

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Constitucional

El acceso a medicamentos como parte del derecho a la salud en el Ecuador

Tania Alexandra Acosta Tamayo

Tutora: Lina Victoria Parra Cortés

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Tania Alexandra Acosta Tamayo, autora de la tesis intitulada “El acceso a medicamentos como parte del derecho a la salud en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en derecho constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

En el artículo 363 de nuestra Constitución, se señala la premisa constitucional referente a la primacía del derecho a la salud sobre los intereses económicos y comerciales, por lo que en el presente trabajo de investigación se analizó la práctica real de este contenido, enfocándose en analizar convenios internacionales, normas infra constitucionales y doctrina, con la finalidad de evidenciar su aplicación y coherencia con las necesidades de la población, y si este esquema jurídico tutela este derecho.

Los métodos de investigación empleados en el trabajo de investigación fueron el dogmático formal y el histórico; el primero, por cuanto se hizo una revisión crítica de la normativa y jurisprudencia más relevante sobre derecho a la salud y acceso a medicamentos en el país, el segundo, se revisaron dos experiencias previas de uso de una de las modalidades de compra pública, así como de la empresa pública farmacéutica, como mecanismos de acceso a los medicamentos, para tomarlas como posible solución a la falta de acceso que se vive en realidad ecuatoriana; para ambos métodos se usó la técnica de análisis documental, a través de la generación de fichas, en las que se extractó la información de medios escritos, en especial de doctrina relacionada con la investigación.

Como resultado de este trabajo de investigación se concluyó que los principales problemas es la falta de regulación a la industria farmacéutica lo que ha provocado que se fijen precios, se usen patentes y se controle el mercado de acuerdo a los intereses de esta industria, perjudicando así a los derechos de la salud y de acceso a medicamentos de nuestra población, considerando también que existen normas infra constitucionales débiles, sin eficacia jurídica, dispersas y desactualizadas; siendo también importante que se agrupe y actualice la normativa infra constitucional, que puedan mejorar el efecto horizontal sobre este derecho; se determinó por último la importancia de la inversión en el sector salud, y la necesidad de enfocar políticas públicas hacia una salud preventiva, sin dejar de lado que se fortalezca la regulación de precios y comercialización de los medicamentos, por medio de la estructura estatal ya existente.

Palabras claves: derecho a la salud, acceso a medicamentos, industria farmacéutica, vulneración de derechos

El presente trabajo de investigación lo dedicó a las tres personas más importantes de mi vida, a mi esposo Fernando, que desde que decidimos unir nuestras vidas ha sido mi principal apoyo en todos mis proyectos personales y profesionales, y que a lo largo de altos y bajos de la vida, hemos podido enfrentar los mismos, juntos siempre de la mano y con el optimismo necesario; a mi hijo Nico, que desde que inicié mis estudios en la maestría fue mi compañero de clase, y de noches interminables de estudio, que estuvo en mi vientre en la construcción de esta tesis, y que por decisión de Dios, se convirtió en un angelito que nos cuida y cuidará siempre, a ti mi hijo amado te dedico mi esfuerzo, y mis sueños, y cada día de mi vida en los cuales estarás presente en cada momento; y por último a mi hija Zoé, que es el arcoíris de mi vida, que me ha demostrado con su gran valentía que en esta vida no podemos rendirnos nunca, y que lo más importante es el amor, que siempre prima sobre todo.

A Ustedes tres que son mi razón de ser, que son mi empuje diario y mis ganas de ser mejor ser humano y profesional.

Los amo.

Fernando, Nico y Zoé.

Agradecimientos

Quiero agradecer a Dios por darme la vida y la salud para poder realizar este trabajo, a mi familia por ser mi apoyo y empuje, en especial a mi esposo Fernando que para que pueda finalizar este trabajo de investigación me apoyó y colaboró de todas las formas, para que pueda tener el tiempo de redactar este trabajo, cuidando de mi hija Zoé con todo el amor del mundo.

Agradezco a los profesores de la Universidad Andina Simón Bolívar, por entregarnos sus conocimientos, al más alto nivel, lo que nos permite formarnos como profesionales íntegros con una óptica de humanismo.

Agradezco a mi tutora la doctora Lina Parra, por darme sus aportes y sugerencias para la realización de este trabajo de investigación, lo cual sin duda alguna lo ha fortalecido y me permitió plantear una visión adecuada al contenido de mi tesis.

Tabla de contenidos

Tabla de contenidos.....	11
Introducción	13
Capítulo primero	15
Los derechos a la salud y al acceso a medicamentos	15
1.1 El derecho a la salud en los instrumentos internacionales	15
1.2. Normativa nacional sobre el derecho a la salud.....	29
1.3. Doctrina que desarrolla el derecho a la salud.....	39
1.4. El derecho de acceso a medicamentos	50
1.5. Los derechos a la salud y acceso a medicamentos y su prevalencia ante los intereses comerciales.....	55
1.6. La diversa protección del derecho a la salud en el estado liberal y en el estado social	60
1.7. Efectos verticales y horizontales de los derechos	64
Capítulo segundo.....	71
Tensiones entre la libertad de mercado y la garantía de los derechos a la salud y de acceso a medicamentos	71
2.1. La industria farmacéutica en el Ecuador y en el contexto mundial	71
2.2. La regulación del mercado farmacéutico (precios, patentes, competencia).....	74
2.3. Intereses de la industria farmacéutica, sus límites y sus concepciones, ¿la libertad de mercado es un derecho?.....	90
2.4. Mercantilización y vulneraciones a los derechos de la salud y al acceso a medicamentos.....	92
2.6. Judicialización de los derechos a la salud y de acceso a medicamentos.....	100
2.6.1. Garantías Constitucionales presentadas	101
Capítulo tercero	109
Caso práctico de la subasta inversa corporativa de medicamentos 2016 y otros intentos por parte del estado de garantizar el derecho de acceso a medicamentos de la población	109
3.1. Subasta corporativa de medicamentos 2016	109
3.1.1. Modelo de gestión	112
3.1.2. Procedimiento	113
3.1.3. Análisis de precios del mercado y economía de escala.....	115
3.1.4. Resultados	116
3.2. Otros intentos por parte del estado de garantizar el derecho a la salud	118
3.2.1. Caso Enfarma	119
a) Diseño del proyecto y objetivos.....	120
b) Fracazos	121

Conclusiones	123
Bibliografía	129
Anexos.....	139

Introducción

El derecho a la salud de la población establecido en el artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador, abarca derechos como es el de acceso a medicamentos, estudiando a profundidad su alcance, las normas que lo garantizan, y como en el ejercicio del mismo se pueden evidenciar algunas tensiones con la libertad de mercado de la industria farmacéutica, llevándonos a analizar los efectos horizontales y verticales de este derecho, para lograr definir el alcance de los mismos y su nivel de exigencia hacia otros actores incluyendo al estado, con la finalidad de evidenciar si las actuaciones de la industria farmacéutica han afectado a los derechos de la salud y de acceso a medicamentos de la población de nuestro país.

En el primer capítulo se estudiará el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, desde la parte normativa de instrumentos internacionales, normativa nacional y doctrina, luego se realizará una comparación respecto al ejercicio del derecho de acceso a medicamentos en relación con los intereses comerciales de la industria farmacéutica, su protección en diferentes tipos de estados, y se realizará un análisis respecto a los efectos de los derechos verticales y horizontales.

En el segundo capítulo se desarrollarán las tensiones que surgen entre la libertad de mercado y la garantía de los derechos a la salud y de acceso a medicamentos, se investigará sobre el desarrollo de la industria farmacéutica en nuestro país y en el contexto mundial, para luego evaluar los mecanismos existentes respecto a la regulación de precios, patentes y posibles conflictos de competencia entre las empresas dentro del mercado, llevándonos a verificar si para ejercer este derecho la población se ha visto en la necesidad de plantear acciones constitucionales y legales para ejercerlos.

En el capítulo tercero, se abordará los intentos del Estado ecuatoriano respecto a garantizar el derecho de acceso a medicamentos de la población, a lo que se estudiará sobre el desarrollo de la subasta inversa corporativa de medicamentos, como un procedimiento de contratación con el cual se pueden adquirir medicamentos a grande escala, y la creación de empresas públicas con el fin de dotación de medicamentos.

Este contenido nos permitirá concluir si existe o no regulación a las ganancias de la industria farmacéutica, lo que podría provocar que se establezcan precios, se manejen patentes y controlen el mercado de acuerdo con sus intereses y por tanto afectando a la disponibilidad y acceso a medicamentos por parte de la población de nuestro país.

Capítulo primero

Los derechos a la salud y al acceso a medicamentos

En el presente capítulo se analizarán aspectos sobre el derecho a la salud y el derecho de acceso a medicamentos, tales como sus definiciones y su estructura jurídica, una vez que se establezca este marco teórico, se procederá a verificar su prevalencia sobre los intereses comerciales de la industria farmacéutica, incluyendo un enfoque sobre la protección de estos derechos en los estados liberal y social, con la finalidad de identificar los niveles de cobertura y garantía de los mismos, logrando así visibilizar el alcance de los efectos verticales y horizontales que tienen los derechos respecto a su garantía y los sujetos obligados a tutelar su cumplimiento.

Para poder identificar el derecho a la salud, se abordará el mismo desde varias aristas como los instrumentos internacionales, la normativa nacional, y la doctrina, con el objetivo de evidenciar su nivel de cumplimiento y nudos críticos de aplicación de estos contenidos normativos en la práctica real de estos derechos.

1.1 El derecho a la salud en los instrumentos internacionales

En los instrumentos internacionales, se determinan condiciones a ser cumplidas respecto a la garantía del derecho a la salud, considerando que el contenido de los mismos tiene categoría de *ius cogens* y que nuestra Constitución plantea como principio para aplicación de los tratados y convenios internacionales el de *clausula abierta*¹, es decir que los mismos siempre que tengan un contenido progresivo de derechos rigen en nuestro país, y su nivel de aplicación tiene el mismo nivel jerárquico que la Constitución², es decir de obligatorio cumplimiento.

En el marco del contexto de analizar los instrumentos internacionales relacionados o vinculados al derecho a la salud, se desarrollará un esquema respecto a la existencia de estos y su contenido.

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 417.

Tabla 1

Instrumentos internacionales relacionados al derecho a la salud

Denominación del instrumento internacional	Tipo de sistema	Fecha de ratificación por parte del estado Ecuatoriano o fecha de emisión	Texto relacionado al derecho a la salud
Declaración Universal de los Derechos Humanos	Universal	10 de diciembre de 1948	Se garantiza un adecuado nivel de vida, que incluye el derecho a la salud, incluyendo la maternidad y la infancia. ³
Constitución de la Organización Mundial de la Salud	Universal	25 de enero de 1949	Define a la salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.” ⁴ Lograr que todos los pueblos alcancen el más alto grado posible de salud. ⁵
Pacto de derechos económicos, sociales, culturales, civiles políticos	Universal	24 de enero de 1969	Garantía del derecho a la salud, lineamientos generales. ⁶
Convención sobre los derechos de los Niños	Universal	21 de marzo de 1990	Garantía del derecho a la salud de los niños, y a atención primaria de servicios públicos de salud. ⁷
Observación general N° 14 (El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Universal	12 de mayo de 2000	Es el documento que contiene el mayor contenido referente a la concepción del derecho a la salud y que desagrega su concepción hasta su exigencia. ⁸
Convención Interamericana sobre Derechos Humanos	Interamericano	27 de octubre de 1977	Se incluye a la salud como un tema a ser aplicado para la garantía de algunos derechos, como el derecho a la libertad de reunión, de resistencia, etc. ⁹

³ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 25.

⁴ Organización Mundial de la Salud, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, 25 de enero de 1949.

⁵ *Ibid.*

⁶ ONU Asamblea General, *Pacto de derechos económicos, sociales, culturales, civiles políticos*, 24 de enero 1969, art. 12.

⁷ ONU Asamblea General, *Convención sobre los derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, art. 24.

⁸ ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud: 11/08/2000, E/C.12/2000/4, Consejo Económico y Social*, 1, http://repositoriodcpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/789/Inf_NU_ObservacionDerechoSalud_2000.pdf?sequence=1.

⁹ OEA, *Convención Interamericana de Derechos Humanos*, 6 de agosto de 1984.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)	Interamericano	16 de marzo de 1993	Se reconoce de forma expresa el derecho a la salud, y se establece medidas para garantizarlo. ¹⁰ Limitación respecto a los derechos sindicales cuando sean servicios de salud pública.
Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes	Interamericano	6 de febrero de 2007	Reconocimiento del derecho a la salud para los jóvenes. ¹¹

Fuente: Instrumentos internacionales consultados en Lexis Finder

Elaboración propia

Como se puede evidenciar de acuerdo con la información de la tabla anterior, se puede constatar que existen instrumentos internacionales que desarrollan el derecho a la salud, los más destacados son:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25, párrafo 1, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida que garantice la salud, en especial la alimentación, la vivienda, el vestido, la asistencia técnica y el acceso a servicios sociales de la persona y de su familia.

En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos, en el artículo 12, número 1, que señala que los estados reconocen el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental.

El Pacto adicional sobre derechos humanos - Protocolo San Salvador, en el artículo 10, número 2, recoge de mayor forma la garantía del derecho a la salud, y estableciendo medidas para tutelarlos, como la atención primaria de salud, la extensión de beneficios de los servicios de salud, total inmunización de enfermedades infecciosas, prevención y tratamiento de enfermedades endémicas y profesionales, educación a la población sobre prevención y tratamientos de salud, y, la protección del derecho a la salud de grupos vulnerables.

El instrumento internacional que se estudiará a profundidad, debido a su contenido son las observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se realizan en función del contenido del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles Políticos, en este instrumento se aborda el derecho a la salud desde tres aristas: primero el contenido normativo sobre el derecho a

¹⁰ OEA, *Protocolo adicional sobre derechos humanos. Protocolo de San Salvador*, 23 de abril de 1993, art. 10.

¹¹ OEA, *Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes*, 10 de noviembre de 2008.

la salud, segundo las obligaciones de los Estados parte, y, tercero las violaciones a este derecho.

En lo referente al contenido normativo, se destaca la observación general número 14, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud”, que indica en el número 8:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.¹²

Uno de los aportes más significativos, es que le dan al derecho a la salud dos matices importantes, el uno refiriéndose a las libertades que lo componen, como el de controlar su cuerpo y su salud, incluyendo la libertad sexual y de género, y, el de no ser sometido a torturas o tratos crueles, libertades que hoy en día en países como el nuestro aún siguen siendo violentadas, como en los casos en los que se permite que niñas y adolescentes sean madres, cuando han sido víctimas de violación¹³ o simplemente por desconocer métodos anticonceptivos¹⁴.

Entre los derechos se refiere a que las personas puedan acceder a sistemas de salud integrales en igualdad de condiciones, con la finalidad de que con la unión de ambos matices una persona pueda gozar del más alto nivel posible de salud.

Como se puede evidenciar en el contenido normativo de las observaciones generales del instrumento internacional mencionado, se efectúa un análisis completo respecto al derecho a la salud, del cual se originan otros derechos como el de la alimentación y nutrición, vivienda, acceso a agua potable, condiciones de trabajo seguras, y un medio ambiente sano, el derecho a la información respecto a cuestiones relacionadas a la salud, vida sexual y reproductiva, y un aspecto importante respecto a la inclusión de

¹² ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4*, 16 de febrero de 2019, num. 5, http://repositorioicdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/789/Inf_NU_ObservacionDerechoSalud_2000.pdf?sequence=1.

¹³ Portal Noticias de América Latina y El Caribe, “Ecuador: la situación de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación”, acceso el 20 de octubre de 2020, <https://www.nodal.am/2019/09/la-situacion-de-las-ninas-adolescentes-y-mujeres-victimas-de-violacion-en-ecuador/>.

¹⁴ Diario El Comercio, “Ecuador, tercer país en la región con la tasa más alta de embarazos entre 10 y 19 años”, 12 de mayo de 2018, <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-estadisticas-embarazo-adolescente-mama.html>

la población sobre la toma de decisiones sobre temas relacionados con el derecho a la salud.

En el número 5, de la observación general citada anteriormente se hace un reconocimiento respecto a que el Comité considera que millones de personas en el mundo no tienen acceso al derecho a la salud, y que en casos de pobreza extrema la garantía de este derecho es cada vez más lejana de garantizar por parte de los estados.

Se analiza de igual forma la evolución de la definición del derecho a la salud se menciona en el número 10, de las observaciones generales que como parte estructural del derecho se concibe la distribución de los recursos, diferencias basadas en una perspectiva de género, inquietudes de carácter social como violencia o conflictos armados, y la inclusión de enfermedades que se consideraban desconocidas como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA).

Referente al contenido de las obligaciones de los Estados parte, se establece como obligación la aplicación del principio de igualdad y no discriminación respecto a la garantía del derecho a la salud, establece la progresividad del derecho. Se aplican tres niveles de cumplimiento, respetar, proteger y cumplir.

Destaca en el número 35, de la observación general 14, que los estados dentro de la obligación de proteger, el de velar por que la privatización del sector salud, no se constituya en una amenaza a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de salud, incluyendo a la comercialización de equipamiento médico y medicamentos.

Se considera que en esta parte la observación no contempla que para garantizar el acceso al derecho a la salud, el estado debe ser el principal actor, a través de una estructura estatal que permita tutelar este derecho, sin dejar de lado que se deje abierta una arista para que los servicios de salud privados presten servicios de salud y que sean regulados, determinando acciones concretas para la realización plena del derecho a la salud.

En el número 38, de la observación general 14, se refiere a la Declaración Alma-Ata, referente a que: “[...] la grave desigualdad existente en el estado de salud da la población, especialmente entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como dentro de cada país, es política, social y económicamente inaceptable y, por tanto, motivo de preocupación común para todos los países”.¹⁵

¹⁵ ONU, *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4*, 16 de febrero de 2019, num. 38.

La Declaración Alma-Ata, a la que hace referencia el contenido citado se refiere a la Conferencia Internacional de atención primaria de salud, de 12 de septiembre de 1978, en la que de igual forma se establecieron postulados sobre el ejercicio del derecho a la salud en el mundo, pero se debe preguntar ¿qué mecanismos existen para verificar que estos postulados se estén cumpliendo por parte de los estados?, cuando lo que se debería realizar es un plan programático que permita concatenar la norma con la práctica real de un derecho.

Respecto a las violaciones establecidas en el número 59, de la observación general, se señala:

Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional (30). Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos. Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidores, las asociaciones en pro de los derechos del paciente o las instituciones análogas de cada país deberán ocuparse de las violaciones del derecho a la salud.¹⁶

Dentro del deber de resguardar el cumplimiento del derecho a la salud, el Estado debe precautelar de igual forma el acceso a mecanismos judiciales efectivos para hacer que estos derechos sean ágiles en función de tutelarlos, incluyendo como se señala en la cita, el derecho de reparación y de garantizar que estas violaciones no vuelvan a suceder, de igual forma en el número 33¹⁷, de la observación general, objeto de estudio, se establece tres dimensiones respecto a las obligaciones de los Estados parte, la de respetar, proteger y cumplir, constituyéndose esta última en la obligación de establecer medidas de carácter legislativo para afianzar el cumplimiento del derecho a la salud de la población.

En nuestro país han existido casos judicializados respecto al derecho de acceso a medicamentos, este tipo de acciones interpuestas serán estudiadas en el capítulo segundo del presente trabajo de investigación, en el cual se analizará si esos mecanismos han contribuido a la restitución de estos derechos posterior a su vulneración.

De la observación general analizada anteriormente, se indica que los Estados parte deben considerar en su ordenamiento jurídico interno, el reconocimiento de instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho a la salud, permitiendo que cuando

¹⁶ *Ibíd.*, num. 59.

¹⁷ *Ibíd.*, num. 33.

existan violaciones dichos instrumentos internacionales puedan ser aplicados por los jueces para solucionar y motivar sus resoluciones, entendiendo que el contenido de los mismos desarrollan el alcance de estos derechos, incluyendo reparación, y principios que resguarden que quién haya sufrido una violación a un derecho, no continúe más en esa situación.

Esta disposición se recoge en la Constitución de la República del Ecuador, al establecer en el artículo 417 la *cláusula abierta*, respecto de la aplicación directa de instrumentos, tratados o convenios internacionales, en los cuales cuyo contenido sea progresivo de derechos. Sin dejar de lado que la aplicación del contenido de algunos de los instrumentos internacionales responde a la categoría de *ius cogens*, lo cual refuerza las razones para aplicarlos de forma directa.

Una vez analizado el contenido de la observación general 14, se investigará sobre los informes emitidos por los relatores especiales nombrados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, respecto al derecho a la salud.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución No. 33/9, de fecha 6 de octubre de 2016, resolvió prorrogar en funciones al *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* (en lo sucesivo relator especial sobre el derecho a la salud), el mismo que de acuerdo al contenido de la resolución tiene como mandato presentar propuestas para la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible relacionados con el derecho de la salud¹⁸, bajo su responsabilidad tiene la obligación de controlar la situación del derecho a la salud en el mundo, por medio de visitas y la generación de informes. Una de sus funciones más importantes es de gestionar quejas de personas afectadas y evidenciar la atención de los Estados parte.

Del informe No. A/74/174, remitido a la Asamblea General por Dainius Puras, relator especial, el 16 de julio de 2019, se desprende lo siguiente:

¹⁸ ONU Consejo de Derechos Humanos, *Resolución No. A/HRC/RES/33/9*, 6 de octubre de 2016, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/33/9>.

Tabla 2
Informe de 2019 del relator especial del derecho a la salud a la Asamblea General de la ONU

Tema	Consideraciones del relator especial
Efectividad del derecho a la salud	La efectividad del derecho a la salud incluye el análisis factores como la desigualdad, la discriminación, la violencia y condiciones ambientales ¹⁹ .
Educación sanitaria	La educación sanitaria debe superar las concepciones biomédicas de la salud y superar la dependencia del sector sanitario. Los sistemas de salud deben tener un enfoque de derechos humanos que reconozcan e incluyan a todos los sectores incluidos sus usuarios ²⁰ .
Grupos defensores de los derechos de los pacientes – industria farmacéutica	La existencia de grupos defensores de los derechos de los pacientes, que fueron organizados por parte de la industria farmacéutica para defender sus intereses ²¹ .
Formación académica de médicos	La formación en universidades no ha prestado atención a grupos vulnerables de la sociedad, se detectó que existe resistencia por parte de los médicos a trabajar con grupos en situación de vulnerabilidad, grupos en pobreza extrema, uso de drogas o personas sin hogar ²² .
Suministros necesarios para que los médicos brinden servicios de salud de calidad	Los profesionales sanitarios no pueden desempeñar adecuadamente su labor sin un suministro fiable y constante de medicamentos, incluida tecnología de las comunicaciones, adecuados y de calidad ²³ .
Corrupción en el sector de salud	El Relator menciona que quienes tienen mayor acceso a ser corrompidos son los médicos que se encuentran en rangos directivos, ya que tienen el poder y decisión de negociación y de disponibilidad de presupuesto para determinados fines ²⁴ .

Fuente: Informe No. A/74/174 del Relator Especial

Elaboración propia

Del informe remitido por el relator especial del derecho a la salud, se menciona la importancia de generar impulsos estatales para la atención primaria de servicios de salud, generando políticas que le otorguen relevancia y establezcan incentivos, también considera necesario que se reduzca la brecha de jerarquización entre el personal sanitario, debido a que estas generan riesgos de corrupción entre los médicos de alto nivel, y la discriminación de personal de menor rango, y, por último la capacitación del personal sanitario como un elemento esencial para mejorar el servicio de salud; realiza un análisis

¹⁹ ONU Asamblea General, *Informe No. A/74/174*, 16 de Julio de 2019, 4. https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/74/174&Lang=S, “El logro de la plena efectividad del derecho a la salud no depende de la mera prestación de una atención médica de calidad para todos, también hay que abordar los determinantes de la salud, en particular la desigualdad, la discriminación, la violencia y las condiciones ambientales”.

²⁰ ONU, *Informe No. A/74/174*, 16 de Julio de 2019, 6.

²¹ *Ibíd.*, 7.

²² *Ibíd.*, 12.

²³ *Ibíd.*, 15.

²⁴ *Ibíd.*, 16.

importante respecto a vincular mallas curriculares de universidades y facultades de medicina con enfoque de derechos humanos.

Para mi forma de ver el Relator Especial en el presente informe no profundiza en temas esenciales como el ejercicio real del derecho a la salud en los países, su acceso visto desde un enfoque de garantía por parte del estado, adicional a ello tampoco hace referencia a la horizontalidad de cobertura de este derecho desde servicios de salud privada, y referente al acceso a medicamentos.

En un breve análisis sobre los informes presentados por otros Relatores en años anteriores, y relacionados al derecho de acceso a medicamentos, se destaca el de Anand Grover, del año 2009, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos, en el que menciona que es necesario que los estados garanticen la disponibilidad, y accesibilidad de medicamentos culturalmente aceptables²⁵, evidencia que un elemento esencial de la accesibilidad en el precio, el cual se debe establecer en condiciones no discriminatorias²⁶, señala que permitir el acceso a los medicamentos salvaría la vida de 10.000 millones de vidas al año²⁷, y también determina la importancia del uso de medicamentos genéricos.

De la investigación realizada en la página web de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas²⁸, se evidencia que el informe del Relator Especial sobre el derecho a la salud se referirá a la pandemia actual que estamos atravesando sobre el covid-19²⁹.

Como parte fundamental de continuar con el análisis de instrumentos y organismos internacionales es verificar la gestión realizada por la Organización Mundial de la Salud -OMS-, y cómo este organismo internacional ha tutelado el derecho a la salud en los diferentes países del mundo.

Por otra parte, en un artículo publicado por la OMS en diciembre de 2017³⁰, se realizó un análisis sobre el derecho a la salud en el contexto mundial, en lo que se destaca que:

²⁵ ONU Consejo de Derechos Humanos, *Informe No. A/HRC/11/12*, 31 de marzo de 2009, 10^a, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/127/14/PDF/G0912714.pdf?OpenElement>.

²⁶ ONU, *Informe No. A/HRC/11/12*, 31 de marzo de 2009, 11.

²⁷ *Ibíd.*, 14.

²⁸ ONU, acceso el 14 de octubre de 2020, <https://www.ohchr.org/SP/NewYork/Pages/Overview.aspx>

²⁹ Se adjunta como anexo un extracto de los informes de los Relatores Especiales del derecho a la salud, presentados desde el año 2003. ONU, “Annual reports”, acceso el 17 de octubre de 2020, <https://ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/AnnualReports.aspx>.

³⁰ Organización Mundial de la Salud, “Salud y derechos humanos”, acceso el 10 de marzo de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.

- El derecho a la salud abarca libertades y derechos, dentro de las libertades se encuentran el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo, dentro del que se destacan los derechos sexuales y reproductivos, establece como un derecho el de acceder a un sistema de protección de la salud que de forma equitativa ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de gozar de salud.
- Las políticas y programas de salud pueden promover o violar derechos, es por esto por lo que estas medidas deben ser orientadas a respetar y proteger los derechos.
- Señala que existen leyes o políticas de Estado que afectan a personas particularmente vulnerables (pueblos indígenas, jóvenes, personas GLBTI, o consumidores de drogas), ya que el contenido de estos cuerpos legales los convierte en víctimas que agravan su condición y dificultan su acceso a servicios de prevención y atención.
- Una de las violaciones más comunes a los derechos humanos, es la discriminación, por ejemplo en casos de enfermos mentales que son obligados a someterse a tratamientos crueles y no médicos, o pacientes que son dados de alta prematuramente únicamente con el objetivo de disponer de ese recurso para otro paciente, lo que ocasiona complicaciones en su recuperación y viola su derecho a recibir un tratamiento médico; o a las mujeres cuando se les deniega el acceso a servicios de atención de salud sexual y reproductiva confundiendo al derecho a la salud con valores sociales relativos a la sexualidad.
- Principios del derecho a la salud, no discriminación, disponibilidad, accesibilidad, calidad, rendición de cuentas, y universalidad, que permiten configurar a través de su cumplimiento el ejercicio pleno del derecho a la salud.
- La respuesta de la OMS, para tutelar de mejor forma el desarrollo y protección del derecho a la salud, se basará en fortalecer la capacidad de la OMS y sus estados miembros para enfocar el derecho a la salud basado en derechos humanos.

Analizando el contenido de lo evidenciado por la OMS en el artículo citado, respecto al derecho a la salud, es importante destacar que se evidencia la realidad de grupos o personas vulnerables, que no tienen garantizado su derecho a la salud, ya que la protección de este se ha delimitado a concepciones de determinadas personas de acuerdo con su visión social que han hecho que la salud, o su alcance solo se desarrolle para una limitada sección de la población.

Es importante para tener un enfoque general de como se garantiza el derecho a la salud verificar el contenido de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su alcance y contenido, con la finalidad de constatar de que forma resuelven los casos en los que se demanda a los estados por estas vulneraciones, y cómo se enlaza la garantía con el ejercicio de otros derechos conexos.

Las sentencias que a continuación se detallan, fueron seleccionadas ya que en su parte resolutive se tutela el derecho a la salud, ya sea vinculado a otros derechos o por haber sido exigido de forma autónoma:

Tabla 3
Sentencias de Corte Interamericana de Derechos Humanos

No.	Pretensión:	Caso No.:	Fecha:	Resolución:
1	Reconocimiento de derechos de propiedad de tierras ancestrales y que el estado proporcione entre otros servicios de salud	Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay	17 de junio de 2005	Se resolvió que es estado debe reconocer la propiedad ancestral de las tierras y suministrar servicios básicos a los miembros de la Comunidad entre ellos el servicio de salud.
2	Reconocimiento de los derechos de la comunidad a tener un territorio, y que ello a desencadenado en que se violen otros derechos como servicios de salud, alimentación y servicios sanitarios	Comunidad Indígena Sawhoyam axa Vs. Paraguay	29 de marzo de 2006	Resolvió que el estado violó el derecho a la propiedad de tierras ancestrales de la Comunidad, ordena entregar las tierras y cumplir con todos los requisitos legales para su posesión, ordena que se brinde los servicios sanitarios, ordena que se establezcan sistemas de comunicación para que la Comunidad pueda comunicarse con autoridades de salud para la atención oportuna de emergencias.
3	Demanda al estado por el reconocimiento de maltratos sufridos por un paciente de enfermedad mental, tratos inhumanos, y posterior muerte	Ximenes López Vs. Brasil	4 de julio de 2006	Declara que el estado violó el derecho a la vida y a la integridad personal, ya que la muerte del señor Ximenes fue ocasionada por tratamientos crueles y ortodoxos realizados por la Clínica donde era atendido en un tratamiento por enfermedad mental.

