gisella Vera Gómez, se le ha realizado varias intervenciones y varios tratamientos de quimioterapia el Dr. Washington Ladines es el médico tratante de la mencionada señora, quien le diagnostica que tiene esa enfermedad en fecha de 25 de abril del 2018 le indica que el único medicamento que va a normalizar el funcionamiento de la médula ósea es la ampolla de AZACITIDINA. De no hacer este tipo de tratamiento la señora va a decaer y luego fallecer, así también ha solicitado por varias ocasiones que le den la medicación la misma que si se entregaba, pero a partir de que la Ministra elimina ciertas medicinas que si se entregaba, el costo de la medicina AZACITIDINA es de 4.700. Esta aquí presente la doctora para que puedan explicar la necesidad de este medicamento, los detonantes de las operaciones y las quimios se pudo degenerar en esta enfermedad. Al no recibir esta medicación podría fallecer, es más la señora no pudo comparecer a la Audiencia, porque la tuvieron que intervenir para realizarle una transfusión de plaquetas directamente al corazón. Ante esta serie de vulneración los derechos constitucionales a la salud, a la seguridad social, a la integridad personal, a la seguridad jurídica de derechos humanos y es por ella que acude a la Defensoría del Pueblo, en la que se convoca a las partes a una audiencia pública, para ello se solicita al Hospital Teodoro Maldonado Carbo, el historial clínico de la paciente, en la que el representante indica que “el medicamento se encuentra fuera del cuadro de medicamentos del Ministerio de Salud, sin embargo el Dr. Ladines ha solicitado la adquisición de la medicina

AZACITIDINA...” en la misma audiencia la Dra. Ana Huacón quien manifestó que la Dirección Provincial del Guayas M.S.P. se comprometieron a realizar la gestión para la compra...”; hasta la presente fecha no se ha sabido de alguna gestión que haya realizado el M.S.P. por la adquisición de esta medicina. La Defensoría solicitó al médico tratante que indique si había alguna otra medicina alternativa para tratar a la paciente y a la gerencia del Hospital si se ha hecho algún trámite de requerimiento de ese medicamento, en fecha 23 de julio se hace conocer mediante memorándum suscrito por el Coordinador General Administrativo de Especialidades del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, que hasta el momento no existe ningún requerimiento o proceso de adquisición del medicamento mencionado. Con estos antecedentes, la Defensoría con la finalidad de precautar la integridad y la salud de la accionante interpone esta acción constitucional, existen varias sentencias en la que se hace referencia que la única manera para cesar esta vulneración es la acción de protección, mencionó brevemente la sentencia 175-14-C-CC de la Corte Constitucional, la sentencia 45-11-C-CC. Se ha mencionado los derechos vulnerados, principios básicos que debieron haberse tomado en cuenta ya que la paciente tiene doble vulnerabilidad, el Art. 3 de la Constitución lo establece como un derecho básico la salud y la seguridad social, para esto se ha considerado como principio de la seguridad jurídica la Constitución en su Art. 3; en su título 2 en su Art. 32, en concordancia con el Art. 63, núm. 7; se ha mencionado en los dos artículos que preceden el Estado es quien garantiza la salud, pero es el Estado a través del IESS que es el delegado, el Estado deriva su responsabilidad al IESS y la Ley de Seguridad Social menciona los riesgos cubiertos en su Art. 3 lit. a).- esta la salud. En la misma Constitución en su Art. 35, 47, 1, 50; es por eso la desesperación de la Defensoría del Pueblo, ya que su patrocinada tiene doble vulnerabilidad, está sufriendo con una operación al corazón, su hijo mayor también tiene una enfermedad que es esclerosis múltiple y dos hijos más. Por lo que solicitó que el Ministerio de Salud Pública no genere ningún problema para la adquisición y entrega de su medicina; que se disponga que bajo ningún concepto se impida prescribir a su médico tratante la medicina; la medicina si la venden aquí en el país no es que tienen que importarla; que se disponga una disculpa pública a la accionante en la página del Ministerio de Salud Pública por un tiempo no menor de 6 meses. El Estado señala que existen otras alternativas, e indican que no lo pueden decir, porque eso le corresponde al médico tratante y es el mismo médico tratante quien refiere que la única medicina es la AZACITIDINA, entonces cual es el obstáculo para el IESS no poderle entregar la medicina, y refiere que es el M.S.P. que ha sucedido desde el mes de abril que se le diagnosticó esta enfermedad, que los pacientes hasta donde pudieron compraron su medicina, en el presente caso el Estado no está protegiendo ni garantizando la salud de sus ciudadanos, es decir está siendo vulnerado su derecho a la salud, gracias a esta garantía y gracias a los Jueces Constitucionales es que el IESS quiere comprar la medicina, pero es el Ministerio el que no le permite, porque existe otras alternativas, pero no indica cuales son las alternativas, por ello se están vulnerando los derechos de los ciudadanos, como la salud, la seguridad jurídica, aquí la única solución es que el estado actúe en la compra. Quien es el llamado a entregar la medicina es el IESS a través del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, y es el quien debe hacer las gestiones pertinentes para la compra, las acciones de carácter administrativas no pueden vulnerar este derecho a la salud; la misma Corte Constitucional que una norma de carácter general por que haya sido concebida para vulnerar derechos, esa norma comparada con el entorno nacional esa norma es derogable; en tal sentido no ha pedido la nulidad ni que se deje sin efecto un acuerdo Ministerial porque esta no es la vía.”.- QUINTO: INTERVENCION DE LA PARTE ACCIONADA