4	Demanda por mala practica médica de un servicio de salud de un médico de un dispensario de la Comisión de Tránsito de Guayas	Suárez Peralta Vs. Ecuador	21 de mayo de 2013	<p>El Ecuador es responsable por violar el derecho a la tutela judicial efectiva respecto de que los accionantes denunciaron la mala practica médica cometida en contra de la señora.</p> <p>Estableció que es necesario que los Estados cuenten con normativa que regule servicios médicos públicos y privados, y que se cuenten con mecanismos de supervisión y fiscalización estatal.</p>
5	Demanda por que un privado de la libertad contrajo una enfermedad que no fue tratada a tiempo, lo que produjo graves consecuencias en su salud, como pérdida absoluta de la visión, incapacidad de un brazo, y pérdida de la memoria.	Hernández Vs. Argentina	22 de noviembre de 2019	<p>Declaró la responsabilidad del estado por la violación a la integridad personal y el derecho a la salud, derecho a la protección judicial.</p> <p>Ordenó la reparación económica, y determinó que se debe realizar capacitaciones al personal de centros privados de la libertad, y publicar disculpas públicas.</p>
6	Se demanda por la intervención quirúrgica realizada a la señora I.V., en la que sin su consentimiento y bajo una razón médica se lo hizo una operación ligadura de sus trompas de Falopio, ocasionando la pérdida de su función reproductora, y el Estado no tuvo una respuesta judicial efectiva frente a estas vulneraciones.	I.V. Vs. Bolivia	30 de noviembre de 2016	<p>Resolvió que el estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, y a fundar una familia.</p> <p>Adicional el estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías y protección judiciales.</p> <p>El estado debe brindar de forma gratuita atención de salud, sexual y reproductiva a la señora I.V., y atención psicológica.</p> <p>Fija reparación económica, disculpas públicas, y adoptar programas de educación y formación de temas de consentimiento informado.</p>
7	Se demanda la negligencia del estado respecto a la atención médica otorgada al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, en la cual no se tuvo su conocimiento informado sobre el procedimiento, y se le habría dado de alta cuando él aún no tenía las condiciones médicas para hacerlo, razón que	Poblete Vilches y Otros Vs. Chile	8 de marzo de 2018	<p>Declara que el estado es el responsable por la violación del derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a tener un consentimiento informado, y acceso a la información en materia de salud.</p> <p>El estado debe reconocer su responsabilidad, debe implementar programas de capacitación en derechos humanos, debe prestar atención médica y psicológica a las víctimas.</p>

	había desencadenado en su muerte.			
8	49 víctimas demandan al estado por no haber proporcionado el tratamiento eficaz para la enfermedad de VIH SIDA que padecen, y que al aplicar un tratamiento 8 de las personas fallecieron a causa de ello.	Cuscul Pivaral y Otros Vs. Guatemala	23 de agosto de 2018	<p>El estado es responsable por la violación del derecho a la vida, y la integridad personal.</p> <p>El estado debe reconocer en acto público su responsabilidad.</p> <p>Debe brindar atención médica y psicológica a las víctimas.</p> <p>El estado debe implementar mecanismos de fiscalización y supervisión de los servicios de salud, para mejorar la disponibilidad y calidad de los servicios de salud a personas con VIH.</p>
9	Se demanda por la falta de protección del estado respecto a la demanda penal establecida por la parte afectada respecto a la muerte de la señora Albán por una mala prescripción médica realizada en el Hospital Metropolitano de la ciudad de Quito-Ecuador.	Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador	22 de noviembre de 2007	<p>Resolvió que el estado violó el derecho de garantías y protección judiciales de las víctimas.</p> <p>El estado debe difundir los derechos de los pacientes utilizando los medios de comunicación adecuados y tomando en cuenta la legislación existente en Ecuador e Internacional.</p>
10	Se demanda al Estado por que la niña Talía Gonzales fue contaminada de VIH SIDA en un establecimiento de salud privado.	Gonzáles Lluy y Otros Vs. Ecuador	1 de septiembre de 2015	<p>Resolvió la responsabilidad del estado por la violación del derecho a la vida e integridad personal, por la violación de la obligación de fiscalizar y supervisar la prestación de servicios de salud.</p> <p>Es responsable por la violación del derecho a la educación ya que la niña fue discriminada.</p> <p>Establece que el estado debe dar de forma gratuita y oportuna el tratamiento médico y psicológico a la víctima.</p> <p>El estado debe otorgar una beca para los estudios universitarios y de posgrado, adicional de una vivienda.</p>

Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹

³¹ 1. Corte IDH, "Sentencia de 17 de junio de 2005", *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, 17 de junio de 2005, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. 2. Corte IDH, "Sentencia de 29 de marzo de 2006", *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, 29 de marzo de 2006, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. 3. Corte IDH, "Sentencia de 4 de julio de 2006", *Caso Ximenes López Vs. Brasil*, 4 de julio de 2006,

Elaboración propia

Las acciones interpuestas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos son sustentadas en función de evidenciar que los estados no han precautelado derechos como la tutela judicial efectiva y la protección judicial, frente a exigir en acciones judiciales el derecho a la salud y de acceso a medicamentos.

Es importante evidenciar como la Corte Interamericana de Derechos Humanos vincula al derecho a la salud con el ejercicio de otros derechos, como el de propiedad ancestral, estableciéndolo como un pilar fundamental para el desarrollo de este.

En la sentencia *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, se establece que el estado debe contar con normativa que regule los servicios médicos públicos y privados, que incluyan mecanismos de supervisión y fiscalización.

En la sentencia *Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*, se determinó el derecho a tener consentimiento previo informado considerado como un pilar fundamental para que los derechos de los pacientes sean respetados, cuando acceden a servicios sanitarios, y el alcance de los servicios de salud en el que se debe respetar condiciones de igualdad material entre las personas, entendiendo que para determinados grupos de la población como discapacitados o personas privadas de la libertad el acceso a servicios de salud de forma oportuna pueda recaer de forma directa en el respeto al derecho a la vida de ese grupo de personas.

Uno de los casos con más relevancia en nuestro país fue el de *González Lluy y Otros Vs. Ecuador*, en el que se demandó al Estado ecuatoriano por que una niña fue contaminada de VIH SIDA en un centro de atención de salud, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el Estado ecuatoriano es el responsable por violación al derecho a la vida e integridad personal, ya que no cumplió con su obligación de fiscalizar

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. 4. Corte IDH, “Sentencia de 21 de mayo de 2013”, *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, 21 de mayo de 2013, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf. 5. Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2019”, *Caso Hernández Vs. Argentina*, 22 de noviembre de 2019, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf. 6. Corte IDH, “Sentencia de 30 de noviembre de 2016”, *Caso I.V. Vs. Bolivia*, 30 de noviembre de 2016, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. 7. Corte IDH, “Sentencia de 8 de marzo de 2018”, *Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*, 8 de marzo de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. 8. Corte IDH, “Sentencia de 23 de agosto de 2018”, *Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs. Guatemala*, 23 de agosto de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf. 9. Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2007”, *Caso Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador*, 22 de noviembre de 2007, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf. 10. Corte IDH, “Sentencia de 1 de septiembre de 2015”, *Caso González Lluy y Otros Vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.

y supervisar a prestadores de servicios de salud, condena al Estado a la reparación del derecho de educación y vivienda adicionalmente.

Como hemos podido constatar de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se realizan exámenes minuciosos a cada una de las causas evidenciando los derechos vulnerados, y su conexión con el ejercicio real de otros derechos, vinculando en este análisis el cumplimiento de las obligaciones generales, como la analizada en el capítulo primero de este trabajo de investigación respecto a “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud”, establecido en la Obligación General 14, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en las que se establece que para el desarrollo pleno del derecho a la salud, es necesario vincularlo con otros derechos, y se establece la triple dimensión de cumplimiento de estos derechos como el de respetar, proteger y cumplir, aspectos empleados en el análisis de estas causas, ya que en sus resoluciones se determina que los estados demandados han omitido su responsabilidad de respetar, proteger o cumplir.

Tanto las acciones jurisdiccionales en el ámbito nacional como el ámbito internacional han sido iniciadas por que los funcionarios públicos de hospitales o de entes de salud privados, han vulnerado el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población, por decisiones administrativas o por omisión, inobservando contenido constitucional y de normas infra constitucionales.

En relación a lo mencionado respecto al derecho a la salud en los instrumentos internacionales y en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se constató que los mismos en diferentes momentos y aristas han efectuado acciones para desarrollar el derecho a la salud, y así determinar lineamientos claros para hacer efectivo su cumplimiento por parte de los estados, a continuación se iniciará el análisis del derecho a la salud en la normativa nacional de nuestro país, lo que nos permitirá conocer el contenido constitucional, y de normas infra constitucionales emitidas.

1.2. Normativa nacional sobre el derecho a la salud

El derecho a la salud, abordado desde el punto de vista constitucional, se encuentra desarrollado en el artículo 32 de nuestra Constitución, en el que se establece a la salud como un derecho y se lo vincula con otros, como el agua, la alimentación, la educación,

la cultura física, el trabajo, la seguridad social, ambiente sano y otros derechos que sustenten el buen vivir, y detalla que el Estado garantizará este derecho: a través de la implementación de políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales, con la finalidad de que las personas gocen de forma permanente, oportuna, y sin exclusión, ni discriminación del referido derecho.

La Constitución a través del artículo en mención distingue los tipos de alcances que tiene el derecho a la salud, los cuales son: “atención integral de salud, salud sexual, y salud reproductiva”³², y establece que los servicios de salud se desarrollarán bajo los “principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución, y bioética, incluyendo enfoque de género y generacional”³³. La Constitución establece atención prioritaria de servicios de salud para personas adultas mayores³⁴, a los jóvenes³⁵, mujeres embarazadas³⁶, niños, niñas y adolescentes³⁷, personas con discapacidad³⁸, personas privadas de la libertad³⁹, y en general a todas las personas⁴⁰.

Como se puede evidenciar la Constitución vigente establece un contenido integral respecto al derecho a la salud, definiendo sus diferentes aristas y convirtiéndose en un texto sumamente garantista.

En el artículo 3, numeral 1º, de la Constitución de la República del Ecuador, hace referencia a que el estado tiene la obligación de garantizar sin discriminación alguna el derecho a la salud de la población.

Teniendo como sujetos obligados a cumplir con este derecho, al Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, que presten servicios públicos, dentro de los cuales se detalla el de la salud.⁴¹

Con la finalidad de verificar el contenido normativo de la Constitución vigente, se estudiará el texto actual en comparación con la Constitución de 1998, respecto al derecho a la salud, como se puede observar a continuación:

³² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 32.

³³ *Ibíd.*, art. 32.

³⁴ *Ibíd.*, art. 37.

³⁵ *Ibíd.*, art. 39.

³⁶ *Ibíd.*, art. 43.

³⁷ *Ibíd.*, art. 45.

³⁸ *Ibíd.*, art. 47.

³⁹ *Ibíd.*, art. 51.

⁴⁰ *Ibíd.*, art. 66.

⁴¹ *Ibíd.*, art. 11, número 9.

Tabla 4

Cuadro comparativo del derecho a la salud. Constitución 1998 y 2008

Indicadores	Constitución de 1998	Constitución de 2008
Concepción - derecho a la salud	<p>La salud es un derecho garantizado por el estado, no señala su clasificación únicamente indica cómo se desarrolla con otros servicios.⁴²</p> <p>Establece como principios del derecho a la salud, la equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.⁴³</p> <p>Señala que el estado “adoptará programas tendientes a eliminar el alcoholismo y otras toxicomanías”, limitándose únicamente a esta actividad.⁴⁴</p> <p>El derecho a la salud es un derecho garantizado desde la categorización de derechos civiles.⁴⁵</p>	<p>La salud un derecho que el estado garantiza, clasifica a este derecho en: atención integral de salud, salud sexual, y salud reproductiva.⁴⁶</p> <p>Se establece la responsabilidad del estado referente a universalizar la atención de salud, fortalecer servicios estatales, garantizar prácticas de salud ancestrales y alternativa, cuidado especializado a grupos prioritarios de atención, “garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos [...] los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales”, y promover el desarrollo integral del personal de salud.⁴⁷</p> <p>Inclusión de garantía del estado a problemas de adicción (drogas, alcohol, y tabaco), con planes de prevención y tratamiento.⁴⁸</p> <p>Se establece al derecho a la salud desde un punto de vista de deber primordial del estado.⁴⁹</p> <p>Se elimina jerarquización de derechos.</p>
Aplicación del principio de igualdad y no discriminación	<p>Se aborda el derecho a la salud desde la igualdad ante la ley.⁵⁰</p> <p>Igualdad formal.</p>	<p>Se elimina el postulado legal, y se aborda el principio de igualdad, desde un punto constitucional de garantía.⁵¹</p> <p>Igualdad material.</p>

⁴² Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 42.

⁴³ *Ibíd.*, art. 42.

⁴⁴ *Ibíd.*, art. 43, inciso segundo.

⁴⁵ *Ibíd.*, art. 23, número 3.

⁴⁶ *Ibíd.*, art. 32.

⁴⁷ *Ibíd.*, art. 363.

⁴⁸ *Ibíd.*, art. 364.

⁴⁹ *Ibíd.*, art. 3.

⁵⁰ *Ibíd.*, art. 23, número 3.

⁵¹ *Ibíd.*, art. 11, número 2, inciso primero.

Derecho a la salud y la soberanía alimentaria	Establece la protección del derecho a la salud desde la promoción y protección por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria. ⁵²	Se prohíbe agroquímicos internacionales prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana, soberanía alimentaria o ecosistemas. ⁵³
Prioridad de gestión de recursos económicos	“El financiamiento de las entidades públicas del sistema nacional de salud provendrá de aportes obligatorios, suficientes y oportunos del Presupuesto General del Estado, de personas que ocupen sus servicios y que tengan capacidad de contribución económica y de otras fuentes que señale la ley. La asignación fiscal para salud pública se incrementará anualmente en el mismo porcentaje en que aumenten los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central. No habrá reducciones presupuestarias en esta materia.” ⁵⁴	Señala que los egresos permanentes para salud son prioritarios y manera excepcional pueden ser financiados con ingresos no permanentes. ⁵⁵ El presupuesto general del estado destinado al financiamiento del sistema nacional de salud se incrementará cada año en un porcentaje no inferior a 0.5% del PIB (base), alcanzando como máximo el 4%. ⁵⁶
Gratuidad del derecho a la salud	Los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para todos. ⁵⁷	Los servicios estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles, diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación. ⁵⁸
Gratuidad en atenciones de emergencia. Verticalidad y horizontalidad de garantía de derecho.	No se podrá negar por ningún motivo la atención de emergencia en establecimientos públicos y privados, no menciona que se establecerán sanciones. ⁵⁹	Los establecimientos públicos o privados, ni profesionales de salud no negarán la atención de emergencia, y señala que se estipularán sanciones conforme con la ley. ⁶⁰
Articulación de Instituciones de Salud	El Sistema Nacional de Salud, será integrado por entidades públicas, autónomas, privadas y comunitarias del sector. ⁶¹	Se consolida un sistema de gestión de salud, el cual está integrado por la red pública integral de salud, establecimientos estatales de salud, proveedores del estado. ⁶²

⁵² Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, art. 42.

⁵³ *Ibíd.*, art. 15.

⁵⁴ *Ibíd.*, art. 46.

⁵⁵ *Ibíd.*, art. 286, inciso primero.

⁵⁶ *Ibíd.*, Disposición Vigésimosegunda.

⁵⁷ *Ibíd.*, art. 43.

⁵⁸ *Ibíd.*, art. 362.

⁵⁹ *Ibíd.*, art. 43.

⁶⁰ *Ibíd.*, art. 365.

⁶¹ *Ibíd.*, art. 45.

⁶² *Ibíd.*, art. 360.

Responsabilidad subsidiaria por daños ambientales	Señala la responsabilidad de daños ambientales al Estado, sus concesionarios o delegatarios, pero no vincula al ambiente con el derecho a la salud de forma directa. ⁶³	En casos de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar el derecho a la salud y restauración de los ecosistemas. ⁶⁴
Convenios o acuerdos internacionales	No establece restricciones respecto a negociar condiciones o cláusulas de acuerdos o tratados internacionales respecto al derecho a la salud.	El estado no se podrá comprometer en cláusulas de acuerdos o convenios internacionales que menoscaben o atenten contra el derecho a la salud. ⁶⁵

Fuente: Constitución Política de la República del Ecuador año 1998 y Constitución de la República del Ecuador año 2008.

Elaboración propia

Con relación a la comparación efectuada en el cuadro anterior, se puede concluir que la Constitución del 2008, evolucionó respecto a la garantía del derecho a la salud, ya que prevé dos cambios sustanciales, el primero es la integralidad de la gratuidad de los servicios públicos de salud, y el segundo incluye dentro de los servicios públicos de salud al tratamiento de adicciones de consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas⁶⁶.

Además, establece condicionamientos para el presupuesto general del Estado, señalando que se deberá incrementar un porcentaje no menor al 0,5% del PIB, alcanzando como máximo el 4%, y un cambio positivo ya que prohíbe que el Estado ecuatoriano se comprometa en cláusulas de acuerdos o convenios internacionales, que menoscaben o atenten contra el derecho a la salud.

Respecto a la inversión en salud y al cumplimiento de esta disposición se desarrollará más adelante este análisis, que podrá permitir constatar si en la realidad esta disposición constitucional se está cumpliendo o no.

En razón de que ya se ha revisado el contenido constitucional, se analizará la normativa infra constitucional que desarrolla el derecho a la salud, para evidenciar si el mismo desarrolla y garantiza este derecho o lo limita y restringe.

A continuación, se realiza un breve análisis respecto al contenido infra constitucional relacionado con el derecho a la salud:

⁶³ *Ibíd.*, art. 91.

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 397.

⁶⁵ *Ibíd.*, art. 403.

⁶⁶ *Ibíd.*, art. 364.

Tabla 5

Normativa infra constitucional - derecho a la salud

Indicador	Denominación de la normativa	Contenido	Fecha de publicación de normativa	Fecha de reforma	Referencia
Definición del derecho a la salud	Ley Orgánica de Salud	Define a la salud como el completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Establece que el principal garante y responsable de este derecho es el Estado.	22 de diciembre de 2006	23 de octubre de 2018	Artículo 3
Autoridad Sanitaria Nacional	Ley Orgánica de Salud	Establece que la Autoridad Sanitaria y ente rector es el Ministerio de Salud	22 de diciembre de 2006	23 de octubre de 2018	Artículo 4
Facultad de regular, vigilar, controlar y autorizar funcionamiento de establecimientos privados	Ley Orgánica de Salud	El Ministerio de Salud Pública tiene como responsabilidad el regular, vigilar, controlar y autorizar el funcionamiento de establecimientos privados donde se realicen servicios de salud.	22 de diciembre de 2006	23 de octubre de 2018	Artículo 6, número 24
Objetivos del Sistema Nacional de Salud	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud	Se plantea como uno de los objetivos del Sistema Nacional de Salud, el garantizar el acceso equitativo y universal a servicios de atención integral de salud.	25 de septiembre de 2002	N/A	Artículo 3
Principios del Sistema Nacional de Salud	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud	Se desarrollan principios sobre los cuales se regirá el Sistema Nacional de Salud, como son equidad, calidad, pluralidad, solidaridad, universalidad,	25 de septiembre de 2002	N/A	Artículo 4
Integrantes del Sistema Nacional de Salud	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud	Se enlista los integrantes del Sistema Nacional de Salud, como instituciones públicas con actividades principales el servicio de salud, universidades, Cruz Roja Ecuatoriana, SOLCA, entidades de salud privadas con y sin fines de lucro, etc.	25 de septiembre de 2002	N/A	Artículo 7

Pertenencia al Sistema Nacional de Salud de compañías que financien servicios de salud y seguros con cobertura y asistencia médica	Ley que Regula Compañías de Salud Prepagada y de Asistencia Médica	Señala que las compañías que financien servicios de atención integral de salud prepagada y las de seguros que ofrezcan seguros con cobertura de asistencia médica, formarán parte del sistema nacional de salud, a cuyas políticas públicas estarán sometidas obligatoriamente.	17 de octubre de 2016	N/A	Artículo 5
Regulación y control de las compañías que financien servicios de salud y seguros con cobertura y asistencia médica – Ámbito contractual	Ley que Regula Compañías de Salud Prepagada y de Asistencia Médica	Se otorga el control, vigilancia, regulación a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, incluida la facultad de dirimir en sede administrativa reclamos respecto al servicio, pero únicamente referente a temas inherentes al ámbito contractual.	17 de octubre de 2016	N/A	Artículo 17, número 5
Regulación y control de las compañías que financien servicios de salud y seguros con cobertura y asistencia médica – Ámbito sanitario	Ley que Regula Compañías de Salud Prepagada y de Asistencia Médica	Se otorga el control, regulación respecto al ámbito sanitario a la Autoridad Sanitaria Nacional, referente a la calidad de prestaciones de servicios, periodos de carencia, emitir dictámenes obligatorios en materia sanitaria sobre controversias en la aplicación de los contratos, y emitir las sanciones respectivas.	17 de octubre de 2016	N/A	Artículo 18
Objetivos de los hospitales Públicos del Ministerio de Salud Pública	Reglamento Orgánico de hospitales del Ministerio de Salud Pública	Se define como uno de los objetivos principales el contribuir al mejoramiento del nivel de salud y vida de la población.	25 de julio de 1984	N/A	Artículo 3
Derivación de pacientes a la red privada de salud – garantía de acceso universal al	Norma Técnica de Servicios de Salud entre Red Pública y Privada	Norma los procedimientos administrativos del relacionamiento interinstitucional por derivación de usuarios/pacientes, que garanticen el acceso universal, oportuno y equitativo a las	28 de junio de 2017	13 de septiembre de 2017	Artículo 1

derecho a la salud		prestaciones de salud en los establecimientos de salud de la Red Pública Integral de Salud y Red Privada Complementaria.			
Beneficiarios de la derivación de pacientes a la red privada de salud	Norma Técnica de Servicios Salud entre Red Pública y Privada	Se describen como beneficiarios de esta norma a: usuarios del IESS, ISSFA, ISSPOL, MSP, y, SPPAT.	28 de junio de 2017	13 de septiembre de 2017	Artículo 3
Gratuidad del servicio de salud	Norma Técnica de Servicios Salud entre Red Pública y Privada	Los prestadores de servicios de salud que reciban usuarios/pacientes por derivación de la Red Pública Integral de Salud, brindarán la atención sin requerir ningún pago, abono a cuenta, garantía o algún otro tipo de compromiso económico como: cheque, letra de cambio, contrato, Boucher de tarjeta de crédito o equivalentes, ni siquiera como contribución voluntaria.	28 de junio de 2017	13 de septiembre de 2017	Artículo 6

Fuente: Información obtenida en el sistema Lexis finder.

Elaboración propia

La normativa infra constitucional relacionada al derecho a la salud que se encuentra vigente en el país es normativa que en su gran mayoría tiene un tiempo de vigencia de más de catorce años promedio, es decir su contenido es anterior a la Constitución del 2008, como son la Ley Orgánica de Salud que fue publicada el 22 de diciembre de 2006 y su última modificación fue realizada el 23 de octubre de 2018, y, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, que fue publicada el 25 de septiembre de 2002, sin haber sufrido reformas.

Ley Orgánica de Salud y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud son las normas infra constitucionales que desarrollan el derecho a la salud, pero dichas normas no se encuentran acorde al alcance de la garantía del derecho a la salud que se encuentra desagregado en la Constitución y en instrumentos internacionales, convirtiéndose en cuerpos normativos insuficientes y desactualizados, sin dejar de lado que en el contenido de los mismos no se establecen lineamientos claros que hagan que estos derechos sean exigibles por la población.

Dentro del análisis realizado en la tabla 3, se evidencia la coexistencia de dos cuerpos legales que podrían tener similar fin, como es el de la Ley Orgánica de Salud y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, ambos se refieren a la garantía por parte del estado respecto al cumplimiento del derecho a la salud, su alcance como servicio y sus niveles de gratuidad, pero su diferencia radica en que la primera se enfoca en regular las acciones que permitan al Ministerio de Salud, como ente rector, efectivizar el derecho a la salud, mientras que la segunda establece los lineamientos, objetivos, normas de funcionamiento de todos quienes integran el Sistema Nacional de Salud.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, en el artículo 7, descrito de forma breve en la tabla 3, se enlista quienes forman parte del Sistema Nacional de Salud, incluyendo como parte de este sistema a entidades públicas y privadas, con o sin fines de lucro, vinculadas al servicio de salud, y al incluirlas como parte del Sistema Nacional de Salud, estas se rigen por las disposiciones que emita el órgano rector que es el Ministerio de Salud Pública -MSP-, disposición que coloca a los centros privados de atención médica bajo el cumplimiento de normativa y regulación del ente rector en salud.

Inclusive, el artículo 7, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, en concordancia con el artículo 5, de la Ley que Regula Compañías de Salud Pre pagada y de Asistencia Médica, ya que se considera como parte del Sistema Nacional de Salud a las compañías que financien servicios de atención integral de salud pre pagada y las de seguros que ofrezcan seguros con cobertura de asistencia médica, limitándose a garantizar que sí los usuarios de los servicios de salud privada tendrían quejas o reclamos respecto al servicio brindado, podrían presentar quejas hacia las correspondientes entidades con capacidad para resolverlos, los reclamos respecto a condiciones contractuales se deberán realizar los mismos hacia la Superintendencia de bancos, valores y seguros, o sí la queja va dirigida exclusivamente a prestaciones referente al servicio de salud las mismas deberán ser dirigidas hacia el Ministerio de Salud Pública -MSP-.

La Ley que regula compañías de salud prepagada y de asistencia médica, se queda corta en función de considerar las vulneraciones que sufren los usuarios de este tipo de seguros, a los cuales se les establece grandes restricciones para enfermedades preexistentes o en casos de maternidad. Por esta razón sería primordial que se refuerce la facultad del Ministerio de Salud Pública respecto a constituirse en el garante principal del derecho a la salud en el Ecuador, organismo que cuente con las suficientes facultades como órgano rector, para hacer valer el derecho a la salud de la población, a través de procedimientos ágiles y tecnificados.

En el año 2015, mediante Decreto Ejecutivo No. 703⁶⁷, se crea a la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada -ACCESS-, como entidad adscrita al Ministerio de Salud Pública, con la facultad de ejercer la regulación técnica, control técnico y la vigilancia sanitaria de la calidad de los servicios de salud pública, privados y comunitarios⁶⁸.

Esta institución de acuerdo a las estadísticas publicadas en su página web oficial www.calidadsalud.gob.ec, señalan que entre enero de 2018 a julio 2020, han ingresado 311 casos, de los cuales 303 han sido resueltos y 8 se encuentran en trámite, cifras que no evidencian si de los casos denunciados se ha determinado incumplimientos a la normativa que rige al sector salud, o si de ello se ha derivado una vulneración al derecho a la salud de los usuarios de estos servicios.

La finalidad de contar con este tipo de instituciones debe ser el de que realmente se garanticen derechos a través de esta estructura estatal, pero ¿cómo una institución con un fin tan importante no es conocida?, ya que al realizar la presente investigación recién pude constatar su existencia, ello podría reflejarse de acuerdo con sus propias estadísticas que su gestión es mínima, ya que en dos años recibieron 311 casos, lo que equivale un caso promedio al mes.

La crisis que actualmente atraviesa el mundo por el coronavirus covid-19, se ha evidenciado la grave falencia que han tenido los sistemas de salud a nivel mundial y en nuestro país, ha comprobado que pueden haber constituciones y textos normativos infra constitucionales, que en su texto garanticen los derechos, y puede existir incluso estructura estatal que regulen los servicios sanitarios, pero esto no asegura que en este tipo de emergencias sanitarias se puedan tomar las acciones necesarias para precautelar el derecho a la salud de la población, o que la estructura estatal sea realmente efectiva para ello.

En función de la revisión realizada respecto a la Ley Orgánica de Salud y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, se consideraría oportuno agruparlas en un mismo cuerpo, con la finalidad de no confundir en su aplicación y de no mantener normativa dispersa sobre el mismo derecho, sin dejar de lado la actualización de su contenido respecto a ampliar la garantía del derecho a la salud y estar acorde con el contenido de la Constitución y de instrumentos internacionales.

⁶⁷ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 703*, Registro Oficial 534, 1 de julio de 2005, art. 1.

⁶⁸ *Ibíd.*, artículo 2.

Han existido intentos de parte de la Asamblea Nacional respecto a estas falencias evidenciadas en normativa infraconstitucional, por lo que aprobaron el proyecto de Código Orgánico de la Salud, que fue remitido al Presidente de la República del Ecuador, el 27 de agosto de 2020, el cual precisamente recopilaba el contenido de la Ley Orgánica de Salud y de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, creando un cuerpo normativo que consolide acciones concretas para garantizar el derecho a la salud de la población, pero el proyecto fue vetado totalmente por el Ejecutivo, con fecha 25 de septiembre de 2020, obstaculizando una iniciativa pro derecho de la salud de la población.

Una vez analizada la normativa constitucional e infra constitucional que desarrolla el derecho a la salud, es de vital importancia considerar la doctrina que se refiere a este derecho, con la finalidad de tener una visión integral sobre el derecho a la salud.

1.3. Doctrina que desarrolla el derecho a la salud

Desde la concepción doctrinaria sobre el derecho a la salud, se podrá verificar las diferentes percepciones de cada autor respecto al alcance del derecho a la salud y como el mismo es abordado.

Para Jaime Breihl, en el artículo denominado “Más allá de la crisis actual. Movilización por la salud para todas y todos”, menciona que:

La comprensión medicalizada de la crisis de la salud interpreta el derecho a la salud solamente como el acceso individual privado al servicio, considerándolo una mercancía, o en el mejor de los casos a un servicio público meramente asistencial. Por el contrario, debemos dar paso a una concepción integral de salud – que corresponda a la lógica de los pueblos y del bien común-, y que asuma como parte sustancial del derecho a la salud, el disfrute de un nuevo modelo de civilización. La quintaesencia de nuestra lucha ahora es conquista social de nuevos modos y estilos de vida en espacios saludables de trabajo, de la vida en barrios y domicilios, en mercados con productos seguros, en espacios deportivos no alienantes, y bajo formas saludables de vivir con la naturaleza. En síntesis, vivir en todos los casos espacios en condiciones de dignidad, bioseguridad y perfeccionamiento humano, protegiendo los frágiles ecosistemas naturales, con lo cual se crean las condiciones indispensables para desarrollar cuerpos y mentes individuales saludables.⁶⁹

En este contenido citado, el autor es muy claro en precisar que la salud desde una visión *medicalizada*, se entiende que la misma se enfoca únicamente en el acceso que una

⁶⁹ Jaime Breihl, *Más allá de la crisis actual. Movilización por la salud para todas y todos*. (Ciudad del Cabo: Medicina Social, 2012), 50.

persona puede tener a servicios de salud, es decir la misma concebida como una mercancía, cuando lo correcto es evidenciar al derecho a la salud desde una óptica mucho más amplia desde el derecho a tener una vida saludable, en un medio ambiente sano, en armonía con el ecosistema, para que así se creen mentes y cuerpos saludables.

En el libro denominado “Garantismo Judicial Derecho a la Salud”, de Laura García Velasco, se aborda el derecho a la salud como un derecho fundamental, en el cual se realiza una definición de este:

La ‘salud’, por tanto, no es una condición de la persona que se tiene o no se tiene. Se trata de una cuestión de grado, que ha de ser valorada específicamente en cada caso. Así pues, la salud no sólo consiste en la ‘ausencia de afectaciones y enfermedades’ en una persona. Siguiendo a la OMS, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la salud es ‘un estado completo de bienestar físico, mental y social’ dentro del nivel posible de salud para una persona [...] ⁷⁰

Esta definición se basaría en que el derecho a la salud, y por tanto la garantía que un Estado debe brindar a la población, es que la misma pueda tener el mayor nivel de bienestar físico, mental y social, y con el cumplimiento de estas tres condiciones se considera que una persona tiene resguardado su derecho a la salud.

Ramiro Echeverría, médico salubrista, en su libro denominado “El proceso de reforma del sector salud en el Ecuador 1992-1997”, hace una definición sobre el derecho a la salud en el Ecuador, y lo clasifica como en cinco esferas.

[...] desde otros puntos de vista, se pueden reconocer en el concepto particular de salud, sus múltiples dimensiones éticas, jurídicas, fenoménicas, políticas y de valoración socio-cultural que conlleva su acepción. En lo ético, la salud se considera como un bien social que debe ser alcanzado por todos, un ideal al que la condición humana aspira. En lo jurídico, la salud es un derecho constitucional que el Estado garantiza. También incluye el deber de cada ciudadano para ejercer la responsabilidad de su cuidado. En lo fenoménico, la salud es parte de las condiciones materiales de existencia, en tanto expresa la calidad y nivel de vida obtenida por individuo, la familia y la sociedad a la que pertenece. En lo político, la salud es asumida como una demanda que será atendida en la medida de la imagen que el nivel político tenga entre lo que es deseable y lo que es posible realizar. En la valoración socio-cultural, el concepto de salud asume la importancia que las representaciones colectivas le asignan de acuerdo con el grado de conciencia social alcanzado. ⁷¹

⁷⁰ Fernando Silva, *Garantismo Judicial Derecho a la Salud*. (México DF: Editorial Porrúa. 2011), 112.

⁷¹ Ramiro Echeverría, *El proceso de reforma del sector salud en el Ecuador 1992-1997* (Quito: Centro de Computo del CEPAR, 1997), 4.

La definición de salud, visto todo lo anterior, abarcaría en sí las cinco esferas dimensionadas por él, por lo que se puede construir la siguiente definición del término: La salud es un derecho constitucional, el cual el Estado y los particulares deben garantizar, estableciéndolo como uno de los bienes sociales⁷² de mayor relevancia, que tiene la finalidad de afianzar la calidad de vida de la población, a través de establecer medidas técnicas, políticas y sociales necesarias para asegurar su cumplimiento, que permitan alcanzar niveles de salud óptimos, por lo tanto esta relacionado con otros derechos como alimentación, vivienda, educación, trabajo, y buen vivir. Este derecho debe ser garantizado tanto en el ámbito público como privado.

Dentro del análisis realizado es sumamente importante hablar de salud pública, concebida como el tipo de salud al que todo ciudadano puede pretender alcanzar, y la cual en su aplicación debe tratar de garantizar el derecho a la salud de la población.

En el libro denominado “Gestión en Salud, en defensa de la vida”, de Wagner de Sousa Campos, se aborda un análisis respecto a la salud pública, en la que se enfatiza que:

La salud pública se diferencia de la clínica por observar los problemas de salud a través de una visión dirigida a lo colectivo, no obstante, ocasionalmente se utiliza intervenciones sobre los individuos para obtener sus propósitos. También nos acostumbramos a pensar al estado como el principal actor a dirigir la Salud Pública, aunque sea posible imaginarse acciones desencadenadas por segmentos u organizaciones de la sociedad civil. La Salud Pública vive en la actualidad una crisis sin precedentes, una crisis de identidad. No es simple poder definir su motivo de intervención, ni sus atribuciones, como tampoco sus límites, no hay una definición precisa.⁷³

En la cita mencionada se relaciona al término de salud pública con el de servicios de salud a una colectividad, atando desde mi punto de vista una salud correctiva dirigida hacia la sociedad, ya que de acuerdo al mismo autor se menciona que la salud pública se ve vinculada a acciones dirigidas a tomar medidas o políticas públicas con la finalidad de solucionar problemas de salud de la población, tratando de abarcar la generalidad de enfermedades, sin dejar de lado la singularización de ciertos casos.

Pero es importante definir el alcance ideal que debería tener la salud pública, así lo define el doctor Jorge Bracho, ex Ministro de Salud, en el libro “Comunicación y movilización social en salud”:

⁷² Los bienes sociales son derechos que de acuerdo con su nivel de exigencia se consideran como bienes innatos al ser humano, como la salud, educación, alimentación, vivienda, etc.

⁷³ Gastao Wagner De Sousa Campos, *Gestión en Salud. En defensa de la vida* (Buenos Aires: Lugar Editorial, 2009), 57.

¿Qué entendemos por Atención Integral de Salud? – Qué la atención sea completa; es decir que atienda a sanos y enfermos. A los primeros, mediante acciones de promoción, fomento y protección de salud; y, a los segundos, con acciones de recuperación y de rehabilitación de salud. – Qué la atención sea continua: desde el nacimiento – y aún antes de este evento-, hasta la muerte, sin dejar vacíos por resolver. – Qué la atención sea universal, esto es, que involucre a toda la comunidad. – Qué la atención sea de calidad, en el contexto de las mejores alternativas y con la tecnología más avanzada de que se disponga, respetando la inalienable dignidad del ser humano.⁷⁴

Como se evidenció el derecho a la salud debería abarcar cada una de las acepciones realizadas por el doctor Bracho, y uno de los principales elementos de su definición de atención integral de salud, es el hecho de definir la universalidad de atención, es aquí donde nos preguntamos: ¿cuando se habla de salud pública de manera obligatoria se debe remitir o incluir al estado?, de acuerdo a mi criterio si, ya que el Estado de acuerdo al texto constitucional citado, y a normas infra constitucionales, es el principal actor que debe garantizar la salud de la población.

De acuerdo con la relación entre la salud pública y al Estado, nuestra salud pública corre un riesgo inminente, y que de hecho es lo que hace que la salud pública no cuente con la cobertura necesaria y peor aún con la calidad del servicio requerido por parte de los ciudadanos, y es la burocratización que envuelve al Estado.

Si es verdad que el concepto de lo público es mucho más amplio de lo que es lo estatal, no hay que separarlos completamente. Y, por lo tanto, no hay como separarlos completamente. Y, por tanto, no hay como separar la crisis del Estado de aquella de la Salud Pública. Como el primero, también la última tiende a la burocratización. [...] La Salud Pública sufre también con la recesión, con la brutal reducción de las inversiones en casi todos los proyectos de orientación social. Padece, además de todos los males característicos de la administración pública: clientelismo, bajo productividad, escasa creatividad, falta de iniciativa, centralización del poder, etc.⁷⁵

Nuestro país no es la excepción para estos males que invaden a la salud pública, de hecho, es en este sector donde con mayor facilidad se pueden identificar estas falencias por parte de funcionarios públicos en la práctica de normas que resguardan el derecho a la salud.

Uno de los principales problemas es la falta de presupuesto que se destina para este sector, como ya se abordó anteriormente, dentro del marco constitucional se establece

⁷⁴ Ciespal, *Comunicación y movilización social en salud*. (Quito: Editorial Ciespal, 1996). 190.

⁷⁵ Gastao Wagner De Sousa Campos, *Gestión en Salud. En defensa de la vida* (Buenos Aires: Lugar Editorial, 2009), 58-59.

un límite para la asignación de recursos económicos por parte del estado en el presupuesto general, y lastimosamente esta asignación depende del grado de prioridad con la que el gobierno de turno mire al sector de la salud, definiendo a este tipo de prioridad de acuerdo a la orientación de tipo de estado que se quiera adoptar, más adelante en este capítulo se abordará con mayor profundidad este tema.

Otro problema evidenciado es la burocratización del estado, procesos administrativos largos e innecesarios, que han retardado la contratación de bienes o servicios necesarios para el sector de salud pública, procesos de contratación pública que demoran de 30 a 45 días, como son los procesos de subasta inversa electrónica o de licitación de servicios, procesos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

A lo largo de la historia de nuestro país esta realidad no ha cambiado, o los cambios que se han logrado han sido temporales, sin institucionalizarlos, o simplemente dejados de lado por los cambios de gobierno y de tendencias políticas.

En el libro denominado “El proceso de reforma del sector salud en el Ecuador 1992-1997”, de Ramiro Echeverría, se hace un análisis histórico respecto a la gestión de la salud pública en el Ecuador, el autor describe tres momentos históricos importantes.

El primer momento lo describe en los 7 años de la bonanza petrolera [1972-1978], época en la cual se realizó inversión por parte del estado en infraestructura de los servicios públicos de áreas urbanas y rurales, adicional a ello se realizaron inversiones en programas de salud del Ministerio de Salud Pública.

El segundo momento, lo describe a partir del año 1982, en el cual existió una fuerte crisis económica, lo que provocó que el estado disminuya su inversión en el sector salud, provocando un deterioro de las condiciones de vida y salud de la población, a finales de los años ochenta se busca repotenciar el sector salud a través de la obtención de prestamos con organismos internacionales, como el Banco Mundial.

El tercer momento, empieza a partir de 1993, cuando se da inicio al proceso de *modernización* del estado, concebido como tal por los modelos de gestión implementados como son las privatizaciones, en el cual se trata de instalar la idea de que de esta forma se brindaría un servicio más eficaz y que cada ciudadano tendría la opción de elegir.

El autor únicamente define estos tres momentos históricos, pero de acuerdo con un análisis propio considero que se podrían hablar de tres momentos adicionales en función del transcurso de la historia de nuestro país.

El cuarto momento que sería a partir de 1998, y la expedición de la Constitución de la época, la cual ya ha sido analizada anteriormente, por está razón este momento lo definiré a través de los hechos que acontecieron en aquella época, un país sumergido en la inestabilidad política, donde el sector social salud y educación fueron dejados de lado, hospitales sin presupuesto para poder atender a pacientes, y médicos a los cuales no les pagaban su sueldo durante meses, provocando paralizaciones, desencadenando una atención menos que básica por parte de este sector.⁷⁶

En el quinto momento, desde mi punto de vista, empieza desde el año 2008 con la nueva Constitución, la cual amplía el marco de garantía del derecho a la salud, y se empieza a realizar inversiones en infraestructura hospitalaria nueva, y en la contratación de mayores plazas de médicos, para garantizar así niveles de atención de salud óptimos⁷⁷.

Se da importancia a la medicina ancestral, respetando las creencias y saberes andinos, pero existen procesos que fueron construidos y definidos sin la participación de quienes debieron ser considerados como actores principales para definir este alcance⁷⁸.

El sexto momento y el actual, es el cambio y desprestigio de lo efectuado por el anterior gobierno, provocando una impavidez del estado y un estancamiento de la política pública en salud, ya que se continuo aplicando procesos establecidos por el anterior gobierno, sin incluir medidas o decisiones que corrijan errores en la gestión de salud pública, o la repotencien en función de ampliar el garantismo del estado hacia el derecho a la salud, sin dejar de lado que la salud sea usada como un motín político del cual se reparten cuotas políticas en puestos en los hospitales públicos como es el caso reciente de reparto de los hospitales, de conocimiento público y por el cual algunos asambleístas se

⁷⁶ Mauro Toscanini, Antonio Aguilar y Roberto García Sánchez, “Diagnóstico de las políticas públicas de la educación superior en el Ecuador”. *Rev. Cubana de Educación Superior*. Vol 35, No. 3, 15 de junio de 2016, 161-178, <http://www.rces.uh.cu/index.php/RCES/article/view/144/188>; Ecuador Banco Central del Ecuador, “La Economía Ecuatoriana en 1999”, acceso el 18 de octubre de 2020, <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Memoria/1999/cap2.pdf>

⁷⁷ Ecuador Ministerio de Salud Pública, “Análisis estadístico de inversión del Gobierno en Salud”, acceso el 18 de octubre de 2020, <https://www.salud.gob.ec/analisis-estadistico-de-inversion-del-gobierno-en-salud-esta-publicado/>; Organismo Andino de Salud, “Observatorio del Financiamiento al sector salud Ecuador”, acceso el 18 de octubre de 2020, https://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=publication_s&alias=85-observatorio-del-financiamiento-al-sector-salud-ecuador&Itemid=599.

⁷⁸ Ecuador Ministerio de Salud Pública, “MSP e IICSAE fortalecen saberes y prácticas ancestrales de salud en Ecuador”, acceso el 18 de octubre de 2020, <https://www.salud.gob.ec/msp-e-iicsae-fortalecen-saberes-y-practicas-ancestrales-de-salud-en-ecuador/>.

encuentran enfrentando causas penales⁷⁹, y donde principales actores políticos del gobierno actual estarían vinculados.

De acuerdo a este breve análisis sobre los momentos históricos de nuestro país, se encuentra reforzada la idea planteada anteriormente, en función de evidenciar que los problemas de la salud pública se han ocasionado porque no ha existido una política pública clara, que independientemente de la tendencia política del gobierno de turno, se siga llevando y consolidando, al contrario, cada gobierno ha intentado desprestigiar lo hecho por el gobierno anterior, o han caído en la manipulación de condiciones interpuestas por organismos de crédito internacionales que han provocado el incremento de cifras de pobreza⁸⁰.

La salud no puede ser concebida como un objetivo político, la salud debe ser concebida como una obligación por parte del estado, de cumplir de forma irrestricta con un plan de desarrollo elaborado a largo plazo.

En el libro “Informe alternativo sobre la salud en América Latina”, se analiza a la salud desde esta perspectiva y se indica que: “Con gobiernos empobrecidos [...] la salud se quiebra en la pérdida de control de más de 30 enfermedades infecciosas que aumentan su incidencia en cada país.”⁸¹

Es por esta razón que la importancia de la inversión en el sector salud es primordial, entendiendo que la inversión en salud, irradia hacia que otros derechos también se vean garantizados por el Estado, pero hay puntos de vista que inclusive consideran que la inversión en salud debe ser analizada y desagregada en función de ser preventiva o curativa, a lo que me permito citar la intervención realizada por un ex Ministro de Salud, recogida en el libro “Comunicación y movilización social en salud”.

En definitiva, tenemos que ir superando dicotomías. Yo mismo he sido enfático en mi ejercicio ministerial: “Menos ladrillos – no dije cero ladrillos- y más vacunas”, porque estaba desbalanceada la situación y había muchísima tentación por los ladrillos, en una

⁷⁹ Estefanía Celi, “El reparto de hospitales: el nuevo escándalo de la actual Asamblea”, Primicias, acceso el 16 de junio de 2020, <https://www.primicias.ec/noticias/politica/reparto-hospitales-escandalo-nuevo-actual-asamblea/>.

⁸⁰ Alejandro Mencías, “Ecuador y el FMI: un año más hacia el fondo”, CELAG, acceso 11 de marzo de 2020, <https://www.celag.org/ecuador-y-el-fmi-un-ano-mas-hacia-el-fondo/>. “Hoy se cumple un año desde que el Gobierno de Ecuador ha regresado a la tutela del Fondo Monetario Internacional (FMI), y el país hace pocos días acaba de vivir su segunda crisis a consecuencia de las políticas del organismo internacional. [...] Estimaciones de CELAG dan cuenta que un shock inflacionario del 5% habría llevado a cerca de 300 mil personas a la pobreza, [...] Además se habría afectado desproporcionalmente a mujeres en vulnerabilidad económica, ya que un total de 68 mil de ellas que no perciben ingresos habrían caído en pobreza por el mismo shock inflacionario”.

⁸¹ Observatorio Latinoamericano de Salud, *Informe alternativo sobre la salud en América Latina*. (Quito: Centro de Estudios y Asesoría en Salud. CEAS, 2005). 47

visión sólo hospitalaria, y poco énfasis en lo preventivo. Énfasis en lo preventivo no significa sólo lo preventivo en desmedro de lo otro. Si me pusieran a escoger, tal vez escogería lo preventivo sobre lo curativo; pero si no me ponen en esa disyuntiva, privilegio el avance y creo que una frase puede resumir un criterio que compartimos con el Ministro: "Hay cosas en las que tenemos que ponernos en primer mundo, sino seguiremos eternamente tercermundistas", y esas cosas son: salud, educación y comunicación.⁸²

Como se ha evidenciado la inversión en salud es primordial, pero soy enfática en algo, no depende en solo hacer la inversión o incrementarla, es hacer que esa inversión realmente sea dirigida a donde tiene que ir, y en la cita mencionada anteriormente se hace un análisis respecto a que el fruto de esa inversión sería de mayor impacto sí va dirigido hacia la salud preventiva de la población.

En el mismo libro del cual nos referimos en la cita anterior, se destaca una intervención del doctor Jorge Bracho, como ex Ministro de Salud, en la cual refiriéndose a la inversión en salud manifiesta que:

Invertir en salud y educación ha sido el negocio más rentable de los países desarrollados, ya que, a sus pueblos, sanos y educados, se les abre una inmensa gama de condiciones para alcanzar los mejores objetivos, todo ello se ha sustentado en una economía sana que debe estar al servicio del hombre. De allí nace la idea de que el presupuesto asignado a salud y educación debe partir de un porcentaje del Producto Interno Bruto -PIB-, que en el caso de salud podría ser del 3%, aproximadamente, con lo que podría intentarse una política de atención integral de salud.⁸³

Concluyendo así, que la inversión realizada en salud y educación es la mejor inversión que un estado debe hacer, ya que sí la misma está bien dirigida le va a provocar irradiaciones positivas hacia el resto de los derechos.

Jaime Breilh, en su libro "Aceleración global y despojo en Ecuador. El retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal", se refiere a la garantía del derecho a la salud relacionado con la garantía de otros derechos, y por lo tanto su garantía debe ser concebida desde un sentido social amplio.

Argumentamos en la primera parte que una visión integral del derecho a la salud depende de la vigencia de otros derechos fundamentales que sustentan el vivir saludable, como son: los derechos al trabajo y consumo dignos y saludables, la soberanía alimentaria, el derecho al agua, el derecho a una identidad cultural de autoafirmación, el derecho a

⁸² Ciespal, *Comunicación y movilización social en salud*. (Quito: Editorial Ciespal, 1996). 34

⁸³ *Ibíd.*, 189-190

ambientes saludables, y el derecho a organizarse y participar para conducir y controlar la vigencia de todos los bienes y derechos de la salud.⁸⁴

Como se ha evidenciado, el derecho a la salud se ve vinculado de forma directa con la garantía de otros derechos, como el derecho a la vida, alimentación, trabajo, educación, vivienda, derecho al agua, etc., y que por lo tanto sí el acceso a uno de estos derechos se encuentra restringido provoca un decremento en el ejercicio de los otros derechos, como se evidencia en el artículo denominado “La equidad en la mira: La salud pública en Ecuador en las últimas décadas”, que destaca que:

La pobreza durante este periodo se mantuvo en niveles altos, y entre los niños, niñas y adolescentes se han mantenido claras brechas de acceso a servicios de salud, nutrición, desarrollo infantil, educación y protección especial. Un factor que explica estas brechas es la baja inversión social del Ecuador. Según la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la inversión social en el país se mantuvo en uno de los niveles más bajos de América Latina y El Caribe (CEPAL 2003). Esta ausencia no sólo tiene relación directa con la pobreza, la migración, los niveles de analfabetismo, los grados de violencia, el incremento de riesgos de enfermedad y muerte entre niñas, niños y adolescentes, sino también con problemas de gobernabilidad democrática⁸⁵.

En este análisis se establece que el derecho a la salud se articula de forma estrecha con el cumplimiento de otros derechos, como son la alimentación, educación y trabajo, y que una desatención de estos derechos por parte del estado provoca de forma directa incrementos significativos en los índices de pobreza de la población.

Debido al sentido amplio que comprende el derecho a la salud y los sub-derechos que se emanan del mismo, para lo cual se derivarían dos importantes como lo señala Fernando Silva, en su libro “Garantismo Judicial Derecho a la salud”:

Para darle contenido al derecho a la salud y determinar si el suministro de medicamentos forma parte de este, el Tribunal Pleno se basó en el contenido de los artículos 1, 2, 23, 24, 27, fracciones III Y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, de la Ley General de Salud entonces vigente, de los cuales concluyó que el derecho a la salud previsto en el artículo 4, párrafo cuarto, de la Constitución Federal comprende tanto la garantía de atención médica, como la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud.⁸⁶

⁸⁴ Jaime Breilh e Ylonka Tillería Muñoz, *Aceleración global y despojo en Ecuador. El retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal*. (Quito: Editorial Abya Yala, 2009), 55

⁸⁵ Organización Panamericana de la Salud, *(OPS/OMS) 2007 La equidad en la mira: la salud pública en Ecuador durante las últimas décadas* (Quito: OPS/MSP/CONASA). 195.

⁸⁶ Fernando Silva, *Garantismo Judicial Derecho a la Salud*. (México DF: Editorial Porrúa. 2011).

De lo citado, se desprende que los sub derechos principales del derecho a la salud, son la garantía de atención médica y la disponibilidad de los medicamentos, por lo que es necesario aplicar la metodología de *desempaque* de este derecho para comprender su alcance, sub-derechos, y las obligaciones que emanan el mismo, para lo cual se aplicará la metodología descrita en el libro denominado “Fundamentos teóricos de los derechos humanos”⁸⁷, que de acuerdo con su aplicación nos ayudará a evidenciar su grado de exigibilidad, concretando acciones en función de cada uno de sus elementos.

En el libro en mención, describe como Paúl Hunt, ex relator de las Naciones Unidas realizó un ejercicio de desempaque del derecho a la salud, en el cual, el mismo se desagregó en múltiples obligaciones que lo constituyen, de acuerdo con la técnica mencionada.

Como se puede evidenciar en el gráfico 1, y de acuerdo con la técnica establecida del desempaque, la desagregación principal y que se emana desde el derecho a la salud, es el de acceso a medicamentos, que se encuentra establecido como uno de los principales sub-derechos vinculados, adicional a otros esenciales como es la gratuidad y el de atención prioritaria.

Para efectos del presente trabajo de investigación se tomará al derecho a la salud, y su sub derecho el acceso a medicamentos, para analizar las obligaciones que de él se emana.

La principal obligación general se establece en que el estado debe garantizar el derecho de acceso a medicamentos, y como se plantea de acuerdo con el método de desempaque de derechos, el utilizar el verbo *garantizar*, equivale a una obligación general que abarca no solo la obligación de mantener el disfrute del derecho, sino el deber de mejorarlo y restituirlo⁸⁸, obligación que exige una conducta positiva del Estado.

⁸⁷ Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos, *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. (México DF: Editorial Alberto Nava Cortez. 2011). 28. Se explica en el texto que: “[...] la metodología que aquí se propone es un marco analítico que dimensiona los derechos y sus obligaciones con la finalidad de que puedan ser operacionalizados a nivel estatal para diversos fines [...]”. 29

⁸⁸ *Ibíd.*, 41.

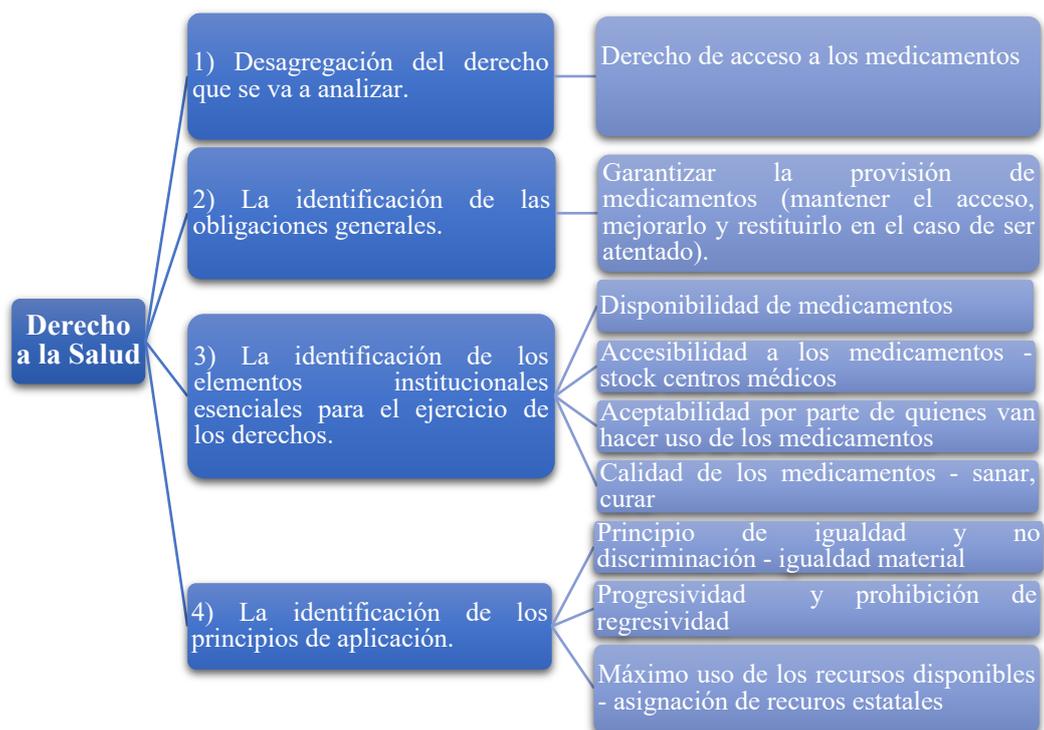


Gráfico 1: Análisis del derecho a la salud (derechos que emana, obligaciones e identificación de elementos esenciales y principios de aplicación)

Fuente: Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos, Fundamentos teóricos de los derechos humanos.

Elaboración: Propia

Del desempaque del derecho de acceso a medicamentos, se tiene que la obligación general es de garantizar la provisión de medicamentos, enfocado en tres acciones en concreto, en mantener el acceso, mejorarlo en el caso de ser necesario y de restituirlo en los casos en los que se evidencie que no existe cobertura.

La identificación de los elementos institucionales se basa en la disponibilidad de los medicamentos para la población, la accesibilidad a los mismos y su stock en centros médicos del estado y privados, enfocar que los mismos se han aceptados por los usuarios y que cuenten con niveles de calidad cumpliendo así con su objetivo de sanar y curar dolencias.

Los principios de aplicación del derecho de acceso a medicamentos son el de la aplicación real del principio de igualdad y no discriminación, logrando aplicar una igualdad material, de acuerdo con las características particulares de cada usuario del sistema de salud.

El principio de progresividad y prohibición de regresividad, que implica que el ordenamiento jurídico desarrolle normas que amplíen la cobertura del derecho, y que por lo tanto las normas que dispongan regresividad en el contenido de este carecen de

eficiencia jurídica, y por lo tanto son nulas, principio que cobra más relevancia al ser aplicado al derecho a la salud, debido a que el contenido de las normas tanto constitucionales como legales que resguarden estos derechos deben sufrir evoluciones con el objetivo de mejorar la cobertura y garantía de este derecho.

Y, el principio de máximo uso de recursos disponibles, entendiéndose que el sector salud debe contar con los recursos económicos suficientes y oportunos para poder tener la eficacia apropiada para garantizar su ejercicio, por lo tanto, los recursos estatales deben ser asignados con niveles de prioridad, sobre otro tipo de asignaciones en el presupuesto de un estado.

Una vez empleada la técnica del desempaque de derechos, y que a través de su desarrollo identificó al derecho de acceso a medicamentos, como uno de los principales derechos emanados del derecho a la salud.

1.4. El derecho de acceso a medicamentos

Para analizar el derecho de acceso a medicamentos, se revisará el contenido constitucional, normas infra constitucionales y la doctrina, para evidenciar la cobertura y alcances que tiene este derecho.

En el artículo 362, de la Constitución de la República del Ecuador, establece que los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos, que comprenden procedimientos de diagnóstico, tratamiento, y la dotación de medicamentos.

El artículo 363, de la Constitución, número 7, desarrolla el alcance del derecho de acceso a medicamentos, señalando que es responsabilidad del estado garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, incluye la regulación sobre su comercialización, y que se promueva la producción nacional, evidencia la importancia de la utilización de medicamentos genéricos, enfatizando que en el acceso a medicamentos prevalecerán los intereses de la salud pública sobre los intereses comerciales y económicos⁸⁹.

El texto constitucional hace una preferencia respecto al alcance de este derecho en personas con discapacidad y que por determinada condición deben usar medicamentos

⁸⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 363, número 7.

de por vida, y establece para ellos la gratuidad de atención especializada en entidades públicas y privadas, y la dotación de medicamentos de forma gratuita⁹⁰.

De acuerdo con el alcance de este derecho de acceso a medicamentos establecido en la Constitución, se analizará las normas infra constitucionales como la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, en la cual en el artículo 28, norma que el Ministerio de Salud Pública, ejecutará medidas que garanticen la disponibilidad de medicamentos esenciales, promoverá la producción nacional y garantizará el uso de productos genéricos.

La Ley Orgánica de la Salud, en su artículo 9, letra f, señala que el estado debe garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad a bajo costo, recalando la importancia de los medicamentos genéricos, garantizando la gratuidad del tratamiento en casos de VIH SIDA, hepatitis, dengue, tuberculosis, malaria, entre otras.

La Ley Orgánica de la Salud regula de igual forma los establecimientos autorizados para el expendio de medicamentos, en el artículo 154 de igual forma recalca la obligación de garantizar por parte del estado el acceso y disponibilidad de medicamentos priorizando los intereses de la salud pública sobre los económicos y comerciales.

En la Norma Técnica para garantizar el nivel de gratuidad de los medicamentos, en el artículo 6, se señala que se encuentra prohibido la solicitud a pacientes o usuarios del sistema nacional de salud, la adquisición de medicamentos o insumos médicos ya sea de forma directa o por terceros⁹¹, ya que como se ha evidenciado la gratuidad y acceso a medicamentos se encuentra resguardada en el ordenamiento jurídico.

La forma de adquisición de los medicamentos por parte del estado se encuentra normado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estableciendo para ello, un régimen especial de contratación⁹².

De acuerdo con la normativa expuesta, se establece la garantía de acceso a medicamentos por parte del estado, pero que, ¿tan amplia debe ser esta garantía?, en el artículo publicado por Paul Hunt, en la revista “SUR Revista Internacional de Derechos Humanos”, el autor define que:

⁹⁰ *Ibíd.*, art. 47, número 1.

⁹¹ Ecuador, *Norma Técnica de Servicios de Salud entre Red Pública y Privada*, Registro Oficial 20, 28 de junio de 2017, art. 6.

⁹² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 2, número 1.

Casi 2 billones de personas carecen de acceso a medicamentos esenciales. Esta privación causa un sufrimiento inmenso y evitable: mala salud, dolor, miedo, pérdida de la dignidad y de la vida. Mejorar el acceso a los medicamentos existentes salvaría 10 millones de vidas por año, 4 millones de ellas en África y en el Sudeste Asiático. Además de la privación, la gran inequidad en el acceso a medicamentos continúa siendo el rasgo primordial de la situación farmacéutica mundial. El promedio de gasto en medicamentos per cápita en países con altos ingresos es 100 veces mayor que en países de bajos ingresos: aproximadamente US\$ 400 comparado con US\$ 4. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que el 15 por ciento de la población mundial consume más del 90 por ciento de la producción de farmacéuticos.⁹³

El acceso a los medicamentos por parte de la población es reducido, es triste conocer que a nivel mundial el 15% de la población consume más del 90% de la producción de medicamentos, cifra evidenciada en el contenido citado anteriormente, ya que pesar de que existen análisis realizados respecto a la importancia de la inversión apropiada en el sistema de salud y que permita el acceso a medicamentos de calidad⁹⁴, salva vidas a nivel mundial, pero frente a esto existen algunos problemas que la propia industria farmacéutica ha impuesto, como es el alto costo de los medicamentos, lo cual limita su acceso tanto para compras privadas o públicas, es por eso esencial que se anteponga el derecho a la salud y el acceso a los medicamentos sobre los intereses comerciales de la industria.

En la revista citada anteriormente también desarrolla el sentido de disponibilidad de los medicamentos y su nivel de accesibilidad, señalando que:

los Estados no sólo tienen un deber de garantizar que los medicamentos existentes estén disponibles dentro de las fronteras, sino que también tienen una responsabilidad de tomar medidas razonables para garantizar que nuevos medicamentos necesarios sean desarrollados y que estén disponibles. Además de estar disponibles, los medicamentos también deben ser accesibles. La accesibilidad tiene cuatro dimensiones. Primero, los medicamentos deben ser accesibles en todas partes del país [...]. Segundo, los medicamentos deben ser económicamente accesibles (asequibles) para todos, incluyendo a las personas viviendo en situación de pobreza. [...] Tercero, los medicamentos deben ser accesibles sin discriminación [...]. Cuarto, los pacientes y profesionales de la salud deben tener acceso a información confiable sobre medicamentos para poder tomar decisiones bien informados y utilizar medicamentos de manera segura.⁹⁵

En lo citado se puede desprender el alcance de la responsabilidad que tiene el estado frente al derecho de acceso a medicamentos, el cual hace referencia, a que se pueda

⁹³ Paúl Hunt, “El derecho humano a los medicamentos”, *Edición 8*, enero de 2018. <https://sur.conectas.org/es/el-derecho-humano-los-medicamentos/>

⁹⁴ Francisco Uriarte, “Porque invertir en salud es importante”, *Conecta Capital*, 25 de mayo de 2015. <http://conectacapital.com/Blog/?p=384>.

⁹⁵ Hunt, “El derecho humano a los medicamentos”.

fomentar la creación de nuevos medicamentos por parte de centros de investigación, con la finalidad de garantizar que exista una producción independiente y que se puedan plantear soluciones médicas aplicables a la realidad de la población, luego un punto importante es su accesibilidad, es decir que exista una distribución equitativa en territorio, logrando así llegar a poblaciones rurales, otra artista es que sean económicamente aceptados, lo que permita que la población que se encuentra en situación de pobreza pueda acceder a ellos sin barreras económicas, afianzando así que los mismos puedan distribuirse a la población sin que intervenga en ello posibles situaciones de discriminación, y, hace referencia a que los médicos quienes recetarán los mismos puedan conocer los alcances del mismo para tener la seguridad de recomendarlos, así como los usuarios de esos medicamentos puedan tomar decisiones sobre su consumo.