EN AUDIENCIA.- 5.1) Por la parte accionada interviene el abogado Cristian Cobo Granda, en representación del Dr. Jefferson Gallardo León, en su calidad de representante legal de la Dirección Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) (Accionado), constante en el acta de audiencia de fecha 25 de julio del 2018, quien expresó: "...previo a la compra de un medicamento requieren la autorización del Ministerio de Salud Pública en aquellos medicamentos que están fuera del CUADRO DE MEDICAMENTOS BÁSICOS como es el presente caso, es decir, y tal como lo expresa la normativa del Ministerio de Salud Pública, antes de realizar la compra deben obligatoriamente tener la autorización del M.S.P. Generalmente las acciones de protección que han tenido en cuanto a medicamentos que se encuentran fuera del Cuadro de medicamentos básicos en las sentencia indican que se siga con los lineamientos del M.S.P., que se compre el medicamento y que se siga con el lineamiento de dicha institución. En los Considerandos del reglamento que tiene el M.S.P., se basan y dicen que ellos son los garantistas de la dotación, compra y distribución del medicamento y bajo esa competencia siendo el órgano rector de la Política Pública de Salud, ellos son los autorizados y competentes para autorizar la compra de los medicamentos, no solo al IESS sino a toda la red de salud pública. El tema a dilucidar, es si es que se debe seguir o no seguir los lineamientos del M.S.P. para la adquisición de la medicina y eso conllevaría a una derogación tácita que un Juez de Garantías Constitucionales podría hacer y es lo que han hecho otros jueces lo que para el accionado es un error; porque si la normativa indica que se necesita para la compra la autorización del M.S.P. habría que primero hacer una derogación tácita del acuerdo ministerial. El acuerdo es claro y dice que se necesita autorización del M.S.P. para la compra, entonces no se podría ir en contra de este Acuerdo, por ello como servidores públicos pese haber una sentencia, debemos seguir los lineamientos. En la última consulta que le hacen a la señora en el mes de mayo o junio le recetan este nuevo medicamento y allí se inicia el proceso de autorización de adquisición, de eso el Ministerio de Salud tiene más de un mes y no nos ha dado respuesta, para lo cual presentó los Quipux; Así también refirió lo que establece el Art. 14 del reglamento, para lo cual ha pasado más de un mes y no hay respuesta, ni siquiera han indicado si está mal el trámite o algo falta. Supuestamente si compran el medicamento, y llega el M.S.P. e indica que ese medicamento no aplica. En la ciudad de Loja hubo un caso sobre esta misma medicina y el Ministerio indicó que la medicina alternativa era la Zitarabina la misma que le ocasionaba ciertos estragos a la señora, y en el presente caso el médico prescriptor. El Ministerio de salud Pública ha cerrado la puerta ya que el órgano rector ha indicado que el medicamento no cumple con los requisitos, por ello el IESS no podría hacer nada para la compra de la medicina. Cuando se envió la solicitud no es que se envía una simple receta escrita a mano, eso no, se remite una serie de documentos, y con el informe que está leyendo la Dra. Se ha demostrado que la solicitud de adquisición ha sido negada, pues qué acciones tomamos, la única forma es que se declare inconstitucional el Acuerdo Ministerial, y el IESS no podría comprar ningún tipo de medicina. Si el órgano rector de la Salud está diciendo que tiene calificación 0. En el 2014 no se dio y en el 2018 tampoco se ha dado. El M.S. P. ha cerrado las puertas, que puede hacer el IESS, si ya lo dice de forma tajante. Finalmente apeló la sentencia y entregó documentos."- 5.2) Por la parte accionada interviene la abogada Guillermina Isabel Días Cárdenas, en representación de las accionadas Dra. Mariana Italia Pihuave Nacif, en su calidad de Coordinadora Zonal del Ministerio de Salud Pública (M.S.P.); y, Dra. María Verónica Espinoza Serrano, en su calidad de Ministra de Salud Pública, constante en el acta de audiencia de fecha 25 de julio del 2018, quien señaló: "...casualmente como prueba adjunta el oficio