Siguiendo con la aplicación de este contenido, es pertinente aplicar la técnica del *desempaque*⁹⁶ al derecho de acceso a medicamentos, para poder identificar a detalle su alcance, obligaciones y principios aplicables:

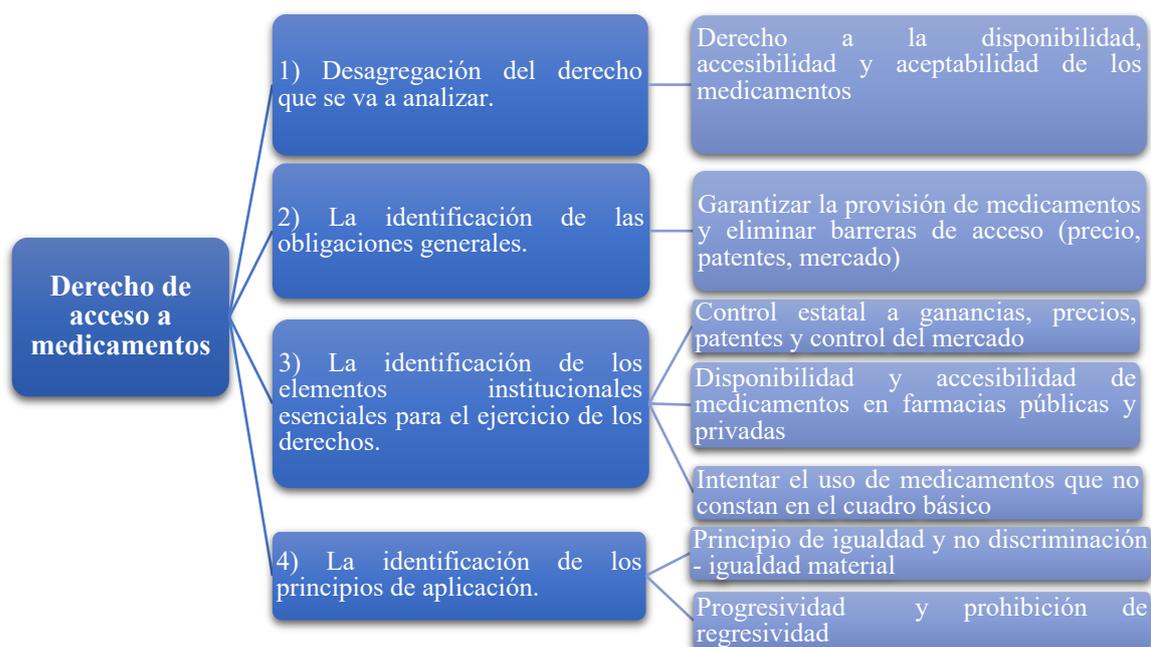


Gráfico 2: Análisis del derecho de acceso a medicamentos (derechos que emana, obligaciones e identificación de elementos esenciales y principios de aplicación)

Fuente: Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos, Fundamentos teóricos de los derechos humanos.

Elaboración: Propia

⁹⁶ Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos, *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. 29

En el derecho de acceso a medicamentos se analizó como el principal sub derecho el derecho a la disponibilidad y aceptabilidad de los medicamentos por parte de sus usuarios, estableciendo a la disponibilidad y aceptabilidad como elementos esenciales entendiendo el alcance de la observación general 14⁹⁷, del Comité “Desc”, referente al “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud”, incluyendo que la obligación de los Estados parte es de proteger y velar por que la privatización del sector salud, no se constituya en una amenaza a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los medicamentos, teniendo como elementos institucionales al control estatal respecto a las ganancias de la industria farmacéutica, la fijación de precios, el uso de patentes y control del mercado.

Uno de los elementos destacados es garantizar la disponibilidad y accesibilidad de medicamentos en farmacias públicas y privadas, sin dejar de lado un elemento primordial y es el hecho de que se permita que los usuarios del sistema de salud puedan intentar el consumo de medicamentos que no se encuentran en el cuadro básico, lo cual ha sido recogido por la Corte Constitucional en su sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados, en sus párrafos 149 y 150, que establece este derecho para personas con enfermedades catastróficas, enfermedades de alta complejidad y otras de baja prevalencia, pero establece que es necesario que se compruebe que no sea posible aplicar las alternativas terapéuticas disponibles en el cuadro básico de medicamentos.

En esta sentencia se hace un análisis sobre que, en determinados casos en una enfermedad, el punto determinante no es únicamente que exista el medicamento, sino que es necesario pensar en la familia, en los efectos secundarios que puede producir un medicamento, y que repercusiones puede tener en ese paciente, entendiendo a los medicamentos como un medio para alcanzar el objetivo de gozar de salud, en el que un protagonista importante es el médico tratante el cual debe velar de que el medicamento proporcionado a un paciente cumpla con su objetivo de ser eficaz y de curar una dolencia, pero de acuerdo a casos analizados en la referida sentencia personas perdieron su vida precisamente por que el médico tratante no controló los efectos secundarios que producía un medicamento, lo cual llevo a ese paciente a consecuencias fatales⁹⁸.

⁹⁷ ONU, *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4*, num. 35.

⁹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio N.º: 679-18-JP/20 y acumulados, 5 de agosto de 2020, párrafo 332.

Esté análisis realizado por la Corte Constitucional respecto a la vinculación de aristas importantes respecto al derecho de acceso a medicamentos, permite justamente aplicar lo que mencionábamos respecto a la observación general 14, del Comité de Derechos Económicos y Sociales, en consideración a que los medicamentos deben ser aceptables, accesibles y disponibles, y que con el cumplimiento de estas consideraciones los medicamentos podrán cumplir con el objetivo de salvar vidas, y dar a una persona un estado de bienestar gozando así de una salud integral.

1.5. Los derechos a la salud y acceso a medicamentos y su prevalencia ante los intereses comerciales

Una vez que se ha examinado el derecho a la salud y el derecho de acceso a medicamentos, se desarrollará de forma breve su importancia sobre los intereses comerciales de la industria farmacéutica, ya que en el capítulo dos, se abordará a mayor detalle el alcance de este tema.

Referente al contenido constitucional, en el artículo 363, número 7, de la Constitución Política de la República del Ecuador, se señala que el estado es responsable de garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos por parte de la población, y señala que, en lo referente a los medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre intereses económicos y comerciales.

El artículo 9, letra c, de la Ley Orgánica de Salud, señala que el estado para garantizar el derecho a la salud, tiene como responsabilidad priorizar a la salud pública sobre los intereses comerciales y económicos.

Como se puede evidenciar del contenido normativo antes citado, se evidencia que en el momento en el que estos contenidos deben ser aplicados por funcionarios públicos y autoridades administrativas, los mismos se convierten en letra muerta, tal como se pudo evidenciar con la actual pandemia del coronavirus covid-19, en el que los estados que se encuentren en situaciones difíciles respecto a intentar combatir la expansión del virus, ya que los sistemas salud existentes se pusieron a prueba, y más allá de ello la forma jurídica con la cual un determinado estado puede ponerse en acción para hacer prevalecer el derecho a la salud de la población por sobre los intereses económicos de la industria farmacéutica, para garantizar servicios de salud oportunos y el acceso a ello en condiciones equitativas por parte de la población.

Para poder verificar la importancia que se ha dado al derecho a la salud por sobre los intereses económicos, considero que es importante analizar dos aristas, la primera enfocada en evidenciar la inversión que el Estado ha dirigido hacia el sector salud, y otra arista es determinar cómo la crisis originada por la pandemia del coronavirus covid-19, produjo que determinados estados adopten medidas dirigidas a prevalecer este derecho por sobre la economía, y como influyó esta decisión en la expansión de esta enfermedad.

La primera arista respecto a la inversión en salud por parte del Estado Ecuatoriano, en la cual el Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica -CELAG-, ha evidenciado como se ha realizado la inversión en salud en el Ecuador desde el año 2017 al 2019.

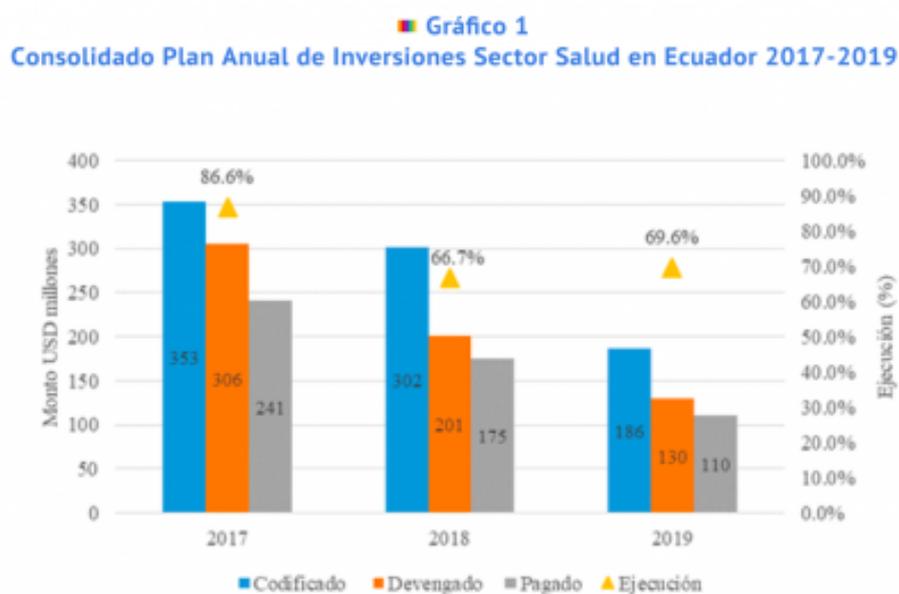


Gráfico 2: Inversión en Salud Ecuador 2017-2019

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas – Subsecretaría de Presupuesto

Elaboración: CELAG

Como se puede evidenciar la inversión en salud por parte del Estado Ecuatoriano en el año 2017 fue de 306 millones, en el 2018 fue de 201 millones y en el 2019 fue de 130 millones, produciéndose una disminución de la inversión en salud del 57,51% desde el año 2017 al 2019, tomando los valores del presupuesto devengado.

En la Disposición Transitoria Vigésimosegunda de la Constitución de la República del Ecuador, se señala que el presupuesto general del Estado se debe incrementar para el financiamiento del sistema nacional de salud en 0,5% del PIB, y como máximo el 4%, lo cual no solo se ha incumplido, sino que al contrario de incrementar ha

disminuido en 47,30%, desde el año 2017 al 2019, de acuerdo con los datos establecidos en el gráfico 2.

Disminución que no ha sido objetada ni fiscalizada por ningún organismo de control de nuestro país, lo que produjo que nuestro sistema de salud se debilite y que el mismo no cuenten con los suficientes recursos económicos para garantizar el derecho a la salud y demás servicios sanitarios, y peor aún cuando han existido políticas de condonación de intereses y multas a grandes empresarios como la que se realizó en el año 2017, en la que se condonó alrededor de 2.355 millones, de acuerdo al artículo de la revista digital *Crisis*⁹⁹, y a datos emitidos por el SRI, política implementada con la finalidad de generar liquidez para el Estado.

Como se ha evidenciado estas políticas fueron enfocadas en dar mayor importancia al ámbito económico que a la inversión en el sector salud, en el caso del Ecuador en concreto.

Ahora se abordará la segunda arista mencionada, en función de verificar la adopción de medidas sanitarias frente a la pandemia del coronavirus por parte de los Estados y cómo el retardo en la implementación de esta medida, debido a dar más importancia a la economía, hizo que determinados Estados hoy cuenten con mayor número de personas contagiadas y fallecidas.

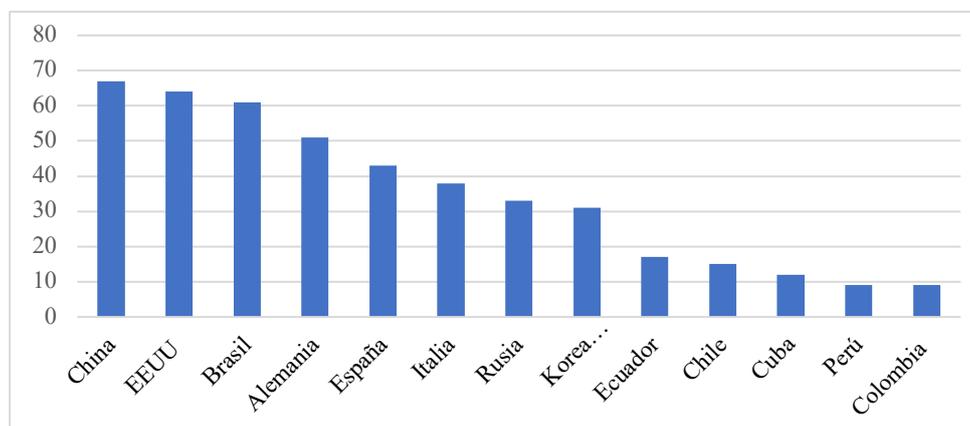


Gráfico 3: No. De días entre la detección del primer caso y fecha en la se tomaron medidas de prevención como la cuarentena

Fuente: varias fuentes¹⁰⁰

⁹⁹ Revista Digital Crisis, “Amnistía tributaria: llegó el turno de los ricos”, acceso el 3 de octubre de 2020, <https://www.revistacrisis.com/coyuntura/amnistia-tributaria-llego-el-turno-de-los-ricos>.

¹⁰⁰ Datos obtenidos de cada país: *China*: Ismael Arana, “China decreta la mayor cuarentena de la historia por el coronavirus”, *La Vanguardia*, 24 de enero de 2020. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200124/473095411753/china-cuarentena-coronavirus-muertes-wuhan.html>; *Estados Unidos*: Usa Facts, “Us Coronavirus cases and deaths”, acceso el 12 de octubre de 2020. <https://usafacts.org/visualizations/coronavirus-covid-19-spread-map/>; *Brasil*: Folha De

Elaboración: propia

Este análisis realizado nos permite tener una visión sobre como estos países han precautelado el derecho a la salud de la población por sobre los intereses económicos de forma general.¹⁰¹

Los países que fueron considerados para este rango de datos fueron los que han reportado más casos, los que han tenido gestiones exitosas de controlar el avance del virus, y los países de Sudamérica que limitan con el Ecuador o que tienen una economía similar.

De acuerdo al Gráfico 3, se puede evidenciar que los países que más rápido tomaron la medida de cuarentena a partir del reporte del primer caso de coronavirus en sus respectivos países fueron Colombia, Perú, Cuba y Chile, medida que fue adoptada en un rango de tiempo menor a quince días, países que son considerados como en vías de

S.Paulo, “Brasil confirma primeiro caso do novo coronavirus”, acceso 18 de octubre de 2020, <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus.shtml>. *Alemania*: The New England Journal of Medicine, “Transmission of 2019-nCoV Infection from an Asymptomatic Contact in Germany”, acceso el 18 de octubre de 2020, <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMc2001468>. *España*: Diario El País, Carlos Cué, “El gobierno informa de que es la única autoridad en toda España, limita los desplazamientos y cierra comercios”, 15 de marzo de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-03-14/el-gobierno-prohibe-todos-los-viajes-que-no-sean-de-fuerza-mayor.html>; *Italia*: Anna Paul, “What towns in Italy are on lockdown because of coronavirus”, 25 de febrero de 2020, <https://metro.co.uk/2020/02/25/towns-italy-lockdown-coronavirus-12298246/>; *Rusia*: Margaret Trexler, “Novel Coronavirus Information Center”, 27 de enero de 2020, <https://web.archive.org/web/20200130171622/https://www.elsevier.com/connect/coronavirus-information-center>; *Corea del Sur*: Cnn Health, “A new virus related to SARS is the culprit in China’s mysterious pneumonia outbreak, scientists say”, 9 de enero de 2020, <https://www.cnn.com/2020/01/08/health/china-wuhan-pneumonia-virus-intl-hnk/index.html>. *Ecuador*: Diario El Universo, “Número de casos de coronavirus COVID-19 en Ecuador asciende a 19”, 12 de marzo de 2020, <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/03/12/nota/7778649/coronavirus-ecuador-casos-confirmados-19>; *Chile*: Felipe Vargas, “Presidente decreta estado de excepción constitucional de catástrofe por 90 días ante emergencia por el Covid-19”, 18 de marzo de 2020, <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/03/18/980218/Presidente-decreta-estado-de-catastrofe.html>; *Cuba*: Prensa Latina, “Cuba confirma primeros tres casos importados de nuevo coronavirus”, 11 de marzo de 2020, <https://www.prensa-latina.cu/index.php?o=sr&id=Y29yb25hdmlydXM=&page=100>. *Perú*: Bbc News Mundo, “Coronavirus: Perú decreta cuarentena general en el país y el cierre de fronteras durante 15 días ante la pandemia de covid-19”, 16 de marzo de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51902989>; *Colombia*: Revista La Semana, “El mapa del contagio del coronavirus en Colombia”, 11 de julio de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/coronavirus-en-colombia-mapa-del-contagio-en-el-pais/656596/>.

¹⁰¹ La realidad de los países a nivel mundial respecto a afrontar la pandemia, ha evidenciado que por dejar de lado medidas restrictivas, se han adoptado medidas para regresar a la *nueva normalidad*, medidas tomadas únicamente con la finalidad de precautelar la economía, estas medidas hoy están demostrando que no son eficaces ya que actualmente (15 de octubre de 2020), se habla de una segunda ola de contagios, por lo cual países europeos están regresando a tomar medidas restrictivas respecto a permitir que las personas realicen determinadas actividades debido al incremento de contagios del coronavirus COVID-19. Diario El Comercio, “La segunda ola del coronavirus se extiende por Europa”, acceso el 15 de octubre de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/europa-segunda-ola-covid19-contagios.html>.

desarrollo, mientras que los países que más se demoraron en adoptar la medida de aislamiento como la cuarentena fueron China, Estados Unidos y Brasil, cuyo rango de tiempo que demoraron en tomar la medida fue de más de sesenta días, países considerados como desarrollados.

Para poder evidenciar el efecto que tuvo la adopción de la medida de aislamiento como la cuarentena se analizó al mismo universo de países tomado en el gráfico 3, y se relacionó el número de casos detectados del virus tienen a la fecha (18 de abril de 2020) en relación con el número de fallecidos, para poder identificar que países registran cifras de aumento o disminución de casos y fallecidos.

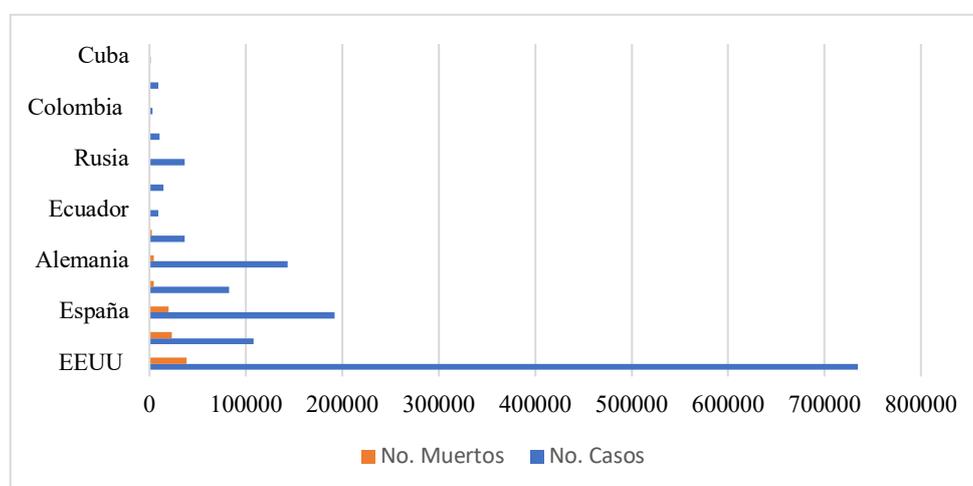


Gráfico 4: números de casos y de personas fallecidas por países

Fuente: <https://www.covidvisualizer.com>

Elaboración: propia

En el cuadro detallado se evidencia que Cuba, Chile, Colombia y Corea del Sur tienen casos de coronavirus menores a 10.000 aproximadamente, y referente al número de fallecidos menores de 200 aproximadamente, mientras que Estados Unidos, Italia, España y China, registran número de casos mayores a los 80.000 aproximadamente, y del número de fallecidos mayores a 4600 aproximadamente.

Los datos usados para realizar este análisis fueron datos reportados por los estados y publicados en diversos medios de comunicación como las fuentes citadas anteriormente.

Agrupando la información mencionada en el Gráfico 3 y 4, se puede concluir que China y Estados Unidos, ambas potencias mundiales, fueron países que más se demoraron en tomar la decisión de aislamiento de la población y que como consecuencia de ello se encuentran dentro de los países que registraron mayores casos y personas fallecidas, lo

que nos puede llevar a la conclusión de que se privilegió la situación económica de un país, a tomar decisiones severas respecto a políticas de aislamiento de la población para evitar el contagio y crecimiento de casos, con el objetivo de salvar vidas humanas.

Lo mencionado anteriormente evidencia como los diferentes gobiernos del mundo prevalecen o no, al derecho a la salud por sobre los intereses económicos, pero es también importante evidenciar el actuar del estado y de la industria farmacéutica respecto a los precios de servicios sanitarios, medicamentos, insumos médicos, y como es la manipulación que se realiza en el mercado respecto a precios, disponibilidad, patentes, afectaciones a la competencia de posibles competidores, cada una de estos temas, se desarrollarán a mayor profundidad en el capítulo dos de la presente tesis.

1.6. La diversa protección del derecho a la salud en el estado liberal y en el estado social

Con la finalidad de dimensionar la protección y garantía del derecho a la salud, es necesario visibilizarlo desde la diferente concepción de desarrollo o modo de producción económico de acuerdo con el diferente tipo de estado.

La diferente concepción del derecho a la salud dependiendo del tipo de estado se define por como se asume y garantiza el derecho a la salud, es por ello por lo que se analizará esta percepción desde los diferentes tipos de estados.

En el libro denominado “Garantismo judicial Derecho a la Salud”, se realiza un análisis respecto a la concepción del derecho a la salud, desde un punto de vista de un estado social:

En términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado, el cual alcanza de manera progresiva. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta. En estado social y democrático de derecho que se reconoce a sí mismo como pluri étnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias tanto sociales como ambientales que existan entre los diferentes grupos de personas que viven en Colombia¹⁰²

Es importante que en un tipo de estado como es el social, la garantía de los derechos sociales, en especial el derecho a la salud, cuenten con una garantía amplia

¹⁰² Fernando Silva, *Garantismo Judicial Derecho a la Salud*, (México DF: Porrúa, 2011), 112.

respecto a su cumplimiento, y uno de los principales aspectos es la aplicación del principio de universalidad de la atención de salud, universalidad que pueda contemplar las particularidades de cada grupo social e inclusive condiciones ambientales donde grupos de personas vivan.

En el libro “La protección constitucional de la salud”, Marta León Alonso, realiza un análisis respecto al alcance del principio de universalidad del derecho a la salud, y como su correcta aplicación se ve estrechamente relacionado con el tipo de estado que lo pregona, en el que manifiesta que:

El principio de universalidad consiste, básicamente, en garantizar el acceso de cualquier individuo en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias públicas. Si existe en el actual Estado social y democrático de Derecho una organización social, jurídicamente articulada, cuya actuación afecte a la práctica totalidad de las personas que se encuentren en territorio español, ésta no es otra que el Sistema Nacional de Salud.¹⁰³

En este tipo de estado, el acceso a servicios de salud pública en situaciones de igualdad debe prevenir que la igualdad establecida sea la igualdad material, es decir que en su acceso se considere situaciones individuales de la población, lo que realmente consolidaría el acceso al derecho a la salud.

En el estado social se ha evidenciado una política de protección y resguardo hacia al derecho a la salud, pero como se contrapone esta situación debido a que otro sea el tipo de estado, como el estado capitalista o liberal.

Como efecto de las nuevas reglas del orden económico internacional y en particular derivado de la profunda crisis económica mundial, en los últimos quince años no hay país donde no se haya cuestionado el papel del estado en su respectiva sociedad. En Europa, luego de haber disfrutado realmente de un frondoso “Estado de Bienestar” donde los recursos fiscales han financiado sistemas de seguridad social universales y altamente redistributivos, la crisis financiera hizo que se empezarán a plantear objetivos de eficiencia económica y mecanismos para reducir costos, acortando los beneficios y priorizando los beneficiarios entre otras medidas. Lo paradójico es que, en nuestras sociedades latinoamericanas, con poquísimas excepciones (Costa Rica, Cuba, Uruguay, Argentina), el Estado de Bienestar aún no llegó como lo muestran sus indicadores de cobertura social de los últimos cincuenta años, pero por la “onda” internacional se han planteado agresivas teorías y políticas para achicar el papel del Estado y desatar la competencia privada, confundiendo interesadamente modernización con privatización.¹⁰⁴

¹⁰³ Marta León, *La protección constitucional de la salud*, (Madrid: Editorial La Ley, 2010), 333.

¹⁰⁴ Ramiro Echeverría, *El proceso de reforma del sector salud en el Ecuador 1992-1997*. (Quito: CEPAR, 1997). 17

De acuerdo con el texto citado, se puede evidenciar un término muy importante, que en la mayoría de países latinoamericanos la tendencia es reducir el papel del estado respecto a la garantía de derechos sociales, y como se dice en el texto, confundiendo modernización con privatización, es penoso escuchar que en pleno siglo XXI, los representantes de partidos de tendencia conservadora sigan pensando y estableciendo como modelo ideal el tipo de estado neoliberal, en el cual el papel del estado es mínimo, y por lo tanto la garantía de los derechos sociales, como el derecho a la salud, sean puestos en segundo plano.

El interés de reducir el rol del Estado en la economía. Ni siquiera se pretende entregarle la condición de regulador, puesto que será el mercado quien lo defina. Si bien es cierto que en el manejo del Estado en nuestro país se han venido cometiendo desaciertos y a los principales problemas se mantienen y muchos de ellos se han agudizado y que se ha distorsionado sus funciones; no es menos cierto que la empresa privada en el Ecuador ha sido la eterna subsidiaria por el Estado, no ha logrado absorber la demanda de trabajo, ni competir realmente en el mercado.¹⁰⁵

En nuestro país a lo largo de la historia republicana se han afrontado varios tipos de estado, lo cual nos ha permitido evidenciar la diferencia que existe respecto al nivel de cobertura de los derechos sociales, en especial el derecho a la salud, ya que se ha transcurrido de estados liberales en su gran mayoría; y, a partir del 2008 en el cual se estableció en la Constitución de República del Ecuador, una garantía amplia para garantizar el derecho a la salud, ostentando alcanzar estado de bienestar, del cual únicamente, se puede evidenciar contenido constitucional que garantiza su alcance de cobertura, pero nada más allá de eso, ya que a pesar de varios esfuerzos por tratar de garantizar el derecho a la salud, a través de la construcción de infraestructura, dotación de medicamentos, contratación de mayor número de médicos, lastimosamente estos esfuerzos se han visto empapados por actos de corrupción de funcionarios públicos, lo que ha invalidado un proceso que en un determinado momento pretendió garantizar de forma amplia el derecho a la salud en nuestro país.

En el libro denominado “El proceso de reforma del sector salud en el Ecuador 1992-1997”, se realiza un análisis de las reformas al sector salud a nivel regional, desde el punto de vista de un modelo de Estado, en lo que se destaca que:

La primera generación de reformas, signada por la organización de los Sistemas Nacionales de Salud como hemos mencionado por ejemplo en el caso de Inglaterra (1948)

¹⁰⁵ Ciespal, *Comunicación y movilización social en salud*, 210.

y Chile (1952) o los Sistemas Únicos como el caso de Cuba (1960) o en la ex URSS. En este caso se destaca un rol hegemónico del Estado. b) La segunda generación de reformas o reformas intermedias, que surgen en los setentas y están orientadas por la expansión de cobertura, el desarrollo estatal de la salud pública y de los sistemas de aseguramiento, propios de los denominados "Estados de Bienestar", como lo es el ejemplo de Costa Rica, la segunda reforma Chilena, las reformas en Canadá [...]. c) Y por último las reformas de tercera generación producto de la crisis económica y del nuevo orden internacional, cuyo eje es la reforma del Estado y la apertura económica, que comienza a desarrollarse a mediados de los ochenta y básicamente en los noventa, en muchos países del orbe. En este momento se replantean las relaciones del Estado con el mercado y la sociedad civil.¹⁰⁶

En lo citado, se puede evidenciar que a través de la historia se ha desarrollado los distintos modelos de estado, pasando por un papel principal del estado en el sector salud, posterior a ello la construcción de un estado de bienestar de garantía de derechos, para luego desembocar en un estado neoliberal en donde vale más que la garantía de derechos, la relación que existe entre el estado y el mercado, es decir en este tipo de estado neoliberal, se privilegia esta relación y se deja de lado la garantía de derechos.

El estado liberal como el estado social, e inclusive el estado de bienestar se pusieron a prueba respecto a la eficiencia de sus sistemas de salud, en función de afrontar a la pandemia actual del coronavirus covid-19.

Estados liberales como Estados Unidos, Alemania, España e Italia, han demostrado que sus sistemas de salud, así como la industria farmacéutica o de insumos médicos únicamente han sido concebidos como un tipo de servicio más del cual se puede lucrar, y esto en el día a día de enfrentar los contagios producidos por la pandemia de coronavirus covid-19, les produjo problemas que desembocaron en el crecimiento exponencial de contagiados, y tuvieron que adoptar posiciones distintas a las concebidas como estados liberales, como garantizar la atención de salud en casos de emergencia pero sin dejar de remitir las facturas de la atención médica una vez solucionada la emergencia, como es en el caso de Estados Unidos.

Al contrario de países con estados sociales o de bienestar, donde al ser el estado el principal actor y garante del derecho a la salud, con un sistema de salud robusto, y un control del mercado, que permitió tomar las medidas oportunas para enfrentar la crisis originada de la pandemia, tanto así, como en el caso de Cuba que estuvieron en la capacidad de enviar personal médico de apoyo a países de estados liberales como Italia.

¹⁰⁶ Ramiro Echeverría, *El proceso de reforma del sector salud en el Ecuador 1992-1997*. 13.

Pero, Alemania considerado un estado liberal, ha tenido una gestión importante respecto a políticas públicas originadas a precautelar el derecho a la salud de la población, en una charla realizada por el profesor Karl Lauterbach, miembro del Parlamento Alemán y profesor de Economía de la Salud y Epidemiología de la Universidad de Cologne, mencionó que Alemania dentro un análisis económico respecto a la emergencia sanitaria provocada por la pandemia de coronavirus covid-19, se determinó que cualquier gasto en salud es ínfimo sí se compara con los costos económicos generados por la paralización de actividades laborales debido a la pandemia.

Es decir, la inversión en salud en este caso por la pandemia se vio priorizada en función de las pérdidas económicas que se afrontarán por la paralización de actividades, es decir se sigue subordinando dentro de este tipo de estado al derecho a la salud en relación con los intereses económicos.

En este tipo de estado neoliberal, es en el cual se debe analizar el nivel de garantía de derechos, en específico el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, para lo cual es necesario evidenciar como el mismo se garantiza desde la óptica de estado y desde la óptica del mercado o sector privado, de donde surge el tema de efectos verticales y horizontales de los derechos.

1.7. Efectos verticales y horizontales de los derechos

El derecho a la salud como el de acceso a medicamentos, se encuentran garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, en normas internacionales, y en normativa infra constitucional, pero en función de la garantía amplia consagrada a este derecho, surge la duda debido a sí la misma es extensiva y obligatoria no solo para el estado sino para los servicios de salud privados.

En relación con el análisis del rol de un estado constitucional de derechos como lo es el Ecuador, en función del acceso de la población a los derechos a la salud y acceso a medicamentos, es relevante considerar los porcentajes de cobertura de servicios de salud, de acuerdo con los datos de la OPS, Salud de las Américas 2007, en el país el 73% de la población tiene acceso a servicios de salud, mientras que el 27% no¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Juan Cuvi, Patricia Benavides y Diego Obando, *Medicamentos: entre el derecho y el mercado*. (Quito: Corporación Acción Vital, 2009). 18-19.