mediante Quipux que llegó de Subsecretaría de Gobernanza que llegó el día de hoy. Solicitó que sea escuchada la Dra. ELISA REBECA HERRERA GALLEGOS para que explique el trámite para la adquisición de la medicina. sobre estos medicamentos existen ya sentencias de Juez A-quo y de Jueces de alzada en la que dicen que: “el Seguro Social le ha vulnerado el derecho al afiliado, que por un trámite administrativo de una autorización, no se puede decir que el Ministerio de Salud le esté vulnerando el derecho al afiliado...” y “..ordena que el Seguro Social le compre el medicamento”, pero aquí quien es el vulnerador del derecho es el IESS, ya que no hace el seguimiento del petitorio en el M.S.P. para que se incluya ese medicamento en el cuadro de medicamentos básicos, en la entidad o establecimiento de salud es quien tiene que hacer dicho seguimiento. Porque la autorización no solo depende del M.S.P. esto es un Comité de farmacología que se reúne lo analiza y ve circunstancia científicas y técnicas. También hay que recalcar que el Estado garantiza el ingreso de medicinal eficaces, y el que el Hospital ha dado cumplimiento para la adquisición de medicinas que están fuera del cuadro de medicina, y que se ha dado todos los estudios y acciones realizadas por el Hospital, esto es llenado toda la documentación y los informe técnicos y científicos para la compra de esta medicina. Finalizó diciendo que todos los actos administrativos son apelables.”.- Se le concedió la palabra a la Dra. ELISA REBECA HERRERA GALLEGOS, quien declaró: “...el Ministerio tiene 10 días para responder si está bien o no el trámite, luego pasa a otras instancias, y si no contestaron nada es porque automáticamente todo estaba ok, y pasa a las siguiente instancia, lo cual toma su tiempo que podría ser hasta un máximo de 75 días. El tema es que cuando un médico prescribe un medicamento de manera formal, el Ministerio tiene un cuadro de medicamentos básicos en el que están todos los medicamentos que podría necesitar el paciente y hay alternativas terapéuticas que se podría utilizar, pero en vista de garantizar el uso de medicamentos el Ministerio dispuso de que existe un medicamento que no está autorizado se proceda conforme lo establece el Acuerdo Ministerial #108-A sustitutivo que está vigente desde diciembre del 2017, entonces cuando hay un medicamento que esta fuera del cuadro el médico suscriptor tiene que sustentar. Existen alternativas terapéuticas en el cuadro, y el médico tratante debió haber indicado una medicina alternativa. El comité solo califica si se puede o no comprar o adquirir el medicamento, mas no da una alternativa esa la da el médico tratante. El análisis de la Comisión técnica dice “que se ratifica, se concluye que el medicamento se califica como 0 ya que no existe evidencia científica que la medicina AZACITIDINA no se considera que vaya a mejorar la calidad de vida del paciente...”. El Ministerio de Salud Pública mediante el Comité de Farmacología está garantizando la salud.”.- 5.3) Por la parte accionada interviene la abogada Wendy Plaza Zúñiga, en representación del Dr. Luis Jairala Zunino, en su calidad de Gerente General del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS); constante en el acta de audiencia de fecha 25 de julio del 2018, quien mencionó: “...remitieron el requerimiento de la medicina con todos los soportes que exige la ley, el 19 de junio del 2018, ya fue enviado al M.S.P. y tenían según el Reglamento 10 días para responder.”.- SEXTO: CONSIDERACIONES JURIDÍCAS REALIZADAS POR LA SALA RESPECTO AL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO.- 6.1) Esta Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, constituida como Tribunal Constitucional, considera que es obligación constitucional del Estado y de sus instituciones asegurar la eficacia de las normas constitucionales, en especial las que tutelan los derechos y garantías establecidas a favor de las personas, las cuales son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad administrativa. Precisamente, en

materia constitucional se dispone de varios instrumentos jurídicos que, de modo directo, sirven para garantizar los derechos de las personas, entre los que está la Acción de Protección, que es una garantía consagrada en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador y que señala: "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.". Este mandato constitucional lo recoge la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en el Art. 39 y siguientes, deja establecido que: "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...". El Art. 41 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece para que proceda la acción de protección, resulta imprescindible que concurren tres elementos esenciales: "a) Que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública no judicial; b) Que el acto u omisión viole uno o más de los derechos contenidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, vigentes; y, c) Que la violación de derechos disminuya o anule su goce o ejercicio."; y, por otro lado el Art. 42 de la misma Ley señala que la acción de protección no procede: "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.".- 6.2) Esta Sala de la revisión de los recaudos procesales, hace las siguientes observaciones: 6.2.1) Referente a la vulneración de derechos como: la vida, la salud, a no recibir un tratamiento médico de calidad, se observa que la accionante en el libelo de su demanda constitucional, cuando se encontraba aún con vida, señala que una vez que fue diagnosticada en el Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS) con Síndrome Melodisplástico, el cual es considerado como un tipo de cáncer; luego el Dr. Washington Ladines Jaime, médico del mismo Hospital de Especialidades del IESS, le indico de manera verbal y mediante un certificado el 31 de mayo del 2018, que el único tratamiento para su enfermedad es el medicamento "AZACITIDINA". Posteriormente, la accionante en virtud de las circunstancias que se encontraba, adquirió el medicamento indicado por el médico del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS), mejorándole así su condición médica, su salud y su calidad de vida, pudiendo así realizarse las quimioterapias pertinentes. A pesar que en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, le diagnostica la enfermedad, esta misma

institución no le entrega el medicamento indicado por el galeno Dr. Washington Ladines Jaime, Por tanto, es necesario aplicar el medicamento, para su tratamiento el "AZACITIDINA"; y, que pesar de estar afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la mencionada institución está obligada a brindarle la prestación de salud, que incluye entrega de medicinas, y al no hacerlo está vulnerando su derecho a la salud. Con relación a lo indicado por la legitimada activa en su acción, observamos lo manifestado por el representante del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS), el día 27 de junio del 2018, en la audiencia en la defensoría del pueblo del Ecuador, quien expreso que: "el medicamento se encuentra fuera del cuadro de medicamentos básicos del MSP", así mismo la representante de la Coordinación Zonal 8 del Ministerio de Salud Pública (M.S.P.), señaló: "estará vigilante del procedimiento a seguir para la adquisición del medicamento solicitado"; además se ha realizado diversas insistencias durante el mes de julio del 2018, con la finalidad de que se informe sobre el estado del proceso de adquisición del medicamento "AZACITIDINA"; y, el día 23 de julio del 2018, obtuvo respuesta mediante Memorando No. IESS-HTMC-CGA-20182207-M del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS), indicando en su parte medular que: "...hasta la presente fecha NO existe NINGÚN requerimiento ni proceso para adquisición del medicamento mencionado (...) el mismo se encuentra FUERA DEL CUADRO BÁSICO sin autorización para su adquisición por parte del Ministerio de Salud Pública..."; por ultimo en esa audiencia la ciudadana Geovanna Gisella Vera Gómez (Accionante), manifestó: "...mi enfermedad no puede esperar, padezco de cáncer y por la colaboración de mis familiares y conocidos he podido comprar hasta la fecha catorce ampollas de azacitidina con nombre comercial Vidaza 100mg, lo que me ha permitido mejorar mi salud (...) no puedo esperar del trámite burocrático de la compra de mi medicina, soy afiliada al IESS y necesito que el mismo cumpla con la compra de la dicha medicina...".- 6.2.2) Referente a la solicitud realizada por la accionante para la autorización del medicamento "AZACITIDINA", el cual no está dentro del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, observamos que lo peticionado se encuentra contestado a fs. 29 del proceso a través de un Oficio Nro. IESS-HTMC-CGA-20182207-M, de fecha 18 de julio del 2018, por el Coordinador General de Administrativo Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS); indicando principalmente que no existe ningún requerimiento ni proceso para adquisición del medicamento, ya que el mismo se encuentra fuera del cuadro básico y no se tiene la autorización para su adquisición por parte del Ministerio de Salud Pública. Asimismo consta a fs. 3 de autos, el certificado médico especialista del médico tratante del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS), quien indicó: "Debido a su Mielodisplasia tiene parámetros hematológicos muy bajos que impiden recibir quimioterapia, por lo que se decide tratar primero su Mielodisplasia. El único tratamiento para esta enfermedad disponible es el medicamento Azacitidina."; dicho certificado fue suscrito por el Dr. Washington Ladines Jaime.- 6.2.3) Las personas que sufren de una enfermedad catastrófica tienen el derecho a recibir atención especializada, esta atención incluye también medicina de calidad, entendida como tal los medicamentos que incluyan dos características: eficacia y seguridad. La eficacia se define como la capacidad de un medicamento para obtener la acción terapéutica buscada en tiempo y forma; se entiende que un medicamento es seguro en tanto los riesgos que tiene para el paciente resultan aceptables en términos de un análisis de riesgo-beneficio. Más generalmente puede entenderse que un