Del 73% de la población que tiene acceso a servicios de salud, el 49% tuvo a servicios públicos de salud, el 20% a servicios de salud privados, y el 4% a servicios de salud de la ONG SOLCA, lo que evidencia el porcentaje elevado de la población que usa el sistema público de salud, demostrando que el mismo debe ser fortalecido para brindar servicios de salud acorde a las necesidades de la población.

Es en este momento donde se hablará del tema de los efectos verticales y horizontales de los derechos, en especial del derecho a la salud y del acceso a medicamentos.

Referente a los efectos verticales y horizontales, se puede evidenciar un desarrollo doctrinario en la publicación realizada por Pablo Marshall, denominada “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución”, en el cual se realiza una descripción del alcance de estos efectos.

El efecto horizontal de los derechos fundamentales es denominado de esa manera en oposición al efecto vertical. El primero hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares, esto es, entre sujetos sin potestad estatal; el segundo, hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre el Estado o alguno de sus órganos y los particulares que están sujetos a su imperio.¹⁰⁸

El efecto horizontal se refiere a las relaciones jurídicas que pueden surgir entre estado y los privados, en el caso del derecho a la salud y del acceso a medicamentos, será la obligación que se enlaza desde el estado a los centros médicos de atención privada; mientras que el efecto vertical se refiere a las relaciones jurídicas que existen entre las diferentes instituciones del estado, es decir entre las diferentes instituciones que prestan servicios de salud pública.

En lo concerniente a las obligaciones jurídicas emanadas del efecto vertical de los derechos ya se lo describió anteriormente en este capítulo, y en lo que se refiere a los efectos horizontales se hará un análisis sobre la normativa y doctrina que regula este tipo de efecto entre el estado y los privados.

En la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 362, se refiere a que la atención de salud como servicio público, servicio que se debe prestar a través de entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias, y las que ejerzan la medicina

¹⁰⁸ Pablo Marshall, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución”, *Ediciones Constitucionales*, Año 8, No. 1, 2010, acceso el 17 de octubre de 2020, <https://www.uasb.edu.ec/documents/10181/1488423/Manual+de+estilo+%285ta+edición%29>.

ancestral, recalca que los servicios de salud, otorgados por servicios públicos estatales, serán gratuitos que incluirán diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación. Incluyendo la obligación de que, en casos emergentes, tanto los establecimientos públicos como privados, deben dar atención de salud a quienes lo requieran, sancionando esta negativa de atención, de acuerdo con lo establecido en la ley¹⁰⁹.

En el artículo 7, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, se menciona a quienes forman parte del Sistema Nacional de Salud, dentro del cual se describen a instituciones públicas y privadas¹¹⁰

En el artículo 7, letra j, de la Ley Orgánica de Salud, se desarrollan los derechos y deberes de las personas y del estado relacionados con el derecho a la salud, en el que se enfatiza que: “Ser atendida inmediatamente con servicios profesionales de emergencia, suministro de medicamentos e insumos necesarios en los casos de riesgo inminente para la vida, en cualquier establecimiento de salud público o privado, sin requerir compromiso económico ni trámite administrativo previo”¹¹¹.

Del contenido citado se evidencia que existe contenido normativo que respalda este nivel de atención, pero en la práctica esto no se cumple, ni se respeta por parte de servicios de salud, como se evidencia en un caso acontecido 11 de junio de 2012, en el que una joven que sufrió un accidente de tránsito falleció por no recibir atención médica de emergencia de acuerdo con el cuadro médico que presentaba¹¹², y sus familiares tuvieron que hacer un largo peregrinaje por diferentes centros médicos para que la joven reciba atención médica.

La Autoridad Sanitaria Nacional es la responsable de regular y vigilar que los servicios de salud públicos y privados, con y sin fines de lucro, autónomos y las empresas privadas de salud y medicina prepagada, presten atención oportuna, eficiente y de calidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 181, de la Ley Orgánica de Salud¹¹³.

En la revista SUR, en un artículo sobre el “Derecho a la salud y acceso a medicamentos”, se hace un análisis sobre la horizontalidad del derecho a la salud, enfocado en la industria farmacéutica.

¹⁰⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 365.

¹¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud*, Registro Oficial 670, 25 de septiembre de 2002, art. 7.

¹¹¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, 22 de diciembre 2006, art. 7.

¹¹² Diario El Comercio, “Mala atención médica”, acceso el 5 de octubre de 2020, <https://www.elcomercio.com/cartas/mala-atencion-medica.html>

¹¹³ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, art. 181.

La sección anterior remarcó la responsabilidad primaria de los Estados de aumentar el acceso a medicamentos. Pero, por supuesto, esta es una responsabilidad compartida. Si se busca un aumento en el acceso a los medicamentos, numerosos actores nacionales e internacionales tiene un rol indispensable para jugar. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio reconocen que las compañías farmacéuticas están entre aquellos que comparten responsabilidad.¹¹⁴

En conclusión el efecto de la horizontalidad del derecho es efectuar conexiones jurídicas que permitan enlazar que la garantía del derecho a la salud y el acceso a medicamentos sea cumplido en su totalidad, y más aún en casos de emergencia donde de por medio se encuentra la vida humana, pero es penoso saber que por más texto normativo que se encuentre desarrollado, en casos de emergencia los establecimientos privados no proceden a la atención sin que el enfermo o sus familiares establezcan garantías económicas que les asegure su pago, cuando el texto normativo ya mencionado es claro y destaca que en casos de emergencia la atención será gratuita.

La Red Pública Integral de Salud, emitió el *Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud*¹¹⁵, el cual señala que las instituciones del estado (Ministerio de Salud, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de la Policía Nacional, y seguros privados), aplicarán para el pago respectivo en razón de servicios de salud otorgados la *Norma Técnica sustitutiva de relacionamiento para la prestación de servicios de salud entre las Instituciones de la Red Pública Integral de Salud y de la Red Privada Complementaria y su reconocimiento económico*¹¹⁶, en el cual en su artículo 6, se establece la gratuidad del servicio, sin requerir pago alguno o garantía que respalde el mismo. De igual forma en la norma mencionada se establece el mecanismo por el cual se reconocerá el pago de los servicios de salud brindados por la red pública o privada de salud, para lo cual se establece una auditoría médica para la revisión de cada uno de los servicios y así garantizar que el servicio de salud no se interrumpa por estas condiciones¹¹⁷.

¹¹⁴ Paúl Hunt, "El derecho humano a los medicamentos", *Edición 8*, enero de 2018, <https://sur.conectas.org/es/el-derecho-humano-los-medicamentos/>

¹¹⁵ Ecuador Ministerio de Salud Pública, "Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud", acceso el 5 de octubre de 2020, <https://aplicaciones.msp.gob.ec/salud/archivosdigitales/documentosDirecciones/dnn/archivos/TARIFARIO.pdf>.

¹¹⁶ Ecuador, *Norma técnica de servicios de salud entre red pública y privada*, Registro Oficial 20, 28 de junio de 2017, art. 6.

¹¹⁷ *Ibíd.*, art. 42.

La pregunta es: ¿este contenido se cumple en la práctica?, como lo evidenciamos en el ejemplo anterior donde una joven falleció por falencias del sistema de salud y sus derivaciones en diferentes centros médicos, también existen problemas respecto a los valores que cobran los centros médicos privados por atenciones realizadas, como se evidencia en el contenido de informes de la Contraloría General del Estado, en el cual se analizó a 36 hospitales y clínicas privadas que de acuerdo a esta institución, cobraron por procesos quirúrgicos inexistentes, causando un perjuicio al Estado por un valor de USD 503,7 millones¹¹⁸, pero lo más importante usufructuando del *ejercicio de un derecho*, perjudicando a los usuarios ya que como se evidencia en ambos ejemplos, el derecho a la salud en su integralidad es violentado tanto por quienes deben garantizarlo (instituciones del estado y entes privados).

Lo mencionado ocurre cuando existe norma expresa que vincula el efecto vertical y horizontal de la garantía del derecho a la salud, evidenciando una vez más de que este contenido normativo es ineficiente o no está diseñado y actualizado conforme la necesidad actual de protección.

Es importante evidenciar que este efecto horizontal se debe vincular normativamente hacia las empresas farmacéuticas productoras de medicamentos, ámbito que no tiene un desarrollo normativo claro respecto a que se determine el alcance de este efecto, entendiendo que los medicamentos producidos o comercializados por las empresas farmacéuticas pueden tener barreras referente a su acceso por parte de la población, como el precio, aceptabilidad de los mismos, y disponibilidad, que causan una violación al derecho de acceso a medicamentos, en su efecto horizontal, respecto a la obligación de resguardar este derecho desde entes privados, en específico por parte de las empresas farmacéuticas.

En el informe No. A/74/174, remitido a la Asamblea General por Dainius Puras, relator especial, se hace un análisis respecto del efecto horizontal que tendrían las empresas farmacéuticas respecto a la protección del derecho de acceso a medicamentos, y se evidencia como estas, en vez de realizar acciones para precautelar este derecho, ejecutan acciones para favorecer sus intereses comerciales, como el hecho de financiar a grupos privados, cuyo fin es la *protección de pacientes*, cuando en lo que verdad buscan

¹¹⁸ Diario El Comercio, “Algunas clínicas facturaron por procedimientos inexistentes”, acceso el 5 de octubre de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/clinicas-facturas-iess-cirugias-pacientes.html>.

es resguardar su segmento del mercado¹¹⁹, por medio de esta estrategia que la denomino *perversa*.

Este efecto horizontal, se encuentra recogido en algunos cuerpos normativos de algunos países, como Alemania, España, y Chile, donde se habla de los derechos constitucionales frente a terceros, o como lo denomina la doctrina española como el efecto horizontal de los derechos¹²⁰.

En Alemania existe la sentencia BVerfGE 7, 198, que impulso la horizontalidad de los derechos, destacando que:

La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y cómo deben entenderse esos efectos en particular, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina [...]. Las posiciones más extremas en esa discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales -al menos, algunos de ellos y en todo caso los más importantes-, son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona¹²¹.

Del contenido citado se puede evidenciar que los derechos fundamentales llamados así dentro del análisis de la sentencia, y su efecto horizontal se refiere a que deben ser exigibles frente a un particular, efecto que revoluciona lo ya concebido hasta el momento, pero que aún se encuentra en desarrollo en un país como el nuestro, ya que sí bien existen contenidos que vinculan su cumplimiento a entes privados no existen normas expresas directas que lo relacionen, lo que deja este efecto aún en el aire para hacer exigible su garantía por parte de un privado.

En el libro de Pablo Marshall Barberán, denominado “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del Juez para aplicar la constitución”¹²², se determina que existen algunas teorías que rodean a la aplicación del efecto horizontal de los derechos, dentro de la cual se destacan: *la teoría de la eficacia directa*, es la que se refiere a la aplicación directa por parte de los jueces de los derechos fundamentales entre particulares, sin la necesidad de que medie norma infraconstitucional; y, *la teoría de*

¹¹⁹ ONU, *Informe No. A/74/174*, párr. 15.

¹²⁰ José Ignacio Martínez Estay, “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal”, *Revista Chilena de Derecho*, acceso 1 de octubre de 2020, 59, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde4199&div=12&id=&page=>.

¹²¹ Alemania, “Sentencia” BVerfGE 7, Primera Sala, 1958, acceso 14 de octubre de 2020, 2, <https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>.

¹²² Pablo Marshall Barberán, “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del Juez para aplicar la constitución”. 43-78.

eficacia indirecta, sostienen que para que existe el efecto horizontal debe constar en una norma de rango legal.

*Robert Alexy*¹²³, plantea tres niveles de aplicación del efecto horizontal de los derechos, el *primer nivel* reconoce la teoría del efecto mediato, señalando que esto implica de forma obligatoria el desarrollo jurisprudencial al momento de resolver sobre ellos; en el *segundo nivel*, sitúa a los derechos frente al estado; y, en el *tercer nivel* se establecen las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado (teoría de efecto inmediato).

El efecto horizontal abordado en esta acápite se refiere como ya lo se ha visto al alcance que tiene un derecho de ser cumplido por entes privados, y como este efecto debe ser percibido, sin duda la teoría de la eficacia directa es la que coincide con el principio de aplicación directa que tiene nuestra constitución, y que en teoría debería aplicarse, pero es lamentable que en nuestro sistema jurídico a duras penas se pueda exigir un derecho escrito, resultando casi hipotético de que los jueces puedan realizar interpretaciones extensivas para poder extender la eficacia y garantía de un derecho hacia un particular.

¹²³ *Ibíd.*, 43-78.

Capítulo segundo

Tensiones entre la libertad de mercado y la garantía de los derechos a la salud y de acceso a medicamentos

En este capítulo se desarrollará un análisis de las tensiones que surgen entre la garantía del derecho a la salud, el derecho de acceso a medicamentos y, la libertad de mercado, y cómo esta puede vulnerar u ocasionar que estos derechos se vean violentados o relegados.

Estas tensiones serán abordadas desde un análisis del comportamiento de la industria farmacéutica, la regulación de precios, patentes, y concentración de mercado, y como, estas tensiones pueden convertir al derecho a la salud de acceso a medicamentos en una mercancía más del mercado.

Por último, se analizará que como resultado de estas tensiones algunas personas se han visto en la obligación de interponer acciones constitucionales y legales para hacer prevalecer su derecho de acceso a medicamentos.

2.1. La industria farmacéutica en el Ecuador y en el contexto mundial

Para analizar el alcance de la garantía del derecho a la salud y de acceso a medicamentos, un actor fundamental es identificar el accionar de la industria farmacéutica y su relación con esta garantía, para ello se debe abordar dos ópticas: la realidad de nuestro país y la del contexto mundial.

En el libro denominado “Medicamentos que matan y crimen organizado”, se menciona que la industria farmacéutica es el tercer sector de la economía mundial, por debajo de la industria de armamento y del narcotráfico¹²⁴, esto evidencia las ganancias exuberantes que percibe la industria farmacéutica, adicional a ello se destacan como practicas reiteradas de la industria farmacéutica a la extorsión, ocultamiento de información, compra de profesionales, alienación del pensamiento médico, divulgación de falsos mitos, soborno, corrupción, entre otros.

¹²⁴ Peter Gotzsche, *Medicamentos que matan y crimen organizado*. (Barcelona: Editorial DGB, 2014). 11.

De acuerdo con el análisis sobre el uso de medicamentos por parte de la población y una comparación del crecimiento de la industria farmacéutica en el Ecuador se desprende que:

En Ecuador el valor del gasto en medicamentos per cápita es de aproximadamente 18 dólares al año, inferior a otros países latinoamericanos como Argentina (93.4) o Costa Rica (30.6). El gasto privado en salud de los hogares del decil más pobre es alrededor del 40% de sus ingresos, mientras que el del decil más rico solamente es del 6.4%. De estos porcentajes el gasto en medicamentos representa el 54.3%. De los 13.000 medicamentos que aproximadamente se comercializan en el país, únicamente el 13.1% corresponden a medicamentos genéricos, factor limitante de accesibilidad, debido al diferencial de precios entre medicamentos genéricos y de marca (166.64%). Cinco empresas manejan 61.3% del negocio de distribución en el mercado. Los diez más grandes laboratorios por venta controlan el 37% del mercado nacional. El 90% de los establecimientos farmacéuticos existentes en el país se ubican en zonas urbanas, y apenas 10% en zonas rurales.¹²⁵

Como se puede observar de los datos expuestos, existe una alta concentración respecto al manejo del mercado farmacéutico, refiriéndonos exclusivamente a que cinco empresas manejan el 61.3% del mercado, sin dejar de lado que existe un alto índice de concentración de la ubicación de las farmacias en donde se expenden los medicamentos y centros de atención de salud, centrándose el 90% en zonas urbanas, vulnerando así a la población que se encuentra en zonas periféricas o rurales, ya que no tienen acceso a estos servicios sanitarios.

Esta concentración ha llevado a que la industria farmacéutica crezca de forma exponencial, pero siempre manteniendo a las mismas empresas liderando el mercado, ya que uno de los principales problemas es que no se ha incentivado la producción nacional, sino que se ha limitado a importar los medicamentos producidos en el extranjero, produciendo nacionalmente únicamente las envolturas o empaques, como se demuestra en la siguiente cita:

Entre el 2006 y el 2011 las empresas farmacéuticas nacionales crecieron al igual que sus ingresos operacionales en un 95%. Sin embargo, en ese mismo período las importaciones de insumos subieron en un 224% (CEPAL, 2015:3); lo que implica que existen problemas adicionales al pequeño rango de acción farmacéutica nacional, como es la escasa generación de encadenamientos productivos con industrias complementarias como la de fabricación excipientes, vidrio, materiales de empaque, etc.¹²⁶

¹²⁵ *Ibid.*, 24-25.

¹²⁶ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, (Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2017), 44.

Es importante considerar que, en nuestro país, la industria farmacéutica no ha variado sus ambiciones, ya que se ha convertido en una industria que tiene limitado acceso, y que ha hecho esfuerzos escasos para incentivar investigaciones respecto a la fabricación de nuevos medicamentos, al contrario, han realizado acuerdos comerciales de representación exclusiva lo que les ha permitido abarcar el mercado de los medicamentos.

Gran parte de las empresas farmacéuticas de nuestro país son importadoras de medicamentos fabricados en el extranjero, lo que nos pone en una situación de debilidad ya que la disponibilidad de esos medicamentos dependerá de procesos de importación y de modificaciones en su valor de acuerdo a la cantidad de intermediarios que existan hasta llegar al consumidor final, este factor provocará que exista una diferencia entre los países que cuentan con empresas que fabriquen medicamentos y los países que únicamente son compradores.

La industria farmacéutica a nivel mundial ha evolucionado de manera significativa en los últimos tiempos, de acuerdo con el libro denominado “El derecho de la población por encima del negocio multimillonario”, publicado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, se menciona que:

Esta evolución ha provocado el establecimiento de condiciones diferenciadas entre países que cuentan con industria farmacéutica y aquellos que son dependientes de la producción externa para satisfacer sus necesidades propias. En el caso de los países que cuentan con producción de medicamentos se pueden distinguir tres tipos: 1) Los países que tienen industria farmacéutica nacional y realizan investigación y desarrollo. 2) Los países que tienen industria farmacéutica nacional con producción de medicamentos biosimilares. 3) Los países con escaso desarrollo de la industria farmacéutica nacional, basados mayoritariamente en la importación de medicamentos.¹²⁷

Esta evolución demuestra que existen países que han incentivado la creación de una industria nacional farmacéutica, por medio de la investigación y el impulso para este sector, con la finalidad de evitar la dependencia de la importación de medicamentos, en el documento citado no se especifica si esta acción ha sido destinada para el sector público o privado.

Los países que más han desarrollado proyectos de investigación y desarrollo de medicamentos son Suiza, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Alemania, y Japón, constituyéndose China e India en los de mayor producción de materia prima y de

¹²⁷ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 14.

fabricación de medicamentos¹²⁸, ya que cuentan con gran capacidad de mano de obra barata.

Estas acciones han colocado a la industria farmacéutica en el primer lugar de las industrias más rentables por sobre la industria de los bancos, tabaco, y tecnología, de acuerdo al ranking publicado por la revista Forbes¹²⁹, pero es en este instante en donde se plantea: ¿la importancia de la industria farmacéutica se debe al grado de necesidad de la población de percibir determinado medicamento?, o, ¿se deben a estrategias perversas de marketing, donde inclusive se crean enfermedades, o se usan campañas de posicionamiento de medicamentos o de desprestigio de sus competidores?, lastimosamente la industria farmacéutica ha llegado hasta los más bajos límites, para lograr riqueza¹³⁰, como el de establecer sus niveles de rentabilidad por sobre el fin social que tiene un medicamento, sin importarle la salud de la población, prevaleciendo para ellos sus intereses económicos, siendo este actuar tanto a nivel mundial como dentro del contexto de nuestro país, es por ello que es importante considerar la normativa que engloba a la regulación de esta industria.

2.2. La regulación del mercado farmacéutico (precios, patentes, competencia)

Los abusos generados por la industria farmacéutica se estarían cometiendo por la falta de regulación de este sector del mercado, o simplemente porque esa regulación no existe, o, sí existe se constituye en letra muerta. Dentro de estos cabe mencionar como los principales: establecer precios exorbitantes, abusarse del derecho de propiedad intelectual que les otorga una patente, y la afectación a la competencia de empresas de su propio sector con la finalidad de acaparar el mercado. Como indica el SERCOP: “El éxito económico de la industria farmacéutica no es una cuestión casual, responde a un astuto manejo del mercado para posicionar reglas de juego que promuevan el consumo selectivo y dependiente de sus productos, a través de cuestionables estrategias comerciales”¹³¹.

¹²⁸ *Ibíd.*, 16.

¹²⁹ Forbes, ranking de industrias con mayor rentabilidad en el 2016, contenido citado por Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 28.

¹³⁰ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 14.

¹³¹ *Ibíd.*, 31.

Esta regulación tan necesaria, ha sido distorsionada ya que se ha determinado que industria farmacéutica es la principal actora de su regulación, sin dejar de lado que se realizan acciones por medio de *lobby* a políticos y asambleístas, concretando estas acciones a que la regulación hacia la industria farmacéutica sea blanda o casi nula.

La industria farmacéutica ha conseguido ser el principal actor de su propia regulación. Los hechos demuestran que el sistema actual de regulación de medicamentos, inspirado por un organismo (la ICH, por sus siglas en inglés) – construido por el “sindicato” de las grandes compañías y las autoridades reguladoras de los principales países consumidores (y a la vez fabricantes: Estados Unidos, Unión Europea, Japón), y en el que ni siquiera la OMS tiene voto-, constituye una amenaza para la salud pública¹³².

La ICH International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use, por sus siglas en inglés, que en español se traduciría como Consejo Internacional para la Armonización de Requisitos Técnicos para Productos Farmacéuticos de Uso Humano, fue creada en 1990, es un organismo que emite lineamientos a ser cumplidos por parte de las autoridades regulatorias de los diferentes países en lo que respecta a medicamentos.¹³³

Está conformado por empresas farmacéuticas y autoridades regulatorias, y de acuerdo con lo establecido en la cita anterior, el hecho de que la propia industria privada forme parte de este organismo le resta efectividad en función de ejercer realmente acciones sobre el control de los medicamentos producidos por parte de la industria farmacéutica.

En nuestro país se han articulado algunas acciones para tratar de regular al mercado farmacéutico, como se puede observar en el artículo denominado “Acceso a medicamentos y situación del mercado farmacéutico en el Ecuador”, en el que se establece que:

El abastecimiento de medicinas en Ecuador ha tenido un proceso evolutivo marcado en los últimos cincuenta años: históricamente, algunos laboratorios internacionales abastecían a unas pocas farmacias (3). Más tarde, y por normativas de gobiernos anteriores, los laboratorios internacionales fueron obligados a instalar una planta de producción en el país como requisito para la comercialización de sus productos. Esto provocó la sustitución de importación de productos terminados por la de materias primas y de empaque, modelo que se mantiene hasta ahora. En la actualidad, el mercado

¹³² Peter Gotzsche, *Medicamentos que matan y crimen organizado*, 12.

¹³³ International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use -ICH-, acceso el 16 de octubre de 2020, <https://www.ich.org>

farmacéutico ecuatoriano se caracteriza por un complejo sistema de producción, compra, distribución y dispensación de medicamentos¹³⁴.

En nuestro país con la finalidad de sustituir importaciones se establecieron políticas públicas para incentivar la producción nacional, se obligo a grandes empresas a instalar sus plantas de producción en el país, pero esta fue una política dirigida más a precautelar la economía del país, que a establecer regulaciones a la industria farmacéutica.

Estas políticas no han sido suficientes para regular a la industria y garantizar el acceso a medicamentos, ya que de acuerdo con datos evidenciados en el mismo artículo citado, se establece que el incremento de precios de los medicamentos fue de 12,5%, en los últimos cinco años, para medicamentos de marca, y el 0,86% para medicamentos genéricos, resultando que los niveles de dispensación y consumo de los medicamentos de marca es de 2,3 veces mayor que de los genéricos¹³⁵, lo que implica que la población adquirió medicamentos más caros de marca, cuando existen formulas farmacéuticas similares en medicamentos genéricos a un precio menor, demostrando así que no existió regulación.

Considerando que la regulación de la industria farmacéutica es primordial para garantizar el acceso a medicamentos por parte de la población, se determina que la misma tiene tres aristas: la fijación de precios, patentes comerciales y afectación a la competencia, las cuales se explicarán a continuación:

Sobre los precios y su regulación, el artículo 159, de la Ley Orgánica de Salud, sostiene que la responsabilidad de establecer la fijación, revisión y control de precios de los medicamentos de uso y consumo recae sobre el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso Humano.

En el Decreto Presidencial No. 703¹³⁶, emitido con fecha 25 de junio de 2015, se crea la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada -ACCESS-. En el artículo 3, número 7, se establece como facultad de esta agencia definir los techos de los precios de los servicios de salud, empresas privadas de salud y medicina prepagada y controlar su aplicación, pero de acuerdo con la búsqueda

¹³⁴ Esteban Ortiz Prado, Claudio Galarza, Fernando Cornejo y Jorge Ponce, *Acceso a medicamentos y situación del mercado farmacéutico en el Ecuador*, Revista Panamericana de Salud Pública, <https://www.paho.org/journal/sites/default/files/14--OPIN--Ortiz-Prado--57-62.pdf>, 57.

¹³⁵ Esteban Ortiz Prado, et al., *Acceso a medicamentos y situación del mercado farmacéutico en el Ecuador*. 57.

¹³⁶ Ecuador, *Decreto Ejecutivo No. 703*, Registro Oficial 534, 1 de julio de 2005, artículo 3, número 7.

realizada para esta tesis en su página web www.calidadsalud.gob.ec¹³⁷, no se evidenció información respecto a la fijación de precios.

Por otra parte, en el libro “Los medicamentos en el Ecuador: de la realidad a la utopía”, se evidenció que:

1. Casi la totalidad de las farmacias investigadas alteraron el precio oficial de las especialidades farmacéuticas, en porcentajes variables.
2. Los precios de todos los productos investigados, los llamados éticos y los del mercado popular, fueron alterados.
3. Es posible que la adquisición de un par de unidades posológicas no afecte la débil economía de las clases populares, pero el precio de un tratamiento completo durante 10 días a los valores de especulación, no solo que la afectan, sino que los hacen inaccesibles ya que las cifras bordean los valores de uno o más sueldos mínimos vitales.
4. Se especuló más con los productos que fundamentalmente son de prescripción médica en tanto la especulación fue insignificante con los productos de venta libre.
5. Los índices de especulación fueron más altos en capitales de provincia y cantones que la ciudad de Quito.¹³⁸

La especulación de los precios, como se pudo evidenciar en la información de la cita anterior, es perjudicial para el derecho de acceso a medicamentos, en especial para la clase baja o clase media que se ven obligadas a pagar medicamentos en tratamientos sumamente caros, que superan el valor de sus ingresos mensuales, condenándolos a padecer enfermedades, e incluso morir, considerando que en nuestro país el ingreso promedio mensual de un trabajador catalogado como informal o empleo no adecuado es de USD 324,90, y que el 62.1 % de la población económicamente activa pertenece a este grupo¹³⁹.

Recordando el contenido de la observación general 14¹⁴⁰, realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, analizada en el capítulo primero de este trabajo de investigación, se desarrolla en el número 35, que una de las obligaciones de los Estados parte es de proteger que la privatización del sector salud, no afecte a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los medicamentos, por lo tanto al existir una regulación blanda esta obligación es incumplida.

¹³⁷ Ecuador Agencia de Aseguramiento de la calidad de los servicios de salud y medicina prepagada, acceso 9 de octubre de 2020, www.calidadsalud.gob.ec.

¹³⁸ Edgar Samaniego et al., *Los medicamentos en el Ecuador: de la realidad a la utopía*. (Quito: Universidad Central del Ecuador, 1990). 191-192.

¹³⁹ Diario La Hora, “Ecuador: el ingreso promedio por trabajador es menor que el salario básico”, acceso el 10 de octubre de 2020, <https://www.lahora.com.ec/noticia/1102258596/ecuador-el-ingreso-promedio-por-trabajador-es-menor-que-el-salario-basico>.

¹⁴⁰ ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4*, 16 de febrero de 2019, núm. 5, http://repositorioicdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/789/Inf_NU_ObservacionDerechoSalud_2000.pdf?sequence=1

En el artículo “Acceso a medicamentos y situación del mercado farmacéutico en el Ecuador”, se profundiza sobre lo mencionado en la cita anterior, y se manifiesta que:

En los últimos años, el precio de los medicamentos aumentó 12%. Cabe resaltar que los medicamentos de marca aumentaron 12,5% su precio, en tanto que los medicamentos genéricos solo aumentaron 0,86% [...]. Otro factor que influye sobre el incremento en los costos de los medicamentos es el sistema distribución de fármacos existentes en el país. Se sabe que en Ecuador existen aproximadamente 6000 farmacias, cinco veces más farmacias por habitante que en Chile [...]. Es importante recalcar que el 90% de las farmacias ecuatorianas se encuentran en la zona urbana y solo 10% a nivel rural. La población rural del país constituye el 30%, lo que deja en claro la desproporción de farmacias en la zona urbana¹⁴¹.

Los medicamentos de marca aumentaron de precio catorce veces más que los medicamentos genéricos, considerando que el consumo de los medicamentos de marca es de 93,15%, en comparación con los medicamentos genéricos que es de 6,85%¹⁴², y para que se pueda dar esta realidad en el mercado quiere decir que los médicos no están cumpliendo con su obligación de recetar medicamentos genéricos, y en complicidad con las farmacias, se enfoca al mercado hacia consumir los medicamentos de marca, a un precio mayor, y centralizando su dispensación en zonas urbanas, como ya se evidencio en datos de citas anteriores.

Como se pudo constatar, la especulación de precios realizada va dirigida hacia medicamentos que deben ser recetados, por lo tanto, son de difícil acceso, y un elemento importante los índices de especulación aumentan en capitales de provincia ajenas a la ciudad de Quito, precisamente por la falta de facultades o de controles oportunos en estas ciudades.

En el artículo 165, de la Ley Orgánica de Salud, establece a que se considera como establecimientos farmacéuticos a: los laboratorios farmacéuticos, las casas de representación, los distribuidores farmacéuticos, las farmacias y botiquines, que se encuentran en el territorio ecuatoriano.

Los precios establecidos por la industria farmacéutica y el nivel de especulación de estos en farmacias constituyen un problema grave, ya que ambas acciones se limita el acceso a medicamentos por parte de la población, considerando que el precio de los medicamentos desde que son producidos hasta que se encuentran disponibles para la

¹⁴¹ Esteban Ortiz Prado, et al., *Acceso a medicamentos y situación del mercado farmacéutico en el Ecuador*, 60.

¹⁴² *Ibíd.*, 57.

población en cualquier farmacia, a traviesan una cadena de comercialización que los incrementa de forma considerable.

Los precios de las medicinas no sólo deberían ser transparentes, sino también razonables y uniformes para todos los compradores. Las grandes diferencias que existen en la actualidad, donde las personas más vulnerables pagan los precios más altos, son injustas. Los precios tienen que ser regulados de algún modo para que estén al alcance de todos. Las ganancias de las farmacéuticas seguirán siendo enormes, incluso con precios mucho más bajos, sobre todo, si se redujeran los gastos en mercadeo.¹⁴³

Lastimosamente quienes asumen las consecuencias de que los precios de los medicamentos no cuenten con un control, son los más pobres, ya por diversas situaciones son quienes están más propensos a sufrir de enfermedades.

En el libro “El derecho de la población por encima del negocio multimillonario”, publicado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, se realiza una comparación de la fluctuación de precios de determinados medicamentos en distintos países, en lo que se evidencia que: “[...] se puede observar que la variación de precios de medicamentos entre algunos países de la región puede llegar a ser exorbitante, como es el caso del Aciclovir de 400 mg el cual en Brasil cuesta el 3300% más que en Perú¹⁴⁴”.