medicamento es de buena calidad cuando satisface una cierta necesidad médica, no en forma ideal o sobresaliente sino en forma adecuada. En el caso que nos ocupa, la legitimada activa se ha estado suministrando el tratamiento que por su enfermedad requiere, por sus propios medios, ya que ha sido negado o suspendido el medicamento que le han recetado en el Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS), ya que no se encuentra dentro del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos, dejando claro que la atención dada a la señora accionante Geovanna Gisella Vera Gómez, no ha sido adecuada y oportuna; de modo, que la falta de atención médica, por no hacerle entrega del medicamento recetado por el médico del Hospital del IESS; vulnera su derecho a la salud; por tanto, procede esta acción de protección, porque existe vulneración de derechos constitucionales. Uno de los deberes primordiales del Estado, es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, como es el caso de la salud, seguridad social y la vida, entre otros.-

6.2.4) El derecho a la salud, se encuentra amparada en nuestra Constitución en su artículo 32 que 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.”. Derecho que no solo implica a un grupo de personas, sino a todos los ecuatorianos y ecuatorianas; sin embargo, la misma norma constitucional señala que se tendrá una atención especializada cuando se tratare de un grupo especial, como lo menciona el artículo 35 *Ibidem*, que dice: “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.”, dicha atención guarda relación con lo fijado en el artículo 50 de la Constitución que establece: “El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.” En virtud de las normas citadas dentro de esta causa, esta Sala considera que el tratamiento de la señora Geovanna Gisella Vera Gómez, cuando se encontraba aún con vida debió ser cubierto por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), por ser afiliada a esa institución. Que la atención médica por parte del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS), ha sido restringido por no facilitar el medicamento prescrito por el médico tratante de ese mismo Hospital del IESS. En tal sentido se han vulnerados sus derechos, cuando se encontraba aún con vida, toda vez que no contó con los tratamientos para su enfermedad; y las peticiones que por ella realizó no fueron atendidas dentro del marco de la ley. Por lo que a criterio de esta Sala, la acción de protección se tornó procedente por cuanto de los hechos alegados se desprende violación de derechos constitucionales.-

6.3) El concepto

jurídico del dolor desde el Derecho Constitucional, por Gustavo Adolfo García Arango que dice: "Así las cosas, el dolor contendría en su integridad tres aspectos (sensorial, afectivo y cognoscitivo). Partiendo de lo anterior y teniendo el precedente de que el ser humano es una "trinidad", única e integral conformada por cuerpo, mente y espíritu, el dolor es clasificado en tres: dolor psíquico, dolor espiritual y dolor físico. El dolor psíquico "es el afecto determinado de una lesión del vínculo con el otro resulta del arrancamiento, desprendimiento brutal y sorpresivo del objeto amoroso otorgándole carácter traumático. Ya Oreíd lo señalaba como efecto de una herida que a la manera de hemorragia no encuentra ligadura que cicatrice en representación; esto es, una imagen representante que coagule la eficacia del significante." A diferencia del dolor físico, el psicológico se produce sin daño de ningún tejido, no tiene su raíz en la carne sino en los vínculos entre lo que es amado y quien ama, en el espacio de lo inmaterial, es la ruptura del vínculo entre quien ama y lo que es amando, creando una respuesta afectiva negativa generando vacío, ansiedad, angustia, depresión, distanciamiento. El dolor espiritual es producido por las incomprendiones, las injusticias, la soledad, la depresión, la decepción, sentimiento de culpa o impotencia, la frustración. De igual manera que el psicológico, es inmaterial, y de ahí la ambigüedad para su diferenciación. El dolor espiritual es actualmente uno más de los dolores que el profesional sanitario tiene que considerar dentro de la atención al paciente en los Cuidados Paliativos (...) La aceptación y reconocimiento del espíritu, como parte integrante del ser humano, facilita la labor a la hora de apreciar la necesidad espiritual en cada individuo y, más raramente, del dolor espiritual cuando este ocurre. Como con el dolor físico, se procurará tratarlo, aliviarlo y posiblemente, eliminarlo en la medida de lo posible. La definición clásica del dolor físico es la ya citada por la Asociación Internacional del Estudio del Dolor como "una experiencia sensorial y emocional desagradable con daño tisular actual o potencial o descrito en términos de dicho daño". Sin embargo, no deja de reconocerse que en el dolor siempre se ven comprometidos factores o variables fisiológicas, psicológicas, culturales y cognitivas. En términos generales, el concepto jurídico del dolor desde el derecho constitucional ha sido abarcado en una sola perspectiva: el reconocimiento del derecho fundamental a la vida, en condiciones dignas. De aquí ha partido la Corte Constitucional para desarrollar sentencias interesantes en relación con el dolor, que giran, en su mayoría, alrededor del sistema de seguridad social en salud, comprometiendo la responsabilidad del Estado con la calidad de vida de los adoloridos.". La concepción del proceso salud-enfermedad más allá de una explicación circunscrita únicamente a su existencia biológica, admite la posibilidad de que la persona pueda llevar una vida digna y alejada del sufrimiento, de modo que tenga un desempeño normal en la sociedad. El derecho a la vida, es el primero de los derechos de la persona humana; pero a una vida digna; y una vida con dolor hace indigna la existencia del ser humano, pues no le permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y; por consiguiente, le impide desarrollarse plenamente como individuo en la sociedad. Además el derecho a la vida es un valor constitucional de carácter superior y su respeto y garantía aparece consagrado como un principio del ordenamiento jurídico político Ecuatoriano. Asegurar la vida, no es solo el derecho subjetivo que se tiene sobre la vida, sino la obligación de los otros a respetar el derecho a seguir viviendo o a que no se anticipe la muerte. Bajo esta concepción, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 2 refiere sobre los derechos de libertad, reconociendo y garantizando a las personas: "el derecho a una vida digna". Se puede hablar de vida digna como aquella que permite conservar, reproducir y desarrollar la vida de cada persona en comunidad. Y es que para una persona con enfermedad catastrófica, tener una vida digna es el vivir