Con lo que queda evidenciado, que los precios de la industria farmacéutica no tienen un control o sujeción a parámetros que puedan ser medibles por parte de los estados, lo que permita establecer inclusive estándares de calidad de estos, y verificar que los mismos cumplan con un fin social.

Es importante analizar que una responsabilidad establecida para el estado no solamente se basa en la regulación de los precios de la industria farmacéutica, sino que se debe analizar qué impuestos a nivel nacional se graban para los medicamentos, con la finalidad que desde el punto de vista tributario también se pueda tomar una decisión respecto a permitir mayor acceso de la población a determinados medicamentos.

Paúl Hunt, en su artículo publicado en la revista Sur, “El derecho humano a los medicamentos”, justamente se refiere a esta obligación por parte del estado:

los medicamentos deben ser económicamente accesibles (asequibles) para todos, incluyendo a las personas viviendo en situación de pobreza. Esto tiene mayores implicancias para los arreglos de financiamiento y precio de los medicamentos. También puede querer decir que un Estado tendrá que revisar los aranceles de importación y otros

¹⁴³ Marcia Angell, *La verdad acerca de la industria farmacéutica*. (Bogotá: Norma, 2004), 275.

¹⁴⁴ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 29.

impuestos sobre los medicamentos si es que éstos ayudan a alejar los medicamentos del alcance de los pobres¹⁴⁵

Este accionar del estado propuesto va dirigido para ampliar la garantía del derecho a la salud y sobre todo el acceso a medicamentos por parte de la población de escasos recursos, ya que para este grupo de la población es más difícil su acceso debido a los altos costos de los medicamentos.

En la pandemia actual del coronavirus covid-19, el precio de determinados insumos necesarios para combatir la misma, han sufrido aumento de precios y escasez, como es el caso de mascarillas, gel antiséptico, las pruebas para detectar si una persona es portadora del coronavirus o no, etc.

El caso de las mascarillas es evidente, la caja de 20 mascarillas n95 antes del primer caso reportado en nuestro país de coronavirus tenía el precio de USD 20,00, dólares, posterior a ello pasó a costar USD 60,00, dólares, de acuerdo con el reportaje realizado por el diario El Universo¹⁴⁶.

La especulación del precio de este tipo de insumos también se presta para que en procedimientos de contratación pública hasta el propio estado pretenda adquirir dichos insumos por un monto mayor, como es el caso de la adquisición de mascarillas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social¹⁴⁷, en el cual se pretendió adquirir mascarillas N95 en USD 12,00 cada una, cuando el valor del mercado como ya se ha evidenciado oscila entre USD 1,00 a USD 3,50, sin dejar de lado que de la especulación de precios se hayan pretendido realizar actos de corrupción de los funcionarios del IESS.

Uno de los insumos más importantes para poder controlar el avance de la pandemia es el de realizar pruebas masivas respecto a detectar si una persona está contagiada o no con el virus, si bien es cierto estas pruebas no son medicamentos pero los considere en función de que son insumos médicos que en esta época de pandemia son primordiales, y el hecho de que su precio sea alto limita su acceso, lo que desemboca de forma directa en que se produzcan más muertes y por tanto afectaciones a la salud de la población.

¹⁴⁵ Paúl Hunt, “El derecho humano a los medicamentos”, *Edición 8*, enero de 2018, <https://sur.conectas.org/es/el-derecho-humano-los-medicamentos/>.

¹⁴⁶ Diario El Universo, “Demanda de mascarillas y alcohol se desbordó en Guayaquil”, acceso el 1 de marzo de 2020, <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/03/01/nota/7760973/demanda-mascarillas-alcohol-se-desbordo-ayer>.

¹⁴⁷ Diario El Comercio, “Fiscalía allana instalaciones de IESS por la compra de mascarillas”, 1 de abril de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/fiscalia-allanamiento-iess-compra-mascarillas.html>.

El precio de las pruebas el Gobierno ecuatoriano las ha fijado de la siguiente forma: sí la persona se hizo atender en un dispensario médico de salud público el precio es de USD 80,00, y sí viene de un establecimiento privado es de USD 120,00, para las pruebas PCR¹⁴⁸.

Con fecha 28 de abril de 2020, en un reportaje realizado por el diario El Comercio, Olfert Landt, critica el valor con el cual se están vendiendo las pruebas, ya que la prueba pcr creada por su empresa, tiene el precio de USD 6,50, detallando que en este valor está fijado el costo del material, y que incluyendo el costo del laboratorio que realiza el examen, el valor total sería de USD 10,83, lo que quiere decir que quienes están vendiendo la prueba es USD 108,32, están ganando el valor de USD 97,49, y termina diciendo que es inmoral vender la prueba en USD 100,00, que quienes lo hacen se están aprovechando de la escasez y el miedo de la gente¹⁴⁹.

De la información mencionada se puede observar que el Gobierno no ha garantizado que las personas que sean atendidas en establecimientos de salud pública, ni cuenten de forma gratuita con las pruebas pcr, ya que ha fijado un valor para ello, valores que son de difícil acceso para la mayoría de la población, y peor aun conociendo el valor real de las mismas, ¿cómo se puede explicar que el gobierno acepte la fijación de precios de estas pruebas en USD 80,00 y USD 120,00? cuando estos valores representan 11,3 veces más de su valor real, este actuar nos lleva a pensar de que el gobierno no ha usado los mecanismos vigentes tanto para hacer compras corporativas de estos insumos, y que la fijación de precios ha carecido de un análisis al respecto.

Refiriéndonos al precio de los medicamentos, hay casos que resultan realmente asombrosos, como es el caso del medicamento sofosbuvir, que cura la hepatitis c, y del cual al emitir la patente hacia una empresa farmacéutica le produce en sí una reserva de mercado, para que pueda fijar los precios de acuerdo a su conveniencia, precios que son fijados no en función de costo de producción, sino de ganancias exorbitantes que la industria quiere percibir, de acuerdo a como se describe en el libro denominado “Medicamentos que matan y crimen organizado”, se describió lo siguiente:

¹⁴⁸ Diario El Comercio, “En Quito hay 41 laboratorios, entre públicos y privados, para pruebas covid-19”, 20 de abril de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/quito-laboratorios-publicos-covid19-coronavirus.html>.

¹⁴⁹ Diario El Comercio, “Creador de pruebas de covid-19 critica que se vendan en USD 100 cuando su fabricación cuesta USD 6,50”, 28 de abril de 2020, <https://www.elcomercio.com/tendencias/creador-pruebas-covid19-critica-precios.html>.

Los precios de algunos de estos fármacos sólo se justifican por el monopolio de ventas que otorga la patente. ¿Imaginan la satisfacción del Sr. John C. Martin, director de Gilead, que ganó personalmente 180 millones de dólares en 2013, cuando anunció en 2014 que la FDA había aprobado su nuevo fármaco sofosbuvir, que «puede curar la hepatitis C» y para el que ha fijado un precio de más de 80.000 dólares? ¿Pueden imaginar su gozo cuando añadió que en el mundo hay centenares de millones de personas que necesitan este medicamento? El Sr. Martin se dirige a los accionistas, que son los únicos a quienes rinde cuentas (y les confunde, porque la mayoría de los centenares de millones de afectados por la hepatitis C son pobres, y precisamente por ser pobres no tienen acceso al fármaco). Y, sin embargo, el precio de los medicamentos no refleja costes, es pura política. [...] sofosbuvir costará sólo 100 dólares. Canje siniestro, [...] por una rebaja aplicada a un precio injustamente exorbitante (se calcula que el coste de producción del medicamento es de 68 a 136 dólares)¹⁵⁰

Como se puede evidenciar en el texto citado, en el caso de esta enfermedad, a la industria farmacéutica únicamente le interesa las ganancias económicas que pueden obtener por la venta de un determinado medicamento, ganancia que puede llegar a escalas exponenciales, proyectando sus ganancias a una población que padece de una enfermedad, pero que no tiene los medios para adquirirlos, lo que limita su accesibilidad, considerando adicionalmente que existen medicamentos que se encuentran amparados por patentes, lo que les permite captar el mercado de forma legal.

En el informe de 2009 del relator especial del derecho a la salud, respecto al acceso de medicamentos indicó que:

Por lo que respecta a los medicamentos, una patente de producto permite al titular de la patente fijar precios altos. Si aumenta el nivel de protección de las patentes, dificultando su obtención y, por tanto, reduciendo su número, ello fomentaría la competencia y reduciría los precios de los medicamentos. En cambio, si se reduce el nivel de protección de las patentes, facilitando su obtención y, por tanto, aumentando su número, ello puede resultar en un aumento de los precios. La competencia entre los productos farmacéuticos genéricos puede conducir a una reducción significativa de los precios y a un mayor acceso.¹⁵¹

De acuerdo con la información afirmada por el relator especial se determina que dependiendo cómo se usen las patentes se puede limitar el acceso a medicamentos, ya que al establecer una patente permite que su titular fije un precio, por lo que considera que es importante que se establezcan requisitos más rígidos para el otorgamiento de patentes, teniendo como efecto directo de ello mayor competencia en el mercado y por tanto la reducción de precios de los medicamentos.

¹⁵⁰ Peter Gotzsche, *Medicamentos que matan y crimen organizado*, 12.

¹⁵¹ ONU Consejo de Derechos Humanos, *Informe No. A/HRC/11/12*, 31 de marzo de 2009, 19. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/127/14/PDF/G0912714.pdf?OpenElement>

En el libro denominado “La transformación de la propiedad intelectual”, se estudió sobre la distribución y comercialización de los medicamentos, lo que nos hace considerar un tema importante como es el de las patentes de los productos farmacéuticos, el cual se refiere a que el alcance de una determinada patente se limita al procedimiento con el que se elaboran los medicamentos, más no su producto final, lo que permite que se desarrollen otros métodos o procedimientos alternativos para elaborar un producto, lo que socializa el acceso a medicamentos, pero lo limita en razón de propagandas y lobby efectuado a los medicamentos genéricos¹⁵², ya que se ha inducido a la idea tanto por médicos como por medios de comunicación, de que los medicamentos genéricos no son eficaces, posicionando así la idea de que solo los medicamentos de marca lo son.

En este punto es donde el tema de las patentes más allá de ser un tema de protección de propiedad intelectual, resulta ser un tema de crear monopolios en el mercado, y más aún en lo que respecta al tema de medicamentos, en el que la patente puede llegar a limitar el acceso hacia los medicamentos por parte de la población.

La aparición de las patentes es un tema relativamente nuevo en el contexto mundial y mucho más en los países de América Latina. [...], en la mayoría de los casos, ha generado monopolios injustificados e ilegítimos, [...], los sistemas de patentes fueron diseñados con el propósito de recompensar la invención, [...]; no obstante, en la actualidad lo que se ha generado es una rentabilización exacerbada en desmedro del acceso a medicamentos. Evaluate Pharma (2016), menciona que hasta el año 2020 expirarán las patentes de las tres cuartas partes de los 10 medicamentos más vendidos a nivel mundial, [...] la evidencia histórica muestra que gran parte de estos medicamentos, lograrán obtener extensiones de patente y prolongaciones del período de exclusividad, gracias al régimen de patentes vigente en el mundo.¹⁵³

Las patentes establecidas hacia los medicamentos representan derechos en función de haber descubierto una composición química expresada en un medicamento para combatir una determinada enfermedad, y las mismas rigen por un determinado tiempo, y una vez que las mismas cumplan ese tiempo esa composición química se libera para que otras empresas lo puedan producir, hasta ese momento esa empresa que es dueña de la patente podrá vender los medicamentos en el mercado, es por esta razón que como ya se ha evidenciado anteriormente se podría tornar de que las patentes como efecto directo

¹⁵² Martin Uribe Arbeláez, *La transformación de la propiedad intelectual*, (Bogotá: Editorial Doctrina y la Ley Ltda., 2005), 499.

¹⁵³ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 31-32.

creen un monopolio, y por lo tanto limitar el acceso a los medicamentos por parte de la población.

a través de un fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, particularmente en el ámbito de las patentes de invención, las compañías estadounidenses buscan consolidar un elemento de distorsión al principio de libre competencia en el comercio y apuntalar así el monopolio legal que les permite excluir del mercado a todo competidor. Las multinacionales farmacéuticas estadounidenses son las principales beneficiarias de este privilegio. [...] dos son los afectados: en primer lugar, los pacientes ecuatorianos, pues un afianzamiento adicional de los derechos de propiedad intelectual causará necesariamente un encarecimiento de las medicinas, [...] En segundo lugar, son las industrias farmacéuticas ecuatoriana y latinoamericana, principales proveedoras de medicamentos genéricos y similares en el Ecuador, las que sufrirán el embate, con la consiguiente repercusión en su productividad, su tributación y su capacidad de generar empleo para ecuatorianos y ecuatorianas.¹⁵⁴

Del contenido citado se desprenden dos afectaciones adicionales provocadas por las patentes de los medicamentos, la primera relacionada a que la prolongación de las patentes de las medicinas en la mayoría de los casos está sometida a condiciones de tratados internacionales de comercio, en los cuales se negocian condiciones favorables para las grandes transnacionales productoras de medicamentos, lo que causa de forma directa que los precios de los medicamentos se mantengan en un precio inaccesible para la población, y la segunda afectación es a la industria nacional que tiene que competir en condiciones desiguales con grandes empresas productoras de medicamentos, ya que se enfrentan a barreras locales provocadas por altos costos de tributación por su actividad, el costo de mano de obra calificada, y la falta de impulso a proyectos de investigación de nuevos medicamentos.

En el libro “TLC, más que un tratado de libre comercio”, se realiza un análisis sobre el objetivo social que debería tener como fin una patente de un determinado medicamento, y establece que debe primar el derecho a la salud, en este caso de acceso a medicamentos por sobre la protección de propiedad intelectual a una determinada creación se señala que:

en el ámbito de las patentes de fármacos [...] la función social de la propiedad intelectual está ineludiblemente vinculada a la necesidad de que el mayor número de ecuatorianos y ecuatorianas tenga acceso a los medicamentos, es decir, pueda ejercer el derecho constitucional a la salud a través del consumo de medicinas de calidad, a precios asequibles. En realidad, el objetivo último de la protección a la propiedad intelectual es un mejor nivel de vida para todas las personas; la protección a la propiedad intelectual es

¹⁵⁴ Alberto Acosta y Fander Falconí, *TLC más que un tratado de libre comercio*, (Quito: Rispergraf, 2005), 233-234.

uno de los medios que el Estado emplea en busca de su fin esencial: el bien común; y solamente en cuanto ese fin sea conseguido se justifica una protección de la propiedad intelectual. En el ámbito de los medicamentos, la Declaración de Doha, adoptada por los ministros de comercio de los países miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en noviembre de 2001, recoge este principio al proclamar que el derecho a la salud de las personas debe primar siempre por sobre los derechos de propiedad intelectual.¹⁵⁵

El derecho de propiedad intelectual al menos en el caso de garantizar los derechos de salud y de acceso a medicamentos, queda en segundo plano, entendiendo la vida de personas dependen de la eficacia con la que el Estado garantice estos derechos, y al existir derechos de propiedad intelectual sobre medicamentos, esto provoca de forma directa una limitación respecto a su acceso y disponibilidad, ya que quien ostente la patente podrá fijar precios y disponibilidad en el mercado de este medicamento.

Siguiendo esa línea, el mismo libro citado, se refiere a que en algunas circunstancias la industria farmacéutica ha abusado de la protección del derecho de propiedad intelectual para sacar del mercado a sus competidores, lo que ha provocado la creación de monopolios.

Por lo contrario, a través de un fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual, particularmente en el ámbito de las patentes de invención, las compañías estadounidenses buscan consolidar un elemento de distorsión al principio de libre competencia en el comercio y apuntalar así el monopolio legal que les permite excluir del mercado a todo competidor. Las multinacionales farmacéuticas estadounidense son las principales beneficiarias de este privilegio.¹⁵⁶

Sí bien el derecho de propiedad intelectual protege los derechos de quien inventó un medicamento, no debe limitar que por estos derechos su acceso se vea limitado, y que de ello se atente contra el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población.

En las circunstancias actuales, es importante preguntarnos ¿cómo se puede actuar en relación a las patentes cuando existe una emergencia sanitaria como lo que estamos pasando, en el caso en el que se descubra la vacuna para este virus?, en el caso de que la vacuna se encuentre patentada en el Ecuador, el artículo 314¹⁵⁷, del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, plantea la figura de declaratoria y alcance de la licencia obligatoria otorgada por razones de interés público, en la que se señala que por razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional el Estado podrá en

¹⁵⁵ Alberto Acosta y Fander Falconí, *TLC más que un tratado de libre comercio*, 231-232.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 233.

¹⁵⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento*, Registro Oficial 899, 9 de diciembre de 2016, art. 314.

cualquier momento y sin autorización previa del titular de la patente, ordenar el uso público no comercial de esa invención, y en el caso de no ser registrada en nuestro país el estado no tiene la obligación de protegerla bajo el régimen de propiedad intelectual actual, este contenido normativo permite que en la practica se precautele el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población, por sobre el derecho de propiedad intelectual de una invención, garantizando así su accesibilidad, ya que en la mayoría de casos el precio establecido por el inventor de un medicamento puede representar una barrera para su acceso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitió la resolución No. 1/2020, de fecha 10 de abril de 2020, referente a las acciones que los Estados deben tomar para afrontar la pandemia de la covid-19, en la cual, en su parte resolutive, número 9, señala que:

Asegurar el acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias necesarias para enfrentar los contextos de pandemia, particularmente poniendo atención al uso de estrategias, como la aplicación de cláusulas de flexibilidad o excepción en esquemas de propiedad intelectual, que eviten restricciones a medicamentos genéricos, precios excesivos de medicamentos y vacunas, abuso de uso de patentes o protección exclusiva a los datos de prueba¹⁵⁸.

Del contenido citado se desprende que uno de los elementos esenciales para garantizar que la población tenga acceso a medicamentos y servicios sanitarios, que puedan ayudar a combatir la pandemia actual es la flexibilidad y excepción de regímenes de propiedad intelectual respecto a patentes de medicamentos, así como otras restricciones como el precio de medicamentos y posibles vacunas, principales aristas para hacer efectivo el derecho a la salud de la población en esta situación de emergencia sanitaria.

Hay que velar por el cumplimiento de este tipo de disposiciones se hagan realidad en nuestro país, ya que al flexibilizar el régimen de propiedad intelectual en el caso de que la vacuna del virus de la pandemia actual ya se encuentre aprobada, la misma debe ser fabricada de forma masiva, para llegar a la mayor parte de población, sin que de ello se analice las ganancias que estarían dejando de percibir quienes la inventaron, sino que se tenga la visión social de la invención de la vacuna respecto a prevalecer el derecho a la salud por sobre el tema comercial.

¹⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 10 de abril de 2020, 9, *Resolución 1/2020*.

Como se ha evidenciado anteriormente, al describir la actuación de la industria farmacéutica a través de la fijación de precios, y aprovecharse de las patentes de los medicamentos, se vuelve necesario hablar sobre la competencia, enfocada desde el hecho en el que la propia industria farmacéutica ha limitado la libre competencia dentro de ella, por medio de estrategias perversas de captar el mercado de medicamentos a toda costa y a todo precio.

Pero las patentes no son el único mecanismo que utilizan las farmacéuticas para lograr su espacio en el mercado. Según Rodwin (2016:64), existen al menos tres tipos de mecanismos ilegales: 1) Sobornos; 2) Regalos; 3) Apoyo financiero para actividades profesionales. Rodwin describe escandalosos casos en donde se descubrió que los médicos prescribían cierto tipo de medicamentos con el fin de recibir ingresos extra; en otros se encontró que las farmacéuticas auspiciaban viajes y gastos no relacionados con el desarrollo profesional de sus beneficiarios. En el 2012, la empresa Pfizer fue sentenciada en Argentina de forzar a sus empleados a pagar coimas y distribuir costosos regalos entre los médicos para que receten sus productos [...] Prácticas similares no se dan sólo con los médicos, sino también con organizaciones sociales como asociaciones de pacientes u organismos de profesionales de la salud, medios de comunicación, aseguradoras, servidores públicos, entre otros actores vinculados al sector salud.¹⁵⁹

De acuerdo a las prácticas realizadas por la industria farmacéutica para captar el mercado, se vislumbra constantes afectaciones a la competencia leal que debe existir dentro de ella, sin dejar de lado cuestiones sumamente importantes como son la ética con la que deben actuar, siendo conscientes de que sí un medicamento se vende en el mercado es porque el mismo tiene la capacidad de curar una determinada enfermedad, pero de acuerdo a las practicas descritas, lo que depende de ello, es el hecho de que tanto lobby ha efectuado una empresa farmacéutica con médicos, funcionarios públicos e inclusive asociaciones de pacientes para que se pueda evidenciar en el nivel de ventas de esos medicamentos, provocando como un efecto inmediato la grave la afectación al derecho a la salud de la población y el acceso a medicamentos, ya que los medicamentos que ingresen al mercado bajo no lo harán por lo eficaces que sean para curar una enfermedad sino lo harán porque dependerán de que tan efectiva fue la práctica ilegal y desleal que realizó determinada empresa farmacéutica.

En nuestro país existe la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, la cual regula la actuación económica que realicen empresas privadas o públicas en territorio nacional, cuando sus actos o acuerdos produzcan efectos perjudiciales en el

¹⁵⁹ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 35-36

mercado nacional¹⁶⁰, que pueden desembocar en la vulneración de derechos de la población, como es en el caso de estudio respecto al derecho de acceso a medicamentos.

Dentro de las competencias asignadas a la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, donde se establece que la misma realizará la investigación, conocimiento, sanción y eliminación del abuso del poder del mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, y de las conductas desleales contrarias, incluyendo la interposición de sanciones¹⁶¹.

Referente a casos de sanciones a empresas que forman parte de la industria farmacéutica, en nuestro país se efectuó un caso de investigación respecto al acuerdo concertado entre operadores económicos¹⁶², lo que ocasionó que se falsee la competencia respecto a la presentación de ofertas y en la etapa de puja en 17 procedimientos de contratación pública, cuyo objeto era la adquisición de medicamentos por parte de entidades contratantes; por lo que mediante expediente No. SCPM-CRPI-024-2018, de fecha 14 de septiembre de 2018, resolvió imponer a la empresa Oxialfarm Cia. Ltda., y al señor José Gonzalo Apolo Apolo, una multa por el valor de USD 23.798,88¹⁶³, a cada operador, adicionalmente remitió a la Procuraduría General del Estado para que en el ámbito de sus competencias se declare la nulidad de los contratos públicos suscritos originados de estos acuerdos.

En el caso mencionado se pudo comprobar por parte de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado que existió afectación a la competencia en procedimientos de contratación pública, lo que afectó al estado y por ende a la población que tiene acceso a medicamentos en la Red Pública de Salud.

Pero es importante analizar el nivel de percepción que la población tiene respecto de los entes de control de la industria farmacéutica, en el libro denominado “Medicamentos que matan y crimen organizado”, se realiza un análisis al respecto.

Es altamente preocupante que, según una encuesta, «el 70% de los científicos de la FDA no creen que los productos aprobados por ella sean seguros». También se descubrió que el 66% no confían demasiado en el sistema de farmacovigilancia de los fármacos comercializados. La opinión de los ciudadanos es muy parecida: en una encuesta, el 78%

¹⁶⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, 13 de octubre de 2011, art. 2.

¹⁶¹ *Ibid.*, art. 37.

¹⁶² *Ibid.*, art. 11, número 6.

¹⁶³ Ecuador Superintendencia de Control de Poder del Mercado, “Expediente No. SCPM-CRPI-024-2018”, 2018.

de los participantes indicó que les preocupa que la FDA no hiciera claramente públicos los problemas de seguridad¹⁶⁴.

La credibilidad que la población tiene referente a las acciones de control de agencias estatales es cada vez menor, como se puede constatar en los datos de la cita anterior, sin dejar de lado las acciones de fármaco vigilancia, la cual debe mantener sus niveles de rigurosidad tanto para la emisión de registros sanitarios como para controles permanentes que se realicen cuando el medicamento ya se encuentre en circulación, considerando también la importancia de que exista un control permanente respecto al precio de los medicamentos en el mercado, y su competencia como ya se lo ha descrito anteriormente.

Es importante que el registro sanitario de los medicamentos no desvirtúe su finalidad, y que el proceso para su otorgamiento sea más acelerado considerando que de su emisión dependerá la venta de un medicamento, y que el mismo pueda ser sometido a controles tanto previos para su autorización como controles posteriores para evidenciar su correcta comercialización, sin que tampoco se convierta en un obstáculo para que determinados pacientes puedan acceder a medicamentos, de acuerdo a la información proporcionada por Agencia de Regulación y Control Sanitario -ARCSA-, el tiempo promedio de emisión de un registro sanitario en su ingreso es de 30 días¹⁶⁵, luego en el análisis técnico puede ir desde 30 días en medicamentos de riesgo bajo llegando alcanzar 180 días en medicamentos con riesgo alto, y 30 días adicionales en una fase de revisión y aprobación, es decir en total el tiempo promedio en el cual se puede obtener un registro sanitario es de 120 días, es decir sí un paciente con una enfermedad catalogada como grave espera este tiempo muy seguro su vida podrá correr riesgo, convirtiéndose este requisito tan indispensable en un posible obstáculo para el acceso oportuno a medicamentos de parte de la población.

¹⁶⁴ Peter Gotzsche, *Medicamentos que matan y crimen organizado*, 174.

¹⁶⁵ Ecuador Control Sanitario, <https://www.controlsanitario.gob.ec/inscripcion-de-registro-sanitario-de-medicamentos-fabricacion-nacional/>, acceso 10 de marzo 2021.

2.3. Intereses de la industria farmacéutica, sus límites y sus concepciones, ¿la libertad de mercado es un derecho?

De lo que se ha mencionado la industria farmacéutica ha evidenciado cuáles son sus intereses, y se podría resumir que esos intereses son netamente económicos, ya que todas sus estrategias se ven dirigidas a aumentar sus ganancias, sea cual sea el medio por el cual lo consigan.

Existe contenido constitucional que prescribe que el derecho a la salud y de acceso a medicamentos se encuentra por sobre los intereses comerciales de la industria¹⁶⁶.

En la revista Sur, en el artículo denominado “El derecho humano a los medicamentos”, señala que:

Los Estados y otros han criticado al sector farmacéutico por fijar los precios demasiado alto, por donaciones erráticas de drogas, por investigaciones y desarrollos poco balanceados, por hacer lobby por los estándares TRIPS/plus, por promocionar drogas inapropiadas, por pruebas clínicas problemáticas y otras prácticas que son consideradas como obstrucciones a la posibilidad del Estado de cumplir con sus responsabilidades respecto al derecho a la salud¹⁶⁷.

Del contenido citado se destaca las prácticas de la industria farmacéutica las mismas que podrían constituirse en sus límites como son la fijación de precios, investigaciones de medicamentos, por hacer marketing y lobby a toda costa, y sin importar los medios, pero ¿qué medios usa para conseguir sus intereses?, ¿de que es capaz la industria farmacéutica de hacer?, en el libro denominado “Medicamentos que matan y crimen organizado”, hacen una descripción de estos medios.

¿Cómo ejerce su poder la industria farmacéutica en el mundo? En primer lugar, ejerce presión sobre legisladores – en Washington hay más cabildeadores de la big pharma que de cualquier otro sector industrial, y quien dice Washington dice el mundo – para promover o bloquear leyes. También ejerce presión sobre la Organización Mundial del Comercio, directamente y a través del Gobierno de Estados Unidos, para que se apliquen a rajatabla sus injustos derechos de exclusividad sobre medicamentos esenciales que podrían salvar millones de vidas si tuvieran un precio asequible¹⁶⁸.

Cómo se desprende del contenido citado la industria farmacéutica está dispuesta a ejecutar las acciones que tengan que realizar con tal de resguardar sus intereses

¹⁶⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 363, número 7.

¹⁶⁷ Paúl Hunt, “El derecho humano a los medicamentos”.

¹⁶⁸ Peter Gotzsche, *Medicamentos que matan y crimen organizado*, 12.

económicos y muchas veces ese accionar es protegido bajo la protección a la libertad de mercado. Pero ¿bajo qué precepto jurídico se encuentra amparado este accionar, la libertad de mercado es considerado un derecho fundamental?

En el contenido de nuestra Constitución, artículo 66, referente a los derechos de libertad, en el número 15, prescribe que: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”, en este texto se definiría lo que se entiende por libertad de mercado, pero en el contexto en el que fue desarrollada nuestra Constitución, se enlaza la libertad de mercado con un fin o responsabilidad social.

En el artículo publicado por Jaime Veintimilla Saldaña, denominado “La Constitución Económica del Ecuador”, se realiza un análisis respecto a la concepción del derecho a la libertad de mercado en la Constitución del 2008, estableciendo dos aristas, una objetiva y otra subjetiva, mencionando que:

La libre competencia ha sido entendida desde dos aristas: subjetiva y objetiva. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos, pues se transforma en un principio rector de la economía, en cambio, desde la óptica subjetiva, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En cambio, en el caso ecuatoriano los numerales 15, 25 y 26 del artículo 66 de la CE, disponen el derecho a desarrollar actividades económicas conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; [...] Es decir, nada se dice en la Constitución doméstica sobre la libre competencia y más bien se genera un modelo constitucional denominado neo constitucionalista que se caracteriza por la presencia de derechos relativos, que al no ser precisamente absolutos, generan un efecto de colisión o de choque constante entre todos los derechos que aparecen en el catálogo constitucional¹⁶⁹.

La libertad de mercado sí bien se encuentra determinada como un derecho, la Constitución de 2008, agrega un elemento esencial y es hacer que este derecho se vincule con una responsabilidad social, pero analizando este contexto, ¿se cumple con este elemento en la práctica?, mi posición personal es que no se evidencia que exista un control dirigido hacia las empresas respecto a validar que cuenten con la responsabilidad social establecida en el contenido constitucional.

Entendiendo que la responsabilidad social es conjugar que una empresa privada pueda obtener a corto, mediano y largo plazo el cumplimiento de sus objetivos financieros y de forma simultánea se preocupe de temas sociales que se puedan irradiar de una

¹⁶⁹ Jaime Veintimilla, “La Constitución económica del Ecuador”, *Volumen 17*, julio de 2015, https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_007.pdf.

actividad económica¹⁷⁰, es decir es la preocupación que las empresas tienen por el bienestar de la sociedad en conjunto, y en el caso de las empresas farmacéuticas este sentido de responsabilidad hacia quienes son sus usuarios debería tener un mayor grado o valoración, ya que de ello depende la vida y la salud de una persona, lo que debería reflejarse en que se establezcan condiciones de acceso a los medicamentos y no convertirlos en mercancías, para que sean adquiridas por solo quienes tienen los recursos para adquirirlo.

2.4. Mercantilización y vulneraciones a los derechos de la salud y al acceso a medicamentos

La relación del derecho a la salud con las libertades de mercado ha provocado que los derechos a la salud y de acceso a medicamentos, se consideren como una mercancía, la cual puede producir grandes márgenes de ganancia para la industria que lo comercialice, es de tanta importancia, que el derecho a la salud ha pasado a formar parte esencial de muchas agendas de negociación de tratados de libre comercio de los países, tal como se especifica en el libro “Salud y libre comercio”, de Miguel Ernesto Cortés.

La salud se ha reconocido a través de la historia como la condición básica y fundamental para que una sociedad conviva y garantice condiciones de salud dignas a sus individuos. Actualmente, las agendas de libre comercio entre países incluyen el tema de la salud por medio de bienes y servicios relacionados con ella, como temas de negociación en los tratados de comercio. Sin embargo, una sociedad que se precie de ser sana no puede someter a negociaciones de ninguna índole el derecho legítimo a la salud de sus integrantes¹⁷¹

En la Constitución del 2008, artículo 403, se establece que el estado no podrá comprometer o negociar cláusulas de acuerdos o convenios internacionales, en las que se menoscaben o se atente contra el derecho a la salud, por lo que por esta vía existe contenido constitucional que protege a estos derechos, pero no hay que olvidar que sí bien existe esta prohibición, eso no limita que se atente contra estos derechos desde el punto

¹⁷⁰ Mary Urdaneta, “La responsabilidad social en la industria farmacéutica del estado Zulia”, acceso el 10 de marzo de 2021, http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842008000100004

¹⁷¹ Miguel Ernesto Cortés, *Salud y libre comercio. Un contrasentido*. (Bogotá: Ediciones Átropos, 2004). 9.

de negociación en tratados o convenios internacionales es el tema de patentes, como ya se lo ha evidenciado anteriormente.