una vida con menos padecimientos y sufrimientos, es decir, con menos dolor. En esos términos, incluso se observa la figura del "Right to Try", que proviene del derecho anglosajón y significa que un paciente con enfermedad terminal o trastorno persistente tiene el derecho a probar medicamentos o tratamientos que se encuentran en etapa experimental y que todavía no se encuentran aprobados por autoridades como el FDA o el INVIMA siempre y cuando pueda significar una esperanza de mejora para su condición o enfermedad. En virtud de la documentación presentada, se observa que la hoy accionante padece de Cáncer, el mismo que debido a su Mielodisplasia tiene parámetros hematológicos muy bajos que impiden recibir quimioterapia, por ende le han medicado el único tratamiento para esta enfermedad catastrófica que es el medicamento Azacitidina, así mismo la paciente y accionante ha considerado que ese medicamento le ha permitido mejorar su salud, dando así buenos resultados; por lo que solicita la aplicación del medicamento "AZACITIDINA"; el cual no se encuentra dentro del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos y Registro Terapéutico.- 6.4) Ante todo lo expuesto, este Tribunal de alzada comparte lo resuelto por el Juzgador A-Quo en su sentencia, en el sentido de que se ha vulnerado su derecho a recibir una atención médica preferente, al no suministrarle a la accionante el medicamento "AZACITIDINA"; así como también encontramos que ha habido afectación a su derecho a la salud, por cuanto no ha recibido atención adecuada de manera oportuna e inmediata; por consiguiente, consideramos que el fallo dictado se encuentra debidamente motivado conforme lo señala el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución que refiere: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.". En concordancia con el numeral 9 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala: "La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.".- 6.5) De autos consta a fs. 33 del cuaderno de instancia, el certificado de defunción otorgado por la Corporación Registro Civil de Guayaquil, en donde se establece a través de este instrumento público que lleva el Nro. 3357515, que Geovanna Gisella Vera Gómez, falleció en fecha 20 de octubre del 2018; por tanto, esta Sala como se indicó en el presente fallo, al no haber recibido la accionante, paciente del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), el medicamento "AZACITIDINA", que no cura la enfermedad del cáncer, pero le permitía como efectivamente le permitió realizarse quimioterapia. Indudablemente hubo una afectación a la accionada cuando aún se encontraba con vida por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), instituto al que aportó durante varios años de afiliación, al no proporcionarle la medicina mencionada y así también el sistema de Salud Pública, debe procurar tener medicamentos de calidad para los ciudadanos Ecuatorianos en general, en tal virtud se considera que debe haber reparación material e inmaterial. Disponiendo este Tribunal de alzada, en la presente sentencia lo siguiente: Por reparación material: a) Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), pague a los herederos los gastos de mortuorio hasta la suma de Tres Mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$ 3.000,00), mismos que deberán ser justificados con las facturas por ese concepto; b) Así también el Instituto

Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), deberá pagar a los herederos, los gastos realizados por la accionante, cuando adquirió en vida el medicamento "AZACITIDINA", hasta por la suma de Cuatro Mil Setecientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$ 4.700,00), que se precisó en el escrito de demanda, debiéndose justificar el costo con la o las facturas respectivas. Como reparación inmaterial esta Sala dispone que la presente sentencia sea difundida en las Oficinas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), como en las distintas oficinas bajo la dependencia del Ministerio de Salud Pública, así como en las respectivas páginas web de las referidas instituciones del Estado, por noventa (90) días; esto con la finalidad de que las personas que laboran en Salud Pública en el país, conozcan sobre la violación a los derechos de la salud, que tenía la accionante Geovanna Gisella Vera Gómez. Por las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, constituido como Tribunal Constitucional ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, rechazar los recursos de apelación interpuestos por Dr. Jefferson Gallardo León, en su calidad de representante legal de la Dirección Provincial del Guayas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Esp. Carlos Alberto Vallejo Burneo, en su calidad de representante legal de la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS); Dr. Luis Jairala Zunino en su calidad de Gerente General del Hospital de Especialidades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Teodoro Maldonado Carbo (IESS); Dra. Mariana Italia Pihuave Nacif, en su calidad de Coordinadora Zonal del Ministerio de Salud Pública (M.S.P.); y, Dra. María Verónica Espinoza Serrano, en su calidad de Ministra de Salud Pública; y, confirma la sentencia emitida por el Juez A-quo, que declara con lugar la acción constitucional deducida por la ciudadana Geovanna Gisella Vera Gómez. Sobre la reparación material e inmaterial, tratada en el considerando 6.5 de esta sentencia, se dispone: Reparación Material: a) Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), pague a los herederos los gastos de mortuoria hasta la suma de Tres Mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$ 3.000,00), mismos que deberán ser justificados con las facturas por este concepto; b) Así también el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), deberá pagar a los herederos, los gastos realizados por la accionante, cuando adquirió en vida el medicamento "AZACITIDINA", hasta por la suma de Cuatro Mil Setecientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$ 4.700,00), debiéndose justificar el costo con la facturas respectivas. Reparación Inmaterial: Se dispone que la presente sentencia sea difundida en las Oficinas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), como en las distintas oficinas bajo la dependencia del Ministerio de Salud Pública, así como en las respectivas páginas web de las referidas instituciones del Estado, por noventa (90) días. De conformidad con el artículo 86.5 de la Constitución remítase copias a la Corte Constitucional. Cúmplase y Notifíquese.-

f).- LOYOLA POLO EDGAR FERNANDO, JUEZ; COELLAR PUNIN JOSE EDUARDO, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE PENAL; MARFETAN MEDINA JOHANN GUSTAVO, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

MARTINEZ JORDAN DANIELA PAOLA

[Handwritten Signature]
SECRETARIO