Al ser considerados el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, como una mercancía por parte de la industria farmacéutica se ha atentado de forma directa al cumplimiento de estos derechos, en el libro denominado “La verdad acerca de la industria farmacéutica”, de Marcía Angell, se considera a este tema como *la caja negra*.

También tenemos que abrir la enorme caja negra conocida como “mercadeo y administración”. ¿Adónde van en realidad esos cientos de miles de millones de dólares? ¿Cuánto se gasta en compensaciones a los altos ejecutivos? ¿Cuánto en abogados? ¿Cuánto en “educar” al público y a los médicos? Todas estas categorías deberían ser expuestas según sus componentes. Estos gastos generan una enorme alza en los precios de los medicamentos, y la gente tiene derecho a conocer los respectivos detalles.¹⁷²

La cita antes descrita nos da una idea de la estructura de lo que se considera como *mercadeo* de la industria farmacéutica, entendiendo que al ser los derechos de la salud y acceso a medicamentos considerados una mercancía que tienen un valor económico en el mercado, y que el mercadeo es la estrategia o forma de como esta mercancía se va a transaccionar dentro del mercado para producir ganancias a la industria.

Pero es necesario resaltar las preguntas que se realizan en la cita presentada respecto a ¿cuál es esa estrategia que usa la industria farmacéutica para impulsar el consumo de los medicamentos?, primero destaca, ¿el destino de los miles de millones de dólares en ganancias a dónde van?, segundo, ¿cuál es el valor que la industria paga a altos ejecutivos?, tercero, ¿cuánto la industria invierte en inducir a la compra del medicamento tanto a médicos como a pacientes?, el efecto directo de que estas preguntas no tengan respuestas, es que el precio del medicamento se incrementa para los consumidores, pagando un precio por un medicamento que en muchos de los casos supera la ganancia con un 400%.

En el libro citado de Marcia Angell, se destaca el afán perverso de obtener lucro de los medicamentos a toda costa por parte de la industria farmacéutica.

Los estadounidenses necesitan fármacos nuevos que sean buenos y tengan precios razonables. Sin embargo, la industria farmacéutica no satisface esa necesidad. Hay una enorme distancia entre su retórica y sus prácticas. Impulsada por su afán de lucro, parece que se esfuerza cada vez más en alcanzar la autodestrucción. Su manera actual de hacer negocios no es sostenible. Tanto el gobierno federal como la profesión médica han sido cooptados por la riqueza y el poder de las grandes farmacéuticas, pero tarde o temprano

¹⁷² Marcia Angell, *La verdad acerca de la industria farmacéutica*, 274.

todo esto tendrá que cambiar. El subsidio de los medicamentos por prescripción de Medicare le dará a la industria un gran empuje, pero no durará mucho. Los que pagan los medicamentos (el gobierno, las aseguradoras y los individuos) sencillamente no tienen dinero para seguir manteniendo la industria en su forma actual.¹⁷³

El afán de lucro de la industria farmacéutica ha llevado a la industria farmacéutica a establecer estrategias que ya han sido evidenciadas, y que ha provocado que a pesar de que los medicamentos ya presentaban márgenes de ganancia increíbles, esta estrategia ha hecho que los medicamentos sean inalcanzables para los consumidores, es en este punto donde se ha tratado a los medicamentos como una mercancía más, pero, ¿es posible que un consumidor de medicamentos por el precio deje de consumirlos?, lastimosamente para algunas personas de esta respuesta simplemente depende su vida.

Hay posiciones distintas respecto a esta visión en el libro denominado *La salud en la globalización*, de Dante Orellana, en donde se describen de acuerdo con su perspectiva mitos y realidades respecto a la mercantilización de estos derechos (salud y acceso a medicamentos).

Tabla 6

Mitos y realidades del mercadeo de la industria farmacéutica criterio de Dante Orellana

MITO	REALIDAD
1. Los servicios de salud no deben de mercadearse	<ul style="list-style-type: none"> • La mercadotecnia (mkt.) procura una orientación social de los servicios. • La mkt., guarda un estado de máxima sensibilización hacia las necesidades, deseos y expectativas de los clientes internos y externos.
2. El Marketing sanitario sólo es aplicable a los servicios privados	<ul style="list-style-type: none"> • Las Instituciones de Salud Pública y ONG's han utilizado con éxito la mercadotecnia social.
3. Es antiético el uso de la mercadotecnia en la promoción de los servicios médicos.	<ul style="list-style-type: none"> • La mercadotecnia no es sinónimo de publicidad comercial. • La mercadotecnia externa puede ayuda a mejorar la imagen de los servicios de salud, atraer recursos y personas, y regular el nivel de demanda.
4. La calidad es algo implícito en la asistencia sanitaria, por lo que no se requiere de un esfuerzo mercadológico en particular.	<ul style="list-style-type: none"> • El uso de la mercadotecnia tanto interna como externa, fomenta y crea una filosofía de calidad total en los servicios de salud.
5. La mercadotecnia poco ofrece a los servicios de salud.	<ul style="list-style-type: none"> • Elemento clave en el cambio organizacional. • Poderosa herramienta de gestión sanitaria.

¹⁷³ Marcia Angell, *La verdad acerca de la industria farmacéutica*, 277.

- | | |
|--|---|
| | • Permite el desarrollo de una ventaja competitiva. |
|--|---|

Fuente y elaboración: Dante Orellana¹⁷⁴

De acuerdo con la cita expuesta anteriormente, se describe una postura opuesta a la que se ha abordado, pero se la ha descrito con la finalidad de estudiar diversos puntos de vista, y a través de ese análisis contribuir al criterio estructurado en esta tesis.

El primer mito se refiere a que los servicios de salud no deben ser una mercadería, en los otros mitos descritos y sus correspondientes realidades, el autor se limita a defender a la mercadotecnia como una estrategia comunicacional usada en los servicios de salud y medicamentos, en lugar de analizar o evidenciar las estrategias utilizadas por la industria farmacéutica y su objetivo, generar ganancia, más no precautelar un fin social como él lo nombra.

En el libro denominado “Laboratorio de médicos”, de Miguel Jara, se describe cómo la industria farmacéutica ha perdido su objetivo de *curar*, y lo ha reemplazado por el *ganar y ganar*, así lo describe como:

Charlábamos sobre un complejo industrial sanitario que extendía sus gigantes tentáculos por el Congreso de Estados Unidos y de buena parte de los países, agencias del medicamento como la estadounidense FDA o la europea, los centros médicos académicos y la propia profesión médica. La industria farmacéutica se ha alejado mucho de su propósito original de descubrir y producir nuevas medicinas útiles para convertirse durante las últimas décadas en una máquina de negocio para vender fármacos de beneficio dudoso y emplear su riqueza y su poder para cooptar a toda institución que se atreviese en su camino.¹⁷⁵

Del contenido citado se recalca que a la industria farmacéutica la describe el autor como una *máquina de hacer negocios*, es decir ya perdió su sentido *social*, que de hecho lo debió haber tenido alguna vez, pero de la evidencia analizada siempre ha imperado el interés económico de la industria, convirtiendo a los derechos en mercancías.

La estrategia de la industria farmacéutica no únicamente se basa en proteger su negocio a través de fijación de precios, patentes o control del mercado, sino que necesitan de un actor fundamental, como son los médicos quienes prescriben los medicamentos.

Existía un negocio de medicamentos, drogas legales a las que se les había dotado de un valor que muchas no tenían. El marketing había funcionado, la sociedad aceptaba el juego macabro de atiborrarse de fármacos peligrosos y en numerosos casos ineficaces. Pero para alimentar un fuego que elevaba sus enormes llamas hasta los altares del beneficio económico había que añadirle leña de manera constante. Para ellos los laboratorios

¹⁷⁴ Dante Orellana, *La salud en la globalización*. (Quito: Ediciones Abya Yala, 2003), 94.

¹⁷⁵ Miguel Jara, *Laboratorios de médicos*, (Barcelona: Ediciones Península, 2011), 176.

necesitaban a los médicos. [...] Los prescriptores tenían en sus manos, en los bolígrafos serigrafiados con el recordatorio de un fármaco con los que extendían recetas, [...] En la receta estaba la clave y solo el médico podía extenderla.¹⁷⁶

La cita anteriormente detallada, señala cómo los médicos son usados por la industria farmacéutica para ser quienes encaminen a los pacientes hacia la compra de un medicamento determinado, pero en esta consideración existen obsequios que la industria proporciona a los médicos como viajes, talleres, seminarios *gratuitos*, o *regalos*, los cuales de acuerdo al criterio del autor del libro “Laboratorios de médicos”, no son gratuitos, ya que todo está calculado por la industria farmacéutica para que nada afecte sus jugosas ganancias.

Otro actor fundamental en la mercantilización de estos derechos son los famosos *visitadores médicos*, quienes son los encargados de poner en práctica el plan de marketing de la industria farmacéutica, ya que son el enlace entre la industria y los médicos.

El derecho a la salud y el derecho de acceso a medicamentos han llegado al punto de considerarse mercaderías que inclusive las estrategias de marketing establecido para la venta de medicamentos o de servicios sanitarios, los ha rebajado al nivel de un producto más del mercado, en el que el que tiene paga por ellos, y el que no tiene accede a medicamentos o de mala calidad, o simplemente no accede, lo que atenta de forma directa al derecho a la salud, y en muchos casos inclusive a la vida de la población.

Pero considero que es importante en este tema analizar el actuar de los médicos, que tratan a la salud y sus servicios como un servicio más, y se olvidaron de su compromiso con una profesión con alto fin social, ya que depende de este ejercicio profesional la vida de quienes necesitan atención sanitaria, y que al fijar sus servicios en valores extremadamente altos, simplemente llevan a sus pacientes a una posible sentencia de muerte, entendiendo que quienes actúan de esta forma son la excepción.

2.5. Tensiones entre la libertad de mercado y la garantía de derecho a la salud y acceso a medicamentos

De acuerdo con el análisis realizado respecto a la mercantilización del derecho a la salud y de acceso a medicamentos, se evidencia que podrían existir tensiones entre la libertad del mercado que la industria farmacéutica debe tener y mantener, para prevalecer

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 178.

con sus intereses económicos, y, la garantía de los derechos a la salud y de acceso a medicamentos, dentro de este contexto se ha determinado de que podrían existir cuatro tensiones:

1. El derecho a la salud considerado como un negocio.
2. El precio de los medicamentos un limitante para su acceso.
3. La innovación de la industria farmacéutica y su fin netamente comercial.
4. Los médicos un objeto más de la industria farmacéutica.

La primera tensión que se abordará es la de si el derecho a la salud es un derecho o es un negocio, bajo la concepción de la libertad de mercado, evidenciando si se ha convertido al derecho a la salud, y al de acceso a medicamentos, en una mercancía, la cual para acceder a ella se establece un precio, y solo quien cuente con dinero podrá adquirirlo, empleando así una lógica rentista, en la que lo único que importa es que exista gente que pueda pagar, con la finalidad de impulsar un negocio cada vez más lucrativo. Sostiene SERCOP: “Si bien la denominada ‘big pharma’ es la que domina el mercado, la industria farmacéutica a toda escala replica frecuentemente las estrategias de posicionamiento y prácticas comerciales que les permitan generar mejores márgenes de ganancia. Está lógica rentista motiva cuestionarse si la salud es un derecho o un negocio.”¹⁷⁷

Es obvio que para la industria farmacéutica tanto el derecho a la salud como el derecho de acceso a medicamentos son un negocio, y un negocio del cual han lucrado a expensas de la necesidad de la población, pero como se estableció en el primer capítulo de este trabajo de investigación, la salud y el acceso a medicamentos son derechos que deben ser garantizados tanto por el estado como por entes privados, debido a que sus efectos son horizontales como verticales, de está garantía que engloba la protección a estos derechos, se produce en la realidad un problema jurídico tal como lo establece Jaime Veintimilla, en su obra “La constitución económica del Ecuador”¹⁷⁸, denominándolo

¹⁷⁷ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 14.

¹⁷⁸ Jaime Veintimilla, “La Constitución económica del Ecuador”, *Iuris Dicto*, Volumen 17, julio de 2015, 137, https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_007.pdf.

como una *colisión*, entre la libre competencia o la libertad de empresa y la práctica de derechos consagrados en la Constitución, o incluso contra el interés público.

Sin duda en un análisis básico lo que debe primar es la garantía del derecho a la salud y de acceso a medicamentos por sobre la libertad de mercado, en el texto constitucional se resuelve esta tensión, ya que en el artículo 363, número 7, se indica que, en lo referente a garantizar el derecho a la salud a través del acceso a medicamentos, prevalecerá estos derechos por sobre los intereses comerciales y económicos de la industria farmacéutica.

Pero, lo mencionado es un contenido que ha sido vulnerado por el propio Estado, y ni decir de los entes privados, quienes para atender un caso de emergencia en un hospital privado, no lo atienden si el paciente o su familia no entregan un *voucher* en garantía, casos que en la pandemia actual se han agudizado¹⁷⁹, contraviniendo no solo el artículo 363, número 7, de la Constitución, sino el artículo 368 de la misma, en el que se indica que ningún profesional de la salud, ni centro médico debe negar la atención médica por emergencia; este ejemplo demuestra esta tensión, y cómo a pesar de que exista contenido constitucional que la soluciona, en la práctica no se cumple, concluyendo que el interés económico en la sí está por sobre el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población, constituyéndose estos derechos en un negocio.

La segunda tensión, hace referencia al precio de los medicamentos y cómo el mismo se constituye en una limitante para su acceso. En el libro denominado “La verdad acerca de la industria farmacéutica” se identifica esta tensión:

Las grandes diferencias que existen en la actualidad, donde las personas más vulnerables pagan los precios más altos, son injustas. Los precios tienen que ser regulados de algún modo para que estén al alcance de todos. Las ganancias de las farmacéuticas seguirán siendo enormes, incluso con precios mucho más bajos, sobre todo, si se redujeran los gastos en mercadeo. Puesto que el mayor comprador de medicamentos por prescripción es el gobierno, él podría negociar o regular los precios en beneficio de todos [...] ¹⁸⁰

En el contenido citado hay dos contenidos que se considera importantes, el primero se basa en que las personas que menos tienen son las que más pagan por los medicamentos, y es a estas personas donde el estado debe dirigir sus esfuerzos en

¹⁷⁹ Revista Plan V, “Ya no puede haber fluidez en la derivación porque todos estamos llenos. Dice Ana Delgado de las clínicas privadas”, 27 de julio de 2020, <https://www.planv.com.ec/historias/entrevistas/ya-no-puede-haber-fluidez-la-derivacion-porque-todos-estamos-llenos-dice-ana>

¹⁸⁰ Marcia Angell, *La verdad acerca de la industria farmacéutica*, 275.

garantizar servicios de salud y dotación de medicamentos, en un sentido de igualdad material; la segunda se refiere al estado como actor en el mercado, con una gran capacidad de abarcar varios requerimientos de compra de medicamentos y por lo tanto aumentando su poder de negociación al respecto, logrando hacer procesos de contratación pública que cuenten con estudios de precios, y efectuando compras por grandes volúmenes lo que ubica al estado como un comprador atractivo para la industria farmacéutica, sin dejar de lado el papel de regulación que debe ejercer en el mercado. El análisis respecto a la eficiencia de estas compras corporativas y qué impacto han tenido en función de garantizar la gratuidad de los medicamentos se desarrollará en el capítulo tres de la presente tesis.

La tercera tensión se reflejaría debido a la innovación de la industria farmacéutica frente al interés económico, ¿en realidad existe innovación?, o, ¿únicamente existe un interés de captar el mercado?, en el libro “La verdad acerca de la industria farmacéutica”, de Marcia Angell, se hace un análisis respecto a la *innovación* de la industria farmacéutica.

Como hemos visto, la industria invierte en realidad mucho más en mercadeo y administración que en I&D. No es innovadora. Y vive de los favores del gobierno y huye de la competencia. Sabiendo esto, es posible ser inmune al tipo de amenaza en el que se especializa la industria: “Denos todo lo que queremos, o nos vamos a ver obligados a dejar de producir medicamentos maravillosos”.¹⁸¹

De lo citado se puede colegir que incluido el tema de la innovación constituye un pilar más del maléfico chantaje de la industria farmacéutica, representando un problema para el estado, ya que si no ceden al chantaje de la industria farmacéutica los únicos afectados son la población, y de forma directa su derecho a la salud, colocándolas en una situación vulnerable.

La cuarta tensión es respecto a la ética de los médicos debido a hacerle el juego a los intereses de la industria farmacéutica y cumplir con su deber de servicio de salud, y ética en su profesión.

En este punto se plantea el dilema del médico: ética y derechos humanos se conjugan para imponerle la defensa de los intereses de los pacientes, pero la autoridad y la libertad del médico son ellas mismas puestas en duda y criticadas severamente. La defensa de la primacía de los intereses del paciente sobre los de la autoridad y de la sociedad supone de parte del médico una fuerza de carácter y un valor personal poco comunes. Esta

¹⁸¹ *Ibid.*, 278.

defensa requiere el reconocimiento de la independencia médica del facultativo cuando debe enfrentar las amenazas que pesarían sobre sus pacientes, [...] La defensa de los derechos humanos por parte del médico implica su independencia.¹⁸²

La ética del profesional médico supone un accionar dentro de la normativa que parte desde el punto de que está en la obligación de recetar medicamentos genéricos y no haciendo alusión a una marca determinada, luego de que el medicamento que prescriba vaya dirigido a sanar una determinada enfermedad, precautelando sobre todo la salud y vida de ese paciente. Considero que si es importante la independencia que el médico tenga respecto a ejercer su profesión con libertad, pero si es importante que ese accionar del médico sea susceptible de control de entes públicos, y se establezcan canales de denuncia para que la población pueda denunciar a médicos que contravengan la normativa establecida.

Al presentar estas tensiones se puede evidenciar que ya se cuenta con normativa que las advierte y las considera, pero es importante cuestionar si ya se encuentran contempladas soluciones en normas, ¿se cumplen?, o, ¿simplemente constituye letra muerta?, de acuerdo con mi criterio constituye letra muerta ya que continúa prevaleciendo el interés económico de la industria por el derecho a la salud y al acceso a medicamentos de la población.

En la pandemia que atraviesa el mundo, del covid-19, estas tensiones se han hecho más evidentes, como el caso del precio de las pruebas de pcr mencionado anteriormente, en el que el precio y el acceso que tiene que pagar la población es un limitante para que puedan conocer si son portadoras del virus o no, lo que ocasiona que no puedan recibir un tratamiento o simplemente dejar que la enfermedad avance, y ni hablar de la vacuna, cuando en lo único que piensa la industria farmacéutica es en el valor que tendrá esta.

Es importante considerar que como fruto de estas tensiones y en función de tutelar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, la población se ve en la necesidad de activar mecanismos legales que les permitan exigir el cumplimiento de estos por parte del estado.

2.6. Judicialización de los derechos a la salud y de acceso a medicamentos

¹⁸² OPS Organización Panamericana de la Salud, *La salud y los derechos humanos. Aspectos éticos y morales 1999*, (Washington: Organización Panamericana de la Salud, 1999), 46

Referente al incumplimiento constante de la normativa establecida para garantizar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, o, que las normas que existen no abarcan las suficientes garantías, los usuarios del sistema de salud se han visto obligados a interponer acciones legales para hacer efectivo su derecho a la salud y su derecho de acceso a medicamentos.

Se analizarán alguna de las acciones constitucionales emprendidas, tanto en el ámbito nacional e internacional, sobre el derecho a la salud y el derecho de acceso a medicamentos.

2.6.1. Garantías Constitucionales presentadas

En esta sección se estudiará las garantías establecidas en el artículo 86, de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se establecen las garantías jurisdiccionales, las cuales tienen como principal objetivo tutelar derechos constitucionales.

Las personas y usuarios del sistema de salud pública se han visto obligados a presentar este tipo de garantías con la finalidad de que su derecho a la salud y de acceso a medicamentos no se vea vulnerado por la actuación, inacción o decisiones de funcionarios públicos.

Se realizará un análisis respecto a las sentencias emitidas en procesos judiciales en los que se demandó vulneraciones al derecho a la salud y de acceso a medicamentos, para evidenciar la violación y la resolución de los jueces en función de constituirse como garantes de derechos.

Las sentencias que a continuación se detallan fueron seleccionadas de acuerdo con el objeto de la causa, en el cual se demandaba al Estado ecuatoriano por la tutela del derecho a la salud y de acceso a medicamentos.

Tabla 7

Garantías Jurisdiccionales – Derecho a la salud y acceso a medicamentos

No.	Tipo de Garantía :	Pretensión:	Caso No.:	Sentencia No.:	Fecha:	Resolución:
1	Acción extraordinaria de	Impugna la decisión judicial de juez	1470-14-EP	364-16-	15 de noviembre	Declara la vulneración de los derechos constitucionales a la

	protección	ordinario en la que se negó la petición de medidas cautelares referente a la entrega del medicamento retroviral de nombre “Efavirenz” cápsulas de 600mg”, por parte del Hospital Carlos Andrade Marín.		SEP-CC	de 2016	<p>tutela judicial efectiva, imparcial y efectiva, y a la salud.</p> <p>En el número 4.1.2., de la sentencia, la Corte Constitucional dispone al IESS, que por cuestiones meramente administrativas no puede abstenerse de prescribir y suministrar a las personas con VIH la medicación que requieran.</p> <p>En el número 4.1.3., de la sentencia, se dispone a la red pública de salud que deben provisionarse de la medicación necesaria para pacientes con VIH.</p> <p>Emite reglas vinculantes para los órganos jurisdiccionales, en el número 5.2., manifiesta que cuando se presenten acciones similares en la que se demuestre la falta de provisión de medicamentos a una persona con VIH, y que, por causas ajenas a las estrictamente médicas, se deberá declarar la vulneración del derecho constitucional a la salud.</p>
2	Acción extraordinaria de protección	Impugna la decisión judicial de Corte Provincial en la que se declaró sin lugar la acción de protección presentada, referente a la negativa de atención de servicios de salud de su nieto por parte del IESS	2334-16-EP	380-17-SEP-CC	22 de noviembre de 2017	<p>Declara la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso, en la garantía de la motivación, y a la salud.</p> <p>Dejar en firme la sentencia de primera instancia, en la que se dispone la atención del nieto del legitimado activo, hasta el tiempo que este en su custodia.</p> <p>Declara la inconstitucionalidad de normas conexas y modula los efectos de la sentencia, modificando el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social, ampliando que la cobertura de servicios de salud hasta los dependientes menores de 18 años que se encuentren bajo custodia.</p>
3	Acción extraordinaria	Impugna decisión judicial	2014-12-EP	016-16-	13 de enero	Declara la vulneración de los derechos constitucionales al

	inaria de protección	de la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Manabí, en la que se desecha la apelación presentada, respecto a que su derecho a la salud fue violentado por parte de la Policía Nacional al ser una persona portadora de VIH y con dependencia alcohólica (sueldo retenido por sanciones internas)		SEP-CC	de 2016	debido proceso en la garantía de la motivación, salud, trabajo, dignidad humana e igualdad. Dejar sin efecto la resolución dictada por el H. Consejo de Clases y Policías en la cual se da de baja al accionante, y por lo tanto se ordena el pago de las remuneraciones pendientes, el reintegro a su puesto de trabajo y respecto al derecho a la salud se ordena que la Policía Nacional asuma la responsabilidad de los servicios médicos, incluido tratamiento psicológico, y la entrega de medicinas para atender su condición. Se dispone que la Policía Nacional realice un análisis respecto a que miembros de su Institución padecen este tipo de enfermedades y se tomen todas las medidas preventivas para que estos abusos no vuelvan a suceder.
4	Acción de incumplimiento	Se presenta acción de incumplimiento de la sentencia de 1 de diciembre de 2010, emitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha dentro de la acción de protección No. 139-2010, en contra del Ministerio de Salud por la falta de aprobación del tratamiento y el acceso al medicamento	0010-14-IS	074-16-SIS-CC	12 de diciembre de 2016	Declara el incumplimiento de la sentencia emitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha. Ordena como medidas de reparación se analice, adecue y apruebe el protocolo de seguridad y eficacia del tratamiento de deficiencia de crecimiento, a la ARCSA y al MSP, que se emita el respectivo registro sanitario, y que se dote del medicamento INCRELEX a los niños y niñas que adolecen el “síndrome de laron”. Dispone al Ministerio de Finanzas otorgue los fondos presupuestarios al MSP para la adquisición continua de este medicamento.
5	Selección de casos para	Grupo de personas con enfermedades catastróficas	Casos seleccionados : 679-	679-18-JP/20 y	5 de agosto de 2020	Llama la atención al Gobierno Nacional respecto a la regresividad no justificada respecto a la inversión en salud,

	<p>jurisprudencia vinculante</p> <p>Caso No. 679-18-JP y acumulados</p>	<p>presentaron acciones de protección para resguardar su derecho de acceso a medicamentos de parte de Instituciones de Salud del país.</p>	<p>18-JP, 846-18-JP, 847-18-JP, 1223-18-JP</p>	<p>acumulados</p>	<p>medicamentos y talento humano del MSP.</p> <p>Dispone al MSP y a la RPIS, se garantice progresivamente el derecho de acceso a medicamentos a quien lo necesite, y que el MSP adecue la política pública de medicamentos acorde al artículo 85 de la Constitución, disponiendo que cada año el MSP informe a la Corte Constitucional el cumplimiento de esta disposición.</p> <p>Disponer al MSP establezca una política pública dirigida hacia los pacientes con enfermedades catastróficas, con una red de apoyo para pacientes y familiares.</p> <p>El MSP deberá adecuar las normas referentes a procedimientos de adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro básico en casos de emergencia y no emergencia.</p> <p>Se dispone al MSP que elabore un acuerdo interministerial para que las compras de los medicamentos que constan en el cuadro básico se realicen al 100% en el proceso de catálogo electrónico.</p> <p>Se dispone que el MSP actualice entre dos y cuatro años el cuadro básico de los medicamentos, considerando la participación de la academia, organizaciones de pacientes y terceros interesados.</p> <p>El MSP, deberá emitir una regulación sobre que no exista conflicto de interés en relación con el acceso y la disponibilidad de los medicamentos por parte de los actores que intervienen en el proceso (prescriptores, compradores públicos, y distribuidores).</p>
--	---	--	--	-------------------	--

					<p>Dispone la coordinación de capacitación a jueces (MSP y Consejo de la Judicatura), de conformidad con los parámetros de esta sentencia.</p> <p>Incluir en la capacitación a médicos y personal sanitario, así como incluir en mallas curriculares de estudios universitarios la inclusión de programas paliativos.</p> <p>Dispone al Ministerio de Finanzas que entregue los fondos presupuestarios necesarios.</p> <p>Dispone a la Asamblea Nacional realice modificaciones normativas de acuerdo con el contenido de la sentencia.</p> <p>Dispone la entrega de los medicamentos y atenciones médicas en los casos específicos.</p>
--	--	--	--	--	--

Fuente: Corte Constitucional del Ecuador¹⁸³
Elaboración propia

Las acciones de protección presentadas son dirigidas hacia tutelar el derecho a la salud, respecto a recibir atención médica, o a recibir medicamentos en Instituciones Públicas del sector salud.

En las sentencias hay puntos relevantes como el hecho de que no se puede menoscabar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos por la justificación de que se debe realizar trámites administrativos previos, como gestión de compras, demoras en entregas, etc., las sentencias de Corte Constitucional resuelven que deben abastecerse de los medicamentos necesarios, previendo que pueden ocurrir desabastecimientos, y más aún cuando se trata de medicamentos de personas que adolecen de enfermedades catastróficas.

¹⁸³ 1. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n.º: 1470-14-EP, 15 de noviembre de 2016. 2. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n.º: 2334-16-EP, 22 de noviembre de 2017. 3. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n.º: 2014-12-EP, 13 de enero de 2016. 4. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n.º: 0010-14-IS, 12 de diciembre de 2016. 5. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n.º: 679-18-JP/20 y acumulados, 5 de agosto de 2020.

También la Corte Constitucional en la sentencia No. 074-16-SIS-CC, en función de garantizar la provisión de un medicamento ordena al Ministerio de Finanzas que otorgue los fondos presupuestarios suficientes para la adquisición de medicamentos.

En las sentencias se evidencia como los funcionarios públicos de entidades públicas han puesto primero requisitos de trámites burocráticos por encima de garantizar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población, por lo que los usuarios de estos sistemas se han visto en la situación extrema de plantear acciones constitucionales para garantizar su derecho a la salud, ya que de su violación inclusive atentan contra su vida, en determinados casos.

La sentencia que reúne el contenido esencial para garantizar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, es la sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados, de fecha 5 de agosto de 2020, en la cual la Corte Constitucional analizó de forma pormenorizada el ejercicio del derecho de acceso a medicamentos y su cumplimiento por parte de instituciones del Estado, en la cual en su parte resolutive emite disposiciones que cambiarán el escenario para ejercer este derecho.

Respecto a la inversión en salud por parte del Estado ecuatoriano hace un llamado de atención en relación a la regresividad en el sector salud, y dispone al Ministerio de Finanzas se efectúen las asignaciones necesarias para que de acuerdo al contenido de la sentencia se pueda cumplir con la dotación de medicamentos para pacientes, pero bajo mi punto de vista se queda corta, ya que de nada sirve que realice un llamado de atención, si eso no va a provocar un efecto jurídico en las personas o funcionarios que dejaron o permitieron que esa situación se dé, librándolos de responsabilidad, cuando lo que debió hacer es pedir que la Asamblea Nacional bajó su facultad de fiscalización examine el comportamiento de estos funcionarios (Ministros de Estado), y que la Contraloría General del Estado, también determine las responsabilidades necesarias para resarcir al estado a través del inicio de acciones concretas y legales.

Dispone al Ministerio de Salud Pública que garantice la progresividad del derecho de acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad, seguros y eficaces, para los usuarios del sistema de salud, y ordena la creación de políticas públicas destinadas a tratar casos de enfermos catastróficos y de alta complejidad, con una red de apoyo tanto para pacientes como para familiares.

Otro punto favorable desde la sentencia en mención es que dispone al Ministerio de Salud Pública -MSP-, se establezcan procesos ágiles para la adquisición de medicamentos que no constan en el cuadro básico para casos de emergencia o no, y

adicional a ello señala la importancia de que los medicamentos se han adquiridos al 100% a través del proceso de catálogo electrónico, estableciendo la importancia de ahorro que existe en esta clase de procedimiento de compra pública.

También determina que se actualice los medicamentos que forman parte del cuadro básico, y que para ello se consideren la participación de la academia, de organizaciones de pacientes y terceros interesados, por lo que creo que en este punto es esencial que la Corte Constitucional haya determinado que el Ministerio de Salud Pública -MSP-, emita regulaciones que controlen el conflicto de interés entre quienes prescriben un medicamento, entre quienes lo compran y distribuyen, pero deja un punto suelto, al no considerar dentro de este análisis de que determinados grupos de organizaciones de pacientes son financiados por la industria farmacéutica, manipulando su objetivo, hacía que se adquieran medicamentos de una determinada marca.

En los casos analizados se desarrollan temas sumamente importantes como la importancia del consentimiento previo e informado, derecho del cual gozan quienes sean pacientes o en quienes se vaya a emplear un tratamiento médico.

En la evaluación de cada uno de los casos se establecen parámetros que son sumamente importantes para el desarrollo normativo del derecho de acceso a medicamentos, como es el caso de que existieron pacientes que a pesar de que recibieron medicamentos que contaban con registro sanitario, el mismo produjo efectos secundarios que atentaron contra su vida, y que a pesar de cumplir con este requisito, el mismo no estaba cumpliendo con el fin, que era salvar vidas.

Señala la Corte Constitucional que es necesario que de cada caso que fue o sea judicializado el medico tratante valide su uso, ya que no se puede generalizar un caso de un paciente en una resolución constitucional que podría ser general, por tanto, es importante que este análisis realizado por el médico se base en las circunstancias en concreto de cada paciente y su aceptabilidad hacia un determinado medicamento.

Respecto a casos judicializados en los cuales jueces han dispuesto sobre la dotación de un medicamento de una marca, la Corte Constitucional considera que esas ordenes judiciales quedan invalidadas ya que los jueces no pueden imponer criterios contrarios a los criterios técnicos constantes en un registro sanitario, definiendo por tanto sí un determinado medicamento cuenta con un registro sanitario emitido en el país se asume que el mismo es de calidad y apto para su consumo.

En función de la aceptabilidad de un medicamento la Corte Constitucional determina que un medicamento debe cumplir con el fin de sanar una enfermedad, y que

sí el mismo no lo hace no se cumple un requisito, ya que las expectativas del paciente no fueron satisfechas por ese medicamento.

En el análisis de los antecedentes de hechos de los casos acumulados en la sentencia en mención, se puede evidenciar un comportamiento totalmente distinto por parte de jueces, sobre casos análogos, en unos casos admiten las acciones de protección planteadas y establecen medidas de protección y reparación¹⁸⁴, y en otros niegan las acciones planteadas ya sea en primera o segunda instancia, por lo que la Corte Constitucional a través de la sentencia en mención crea un precedente jurisprudencial de cumplimiento obligatorio con efecto *erga omnes* a ser aplicado por jueces en el tratamiento de casos análogos y dispone que se incluya el contenido de la sentencia, en actividades de capacitación para jueces, médicos y personal sanitario, con la finalidad de evitar que los pacientes o usuarios de estos servicios tengan que llegar a establecer acciones judiciales para hacer prevalecer sus derechos, y que estos funcionarios desde sus actividades puedan ya incluir y cumplir con estas disposiciones y su respectivo alcance.

¹⁸⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio n.º: 679-18-JP y acumulados, 5 de agosto de 2020. 22-36

Capítulo tercero

Caso práctico de la subasta inversa corporativa de medicamentos 2016 y otros intentos por parte del estado de garantizar el derecho de acceso a medicamentos de la población

En el presente capítulo se desarrollará un análisis respecto de los intentos por parte del estado de garantizar el derecho a la salud y el acceso a medicamentos de la población, a través de procedimientos de contratación pública, como es la compra corporativa de medicamentos, y otros intentos que ha efectuado el estado para respaldar el ejercicio de este derecho, como fue la creación de empresas públicas de medicamentos.

3.1. Subasta corporativa de medicamentos 2016

Al tener el estado la obligación de precautelar el acceso a medicamentos por parte de la población se convierte en uno de los mayores compradores de medicamentos del mercado, y al ser esa compra realizada con fondos públicos debe aplicarse los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde se contempla la forma en cómo el Estado debe adquirir medicamentos.

En el artículo 2, número 1, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se establece un régimen especial de compra, dentro del cual se encuentra la adquisición de fármacos y otros bienes estratégicos determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional.

Definiendo en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como fármacos a las preparaciones o formas farmacéuticas contempladas en las definiciones de medicamentos del artículo 259 de la Ley Orgánica de la Salud ¹⁸⁵.

En el mismo cuerpo legal citado se definen algunos tipos de adquisición de fármacos, como puede ser:

¹⁸⁵ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, 12 de mayo de 2009, art. 72.

- Selección de proveedores por medio de compra corporativa ¹⁸⁶;
- Selección de proveedor para la prestación del servicio de almacenamiento, distribución y entrega o dispensación de fármacos y otros bienes estratégicos en salud – Licitación corporativa¹⁸⁷;
- Subasta inversa institucional¹⁸⁸;
- Ínfima cuantía¹⁸⁹
- Proveedor único para fármacos¹⁹⁰;
- Adquisición a través de organismos o convenios internacionales e importación directa¹⁹¹;

A continuación, se realizará una descripción breve de cada uno de los procedimientos de contratación pública que tienen como fin la adquisición de medicamentos o bienes estratégicos en salud.

En el artículo 78 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que el objetivo de las compras corporativas es conseguir economías de escala, y aprovechar esta condición para realizar compras públicas con un ahorro para el estado, este procedimiento selecciona a proveedores para que los mismos oferten sus productos en el catálogo electrónico.

En el artículo 85.1., *ibíd.*, se establece a la licitación corporativa para la prestación del servicio de almacenamiento y distribución, mediante este procedimiento se selecciona a proveedores para prestación del servicio de almacenamiento y distribución, de fármacos o de bienes estratégicos en salud.

En el artículo 85.3., *ibíd.*, se desarrolla el procedimiento de subasta inversa institucional, en el que se manifiesta que las entidades contratantes para la adquisición de bienes estratégicos en salud y fármacos, sin límite de monto.

En el artículo 85.4., *ibíd.*, se refiere al procedimiento de ínfima cuantía, el cual deberá cumplir con la cuantía igual a menor a multiplicar 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, procedimiento a ser empleado de forma excepcional.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, art. 78.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, art. 85.1.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, art. 85.3.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, art. 85.4.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, art. 85.5.

¹⁹¹ *Ibíd.*, art. 85.6.

En el artículo 85.5., *ibíd.*, se explica como opera el procedimiento de proveedor único de fármacos, cuando el fabricante o proveedor sea único en el mercado, condición que debe constar en el estudio de mercado.

En el artículo 85.6., *ibíd.*, hace referencia al procedimiento de adquisición a través de organismos o convenios internacionales en el cual se debe aplicar el proceso definido por dichos organismos o convenios, siempre que su adquisición optimice el gasto público y privilegiándolo sobre otros procedimientos de contratación definidos.

En el artículo *ibíd.*, se desarrolla el procedimiento de importación directa, cuando se requieran medicamentos especiales, para dicha importación la entidad contratante deberá solicitar la autorización a Autoridad Sanitaria Nacional.

En los procedimientos de contratación descritos se debe verificar que los medicamentos a ser adquiridos se encuentran dentro del cuadro nacional de medicamentos básicos vigente, y que los mismos no consten disponibles en el catálogo electrónico.

Una vez descritos los diferentes tipos de forma en la que el Estado puede adquirir medicamentos, para el análisis del presente capítulo se estudiará únicamente el tipo de compra por subasta inversa corporativa, debido a que es la compra que engloba los requerimientos de medicamentos de todas las instituciones que forman parte de la Red Pública Integral de Salud, y en razón de que es una compra centralizada logra una economía de escala y por lo tanto le otorga el estado un poder de negociación alto en el mercado de la industria farmacéutica.

La subasta inversa corporativa se realiza por un período de tiempo prolongado, es decir como de cuatro años, con la finalidad de que el tiempo establecido sea un factor adicional para la negociación con los proveedores que vayan a participar en el proceso de adquisición.

En el año 2016 se realizó el proceso de selección de proveedores a través del procedimiento de subasta inversa corporativa, liderado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, y de forma conjunta con los representantes de la Red Pública Integral de Salud¹⁹².

¹⁹² Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 79; Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 60.

3.1.1. Modelo de gestión

El modelo de gestión en el que se basó la subasta inversa corporativa de medicamentos 2016, fue primero realizar un análisis respecto a las principales falencias y recomendaciones emitidas por Contraloría General del Estado, referente a la subasta inversa corporativa de medicamentos realizada en el año 2011.

Luego se enfocó en estructurar un modelo de gestión en el que se garantice una compra efectiva, moderna, y segura para los intereses del estado, y de la Red Pública Integral de Salud, logrando así garantizar el derecho de las personas al acceso a medicamentos gratuitos.

Se definió de primera mano que dicho modelo de gestión debía contar con uno de los principales pilares de la compra pública moderna, y es que la misma se transaccione a través de un sistema informático, bajo la política cero papeles, con la finalidad de garantizar la transparencia y eficacia de la compra, eliminando la discrecionalidad de quienes realicen el proceso de calificación de las ofertas, evitando así posibles acuerdos fraudulentos.

Mientras se estructuraba el modelo de gestión se recibió lobby mediático y lobby personal de la industria farmacéutica¹⁹³, la cual quería imponer algunas restricciones dirigidas hacia la competencia de determinados proveedores, incluso sobre la definición de los precios, imputando que el modelo de gestión definido por el Servicio Nacional de Contratación Pública y aprobado por la Red Pública Integral de Salud, dejaba de lado factores como la calidad de los medicamentos y pretendía la limitación de participación de proveedores de origen local.

Aseveraciones que fueron discutidas en espacios de diálogo ciudadano, como la realización de consejos consultivos, que el Servicio Nacional de Contratación Pública realizó a nivel nacional, con la finalidad de socializar el modelo de gestión con los principales involucrados, los proveedores de la industria farmacéutica.

Espacios fueron controversiales, en función que cuando se abordaban temas álgidos, como la determinación de precios, o la definición de preferencias para producto y proveedores, los representantes de la industria farmacéutica se alteraban y se retiraban de lugar, posición que no contribuía en nada a la estructura o redefinición del modelo propuesto.

¹⁹³ *Ibíd.*, 104.

3.1.2. Procedimiento

El procedimiento para la subasta inversa corporativa se encuentra establecido en el artículo 78, del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el que se refiere que el Servicio Nacional de Contratación Pública y las entidades contratantes consolidarán la demanda potencial de medicamentos, en la que proveedores de medicamentos debidamente habilitados en el Registro Único de Proveedores -RUP-, pujan hacia la baja del precio ofertado, con la finalidad de que quienes sean seleccionados suscriban convenios marco para que los medicamentos adjudicados puedan ser ofertados a través del repertorio de medicamentos.

Es importante aclarar que el procedimiento de subasta inversa corporativa, es un procedimiento de selección de proveedores, los cuales ofertarán los productos adjudicados a través del repertorio de medicamentos, es decir las entidades contratantes que pertenezcan al sector salud, para adquirir los medicamentos que consten en este repertorio deberán ingresar al repertorio o catálogo de medicamentos, a seleccionar y emitir órdenes de compra electrónica señalando la cantidad deseada de acuerdo a su necesidad y planificación institucional.

El Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, dentro del marco de la preparación de la subasta inversa corporativa de medicamentos 2016, publicó el libro denominado “El derecho de la población por encima del negocio multimillonario”¹⁹⁴, en el cual se describe de forma gráfica las etapas del procedimiento la Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos -SICM-.

¹⁹⁴ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 68.

Gráfico No. 16: Representación de etapas de estrategia de implementación SICM 2016

Gráfico 5: Etapas del procedimiento SICM 2016
Fuente y elaboración: SERCOP

En el gráfico presentado se describen cuatro etapas del procedimiento de la SICM 2016, la primera etapa preparatoria, es la etapa mediante la cual se realiza el procedimiento de preparación para el inicio del procedimiento, como la elaboración de pliegos, fases de socialización (consejos consultivos), adecuación de la plataforma virtual, etc.

En la segunda etapa precontractual, es la etapa en la cual se realizará la selección de los proveedores de acuerdo al cumplimiento de los lineamientos y requisitos establecidos en el pliego del procedimiento de contratación, lo importante que hay que rescatar de esta etapa, es que la puja es ciega, es decir los oferentes que se encuentran en una puja, no saben ni contra quien se enfrentan, ni el valor ofertado en una determinada posición de la puja, únicamente el sistema les indica si son la mejor o menor postura, esta acción permite disminuir la posibilidad de que se realicen acuerdos o prácticas restrictivas entre proveedores con la finalidad de distorsionar la competencia.

La tercera etapa contractual, es la etapa en la cual los medicamentos seleccionados ya se encuentran en el repertorio de medicamentos para que las entidades contratantes del sector de salud, los puedan seleccionar y comprar. La cuarta etapa post contractual o evaluativa, es en la que se realiza un análisis de los resultados obtenidos.

3.1.3. Análisis de precios del mercado y economía de escala

De acuerdo con lo establecido en el artículo 23, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que en todos los procedimientos de contratación deben tener un estudio de mercado previo, que permita percibir la realidad del mercado frente al requerimiento de una determinada entidad contratante.

En el procedimiento de la SICM 2016, se realizó un estudio pormenorizado respecto al estudio de los precios del mercado farmacéutico, considerando un factor importante, que es la cantidad referencial de medicamentos a ser negociada, lo que permite lograr una economía de escala y un ahorro representativo para el Estado, objetivo primordial de este tipo de procedimientos es que a través de la agrupación de la demanda de cada institución, se realice un solo procedimiento de compra corporativo, otorgando así mayor capacidad de negociación en el mercado, y hacer que los recursos que sean empleados sean más eficientes.

En el libro denominado “El derecho de la población por encima del negocio multimillonario”, se describe la forma cómo se determinaron los precios referenciales para el procedimiento de la SICM 2016, en el que se identificó que en la SICM 2011 se adjudicaron medicamentos a precios mayores a los establecidos en el mercado privado, e incluso superiores a los negociados por cada unidad de salud, lo que se reflejó en un informe de auditoría de Contraloría General del Estado, y por tanto para definir los precios de la SICM 2016, se trató de mitigar estas observaciones y consideraciones expuestas¹⁹⁵.

La metodología para la definición de precios establecida por el SERCOP, se basó en fuentes nacionales como internacionales, las fuentes nacionales se obtuvo del Ministerio de Salud, precios adjudicados en la SICM 2011, histórico de farmacias 2013, adjudicados histórico Sistema Oficial de Contratación del Estado -SOCE-, precios analizados por el informe emitido por Contraloría General del Estado; en el caso de fuentes internacionales se realizó en base a la disponibilidad de información de 21 países, adicional a los precios publicados por la Organización Mundial de la Salud, Organización de los Estados Unidos del Caribe Oriental y el Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica y República Dominicana¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 70.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 71.

Un punto importante para considerar los precios, y lograr la economía de escala era definir las cantidades referenciales a ser adquiridas, basándose en 8 variables con las que se podría medir el consumo:

Para la determinación de cantidades referenciales o estimación de necesidades de los establecimientos de salud, la Red Pública Integral de Salud consideró las siguientes variables de análisis (MSP, 2016): 1. Registros estadísticos de consumo (datos de rotación actualizado y validado). 2. Perfil epidemiológico local. 3. Producción de los servicios. 4. Protocolos o guías de práctica clínica nacionales o de referencia internacional, en caso de que consten en el catálogo de la Dirección Nacional de Normalización, de las patologías identificadas en el perfil de morbilidad. 5. Lista de medicamentos esenciales de los establecimientos de salud. 6. Estimación de la población actual de beneficiarios. 7. Consumo histórico de medicamentos y rotación regular de los mismos. 8. Consumo promedio mensual ajustado (CPMA)¹⁹⁷.

Las cantidades referenciales establecidas se definieron en función de una proyección de compra de 24 meses, pero estas cantidades referenciales pueden aumentar o disminuir de acuerdo con las necesidades de las entidades contratantes.

Al agrupar las necesidades de las entidades contratantes respecto de una determinada adquisición, facilitan que el Estado pueda tener un poder sobre el mercado, lo cual trae como efecto directo que los proveedores se sientan motivados a ofertar para participar en esta clase de procedimientos, y al establecer cantidades referenciales a ser consumidas en dos años, permite que el Estado tenga poder de negociación, y así conseguir un precio adecuado, consiguiendo un efecto anhelado en las compras públicas referente a comprar bienes y servicios a un menor valor, obteniendo ahorro para el Estado.

3.1.4. Resultados

En la SICM 2016¹⁹⁸ se contó con la participación de 265 proveedores, de los cuales 176 fueron nacionales y 89 internacionales, resultando que el 66% aproximadamente fue de participación nacional.

Los principales resultados referente al ahorro generado de este tipo de procedimientos de compra pública fue que se adjudicaron 326 procedimientos de

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 69.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 112.

contratación, por un valor total de USD 133,5 millones, generando un ahorro de USD 322 millones en relación con el presupuesto referencial establecido, lo que equivale al 71% del monto (455,66 millones).

De los resultados obtenidos referente al ahorro, hay medicamentos en los que se consideraron ahorros emblemáticos como es el caso de:

Dentro de la subasta inversa corporativa de medicamentos 2016 existieron medicamentos con ahorro emblemático, dentro de los cuales se encuentra el Interferón beta 1^a 36,000,000 UI. Este medicamento se adquirió con un ahorro excepcional de USD 1,559,54, considerando que su precio de adjudicación fue de USD 305,05 y el precio referencial presupuestado fue de USD 1,864,59199.

Una vez evidenciados los márgenes de ahorro que surgieron del procedimiento de subasta inversa corporativa de medicamentos, se puede constatar el nivel de eficacia de este tipo de procedimientos de contratación pública, que permiten agrupar la demanda de distintas entidades contratantes, consolidarla, realizar estudios de mercado sobre los precios que permitan establecer precios justos, y al definir las cantidades referenciales permitieron que el estado pueda tener un gran poder de negociación en los procedimientos y que como fruto de ello se pueda lograr una economía de escala, cuyo fin legítimo es el de garantizar a la población el derecho de acceso gratuito a medicamentos de calidad.

Al seleccionar a través de este procedimiento de contratación de compra corporativa a proveedores que oferten sus bienes en el catálogo electrónico, y a un precio que abarca un ahorro para el estado, es importante siempre proteger la calidad de los medicamentos, ya que de ello derivará que el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población este siempre tutelado, y para que esto pase, el estado a través de sus funcionarios públicos deben realizar un control permanente de los medicamentos entregados a las entidades contratantes, garantizando que el medicamento que sea expedido a la población sea confiable, y cumpla con los estándares establecidos en la Obligación General 14, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, respecto a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

¹⁹⁹ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*, 129.

3.2. Otros intentos por parte del estado de garantizar el derecho a la salud

Considerando el contenido de la Observación General 14²⁰⁰, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, analizada en el capítulo primero del presente trabajo de investigación, en el que se desarrolló las obligaciones de los Estados parte referente a la tutela del derecho a la salud, configurándolo como el deber de respetar, proteger y cumplir, específicamente en el número 35, se establece que se debe garantizar algunos elementos esenciales del cual se destaca el de disponibilidad de servicios de atención de salud, de equipamiento médico y de medicamentos.

Adicionalmente el contenido de la Constitución del 2008²⁰¹, en el que se establece que el estado es el principal protector y que en el cumplimiento de sus fines se debe articular los mecanismos necesarios para solventar la garantía del derecho a la salud y de acceso a medicamentos.

Uno de los mecanismos establecidos para que el estado pueda garantizar el derecho de acceso a medicamentos son los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como ya se mencionó, pero existen otros mecanismos como: la suscripción de convenios internacionales con fines de cooperación en acciones relacionadas a la salud y de acceso a medicamentos, y, la creación de empresas públicas²⁰² para cumplir con determinados fines.

Referente a los convenios internacionales para la cooperación internacional, respecto a tutelar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, con fecha 13 de noviembre de 2002, se suscribió el convenio internacional con Cuba, y se han ido suscribiendo o renovando con el pasar del tiempo, en el que se incluye la prestación de servicios asistenciales, provisión de insumos, incluyendo la incorporación de médicos generales, fisiatras, oncólogos y angiólogos, para fortalecer el sistema de salud²⁰³.

²⁰⁰ ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4*, 16 de febrero de 2019, num. 5, http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/789/Inf_NU_ObservacionDerechoSalud_2000.pdf?sequence=1.

²⁰¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 32.

²⁰² Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, 16 de octubre de 2009, art. 5.

²⁰³ Ecuador Ministerio de Salud Pública, “Ecuador firma cinco convenios de salud con Cuba”, acceso el 5 de mayo de 2020, <https://www.salud.gob.ec/ecuador-firma-cinco-convenios-de-salud-con-cuba/>.

Convenio que fue objeto de críticas respecto a que los médicos cubanos quitaban plazas de empleo a ecuatorianos, y que fue politizado respecto a su alcance, por lo que el mismo fue finalizado en el gobierno de Lenin Moreno²⁰⁴.

Es importante recalcar la importancia de la figura de convenios internacionales con otros países ya que permite fortalecer acciones en salud, por ejemplo, en el caso de la pandemia actual del coronavirus covid-19, el Estado ecuatoriano se encuentra gestionando alternativas de cooperación con otros países²⁰⁵.

Es primordial que cuando se realicen estos esfuerzos de integración de países se determine que lo que debe primar en ellos es el hecho de garantizar el derecho de la salud y de acceso a medicamentos, por tanto, se dejen de lado posiciones políticas que de forma directa también pueden perjudicar a los derechos de la población.

El mecanismo que estudiaremos con mayor profundidad será el de creación de empresas públicas con el fin de distribución de medicamentos.

3.2.1. Caso Enfarma

De acuerdo al artículo 315, de la Constitución de la República del Ecuador, faculta al estado a constituir empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, entre otros, y en cumplimiento del artículo 3, número 1, de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se establece que es un deber primordial del Estado el garantizar el efectivo goce de los derechos entre ellos el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, se emitió el Decreto Ejecutivo No. 181, de fecha 21 de diciembre de 2009, en el cual se crea la empresa pública de fármacos denominada Enfarma Ep.

Esta iniciativa pretendía que el Ecuador a través de esta empresa se fomente el cambio de la matriz productiva, convirtiéndonos en productores de medicamentos, y así garantizar el consumo interno y su correspondiente acceso por parte de la población.

²⁰⁴ Diario El Universo, “Gremios cuestionan calidad de médicos cubanos que trabajaron en Ecuador”, 17 de noviembre de 2019, <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/11/17/nota/7607177/convenio-no-trajo-personal-medico-mas-calificado-cuba>; Cnn Español, “Ecuador anuncia el fin de convenios de salud que permitían a médicos cubanos trabajar en el país”, 12 de noviembre de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/2019/11/12/alerta-ecuador-pone-fin-a-los-convenios-de-salud-bilaterales-con-cuba/>.

²⁰⁵ Diario El Comercio, “Ministerio de Salud amplía relaciones internacionales para enfrentar pandemia por covid 19”, 1 de septiembre de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministerio-salud-relaciones-internacionales-covid19.html>.

El proyecto Enfarma Ep, fue idealizado para que vaya de la mano con el proyecto de Yachay la ciudad del conocimiento, y que entre ambos proyectos se genere el conocimiento para la innovación de fórmulas farmacéuticas para la creación de nuevos medicamentos, incluyendo el conocimiento de medicina ancestral, y de plantas curativas empleadas por grupos indígenas de nuestro país, ambos proyectos desbaratados por el gobierno actual.

a) Diseño del proyecto y objetivos

En el artículo 2, del Decreto Ejecutivo No. 181, de fecha 21 de diciembre de 2009, señala el objetivo de Enfarma Ep, el cual es la investigación y desarrollo de principios activos para la elaboración de medicamentos o fármacos de uso humano, producción de medicamentos, y fármacos genéricos o marca registrada y/o patentada en general, comercialización, importación, exportación, envasado, etiquetado, distribución e intermediación de medicinas, fármacos e insumos químicos tanto genéricos como de marca registrada o patentada, incluido el desarrollo de investigaciones científicas, programas experimentales y mejoramiento tecnológico en materia farmacéutica, e inversiones de capital o bienes en la investigación y desarrollo de nuevos principios activos de uso humano.

En el portal Plan V, se publicó un artículo denominado “Así se “mato” a Enfarma”, en el que se realiza un análisis de cuales debieron haber sido los objetivos de esta empresa pública. Enfarma pudo haber contribuido en la reducción de costos de los medicamentos. En primer lugar, era necesario que fije con claridad su función social y sus objetivos para lograrlo. Antes que una empresa movida por criterios de rentabilidad debía priorizarse la conformación de un servicio público que garantice el derecho al acceso a medicamentos seguros, eficaces y de calidad. La principal función de Enfarma debió ser desde el principio la provisión de medicamentos esenciales de difícil acceso, cumpliendo en una primera fase un rol de intermediario comercial, y en segunda fase desarrollando capacidades como productora directa²⁰⁶.

Los objetivos descritos por este artículo se relacionan con los objetivos determinados en el decreto ejecutivo para la empresa pública Enfarma EP, objetivos que

²⁰⁶ Revista Plan V, “Así se “mató” a Enfarma”, acceso el 6 de mayo de 2020, <https://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/asi-se-mato-enfarma>.

buscan garantizar el derecho de acceso a medicamentos de la población, en función de que la falta de medicamentos esenciales alcanza el 58% en la red pública de salud, y en la red privada hasta el 29%, datos detallados en el mismo artículo, constituyéndose en medicamentos de difícil acceso, es decir las enfermedades de los sectores más pobres están entre los tratamientos que tienen menores productores, lo que dificulta aún más su acceso.

Estos medicamentos no son atractivos económicamente para la industria farmacéutica, por esta razón no los producen, es por esto por lo que en estos casos era tan importante contar con una empresa pública que se enfoque en este sector de medicamentos, adicional a ello que se realicen iniciativas respecto a la creación de nuevos medicamentos, ambicionando inclusive la exportación de determinados medicamentos como el suero antiofídico, de acuerdo con datos del artículo en mención.

En el caso de la pandemia actual, al país le hubiera convenido tener una empresa pública que se encargue no solo de generar iniciativas de investigación respecto a que medicamentos podrían aplicarse a estos casos, sino porque no ambicionar en que se hayan podido generar propuestas de vacunas hacia esta pandemia, logrando así dar seguridad a la población y generar independencia respecto a otras iniciativas.

b) Fracasos

Con fecha 30 de junio de 2016, mediante Decreto Ejecutivo No. 1103, el economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, dispuso la extinción de la Empresa Pública de Fármacos Enfarma Ep, previo el correspondiente proceso de liquidación, en los considerandos del referido decreto únicamente se motiva que a lo largo de los años la empresa no ha cumplido con los objetivos por el cual fue creada.

De acuerdo con información registrada e investigada en el artículo “Así se “mato” a Enfarma”, de Plan V, se menciona que Enfarma Ep, contó con recursos millonarios que no supo aprovechar para repotenciar económicamente a la empresa, identificando que no gestionó la suficiente inversión, considerando que el 97% de sus ventas las hizo a entidades pertenecientes a la red pública de salud.

Uno de los posibles razones por los cuales Enfarma Ep fracaso fue por el lobby realizado por la industria farmacéutica transnacional y nacional, de acuerdo a

afirmaciones hechas en el mismo artículo, e inclusive por los malos manejos administrativos realizados a la empresa y la falta de inversión en aristas de cumplir con los objetivos propuestos para esta empresa, lo que taladro su fin, dejando nuevamente desprotegido a ese sector de la población, su acceso a servicios de salud y a medicamentos de calidad.

Conclusiones

El derecho a la salud de la población debe ser entendido desde una óptica amplia, respecto a vivir en condiciones de armonía con el medio ambiente, dignidad y bioseguridad, en el que sentirse bien no únicamente implica gozar de este derecho, a esta concepción Jaime Breihl la definió como *una comprensión medicalizada*, el cual convierte a este derecho en una mercancía transaccionable en el mercado.

En la Constitución de 2008 se realizaron avances normativos sobre el derecho a la salud, y de acceso a medicamentos, incluyendo disposiciones sobre la prevalencia del derecho a la salud por sobre interés comerciales, pero este contenido garantista es incumplido por parte de funcionarios públicos y entes de control, el ejemplo más claro es el de la inversión en salud pública por parte del Estado ecuatoriano el que disminuyó en un porcentaje de 57,51%, entre los años de 2017 al 2019, lo que evidencia la vulneración que ha sufrido este sector, y como el estado ha vulnerado el derecho a la salud de la población, destinando presupuesto para otras actividades como la de defensa nacional, incumpliendo normas constitucionales expresas sobre porcentajes mínimos de asignación.

De la revisión de los instrumentos internacionales, se determinó que el contenido más completo respecto al abordaje del derecho a la salud se encuentra en la Observación General número 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominada *El derecho al disfrute del más alto nivel de salud*, en la que se destaca las obligaciones de los Estados parte como es el de garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, teniendo como una arista fundamental para que estos derechos sean tutelados el de establecer mecanismos judiciales efectivos, incluyendo el derecho de reparación de las víctimas.

Del análisis de normas infra constitucionales respecto al derecho a la salud, se evidencia que existen cuerpos normativos que tendrían un mismo fin, los cuales fueron emitidos antes de la entrada en vigencia de la Constitución, y que por lo tanto necesitarían actualizarse, esfuerzo normativo que se vio reflejado en el proyecto de ley del Código Orgánico de la Salud, pero el proyecto fue vetado totalmente por el Ejecutivo, con fecha 25 de septiembre de 2020, obstaculizando una iniciativa pro derecho de la salud de la población.

Adicional a este problema normativo se constató un deficiente control de las diversas instituciones involucradas, respecto a la fijación de precios, transparencia de ganancias, patentes que han permitido la creación de monopolios y oligopolios, sin dejar de lado campañas de marketing perverso, en el que se ha desprestigiado a los medicamentos genéricos, se han comprado médicos, se han conformado grupos de *defensa de derechos de pacientes*, que lo único que han querido lograr es que se adquieran medicamentos de marca, y se ha afectado a la competencia entre ellos, estableciendo estrategias para captar el mercado, siendo de estos problemas el más limitante para el acceso a medicamentos el de la fijación de precios, existiendo casos en los que las ganancias son mayores al 400%, del valor real, lo que ha ubicado a la industria farmacéutica en el tercer lugar de las industrias a nivel mundial, después de la industria de armas y narcotráfico. En nuestro país existe la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada -ACCESS-, que, pese a contar con normativa respecto a sus funciones, durante la investigación no se evidenció una gestión de control, lo que permite inferir que se sigue dando un tratamiento al acceso a medicamentos desde una óptica relacionada con la capacidad económica y no desde los derechos de la ciudadanía.

A lo largo de este trabajo de investigación se ha evidenciado que a pesar de existe contenido constitucional que respalda el derecho a la salud y el derecho de acceso a medicamentos por parte de la población, y que inclusive ese contenido constitucional es de aplicación directa ante cualquier funcionario administrativo o judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11, número 3, de la Constitución, todo este contenido normativo se queda en letra muerta, al no poder ser exigible en la realidad, y que para que estos derechos sean cumplidos la única opción que tienen quienes sufren de vulneraciones, es el de activar acciones judiciales en el ámbito nacional e inclusive llegar a instancias internacionales para buscar el cumplimiento de estos derechos, como se evidencio en el capítulo primero de la presente tesis.

Otro aspecto relevante que se debe considerar es el de la horizontalidad de los derechos, respecto a que la garantía del derecho de acceso a medicamentos es una responsabilidad compartida, entre el estado y los particulares que realicen servicios de salud, como lo manifiesta Paúl Hunt, en su artículo publicado en la Revista Sur²⁰⁷, enfocando su análisis en vincular a la industria farmacéutica dentro de esta obligación, y

²⁰⁷ Paúl Hunt, "El derecho humano a los medicamentos", *Edición 8*, enero de 2018, <https://sur.conectas.org/es/el-derecho-humano-los-medicamentos/>.

como lo manifestó Robert Alexy, respecto a los tres niveles de aplicación del efecto horizontal de los derechos, contenido estudiado con mayor precisión en el capítulo primero de este trabajo de investigación.

De lo mencionado el estado no únicamente es el responsable de garantizar estos derechos, sino se extiende hasta los entes privados, quienes desde el texto constitucional deben estar obligados a cumplirlo, y en el caso que no lo hagan se debe establecer las debidas sanciones, con la finalidad de blindar de forma integral la garantía de derechos de la salud de acceso a medicamentos por parte de la población, incluyendo para ello las propias reglas que el mercado tiene respecto a la fijación de precios, o establecer la disponibilidad o no de un insumo, rompiendo estos paradigmas con normas relacionadas a que en situaciones de emergencia sanitaria, se podrá tomar control sobre determinados bienes estratégicos para la salud, con la finalidad de poner en practica real la protección de estos derechos, y que en ningún momento se vean vulnerados por intereses comerciales de una industria.

Una arista importante también es dar la relevancia necesaria a acuerdos o convenios internacionales o la existencia de estructura internacional que permita compartir experiencias respecto a procesos de contratación u otros mecanismos²⁰⁸, como se menciona en el libro *Compra Pública de Medicamentos en los países del UNASUR*, publicado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, en el que se menciona que para garantizar el acceso a medicamentos es necesario ahondar esfuerzos para garantizar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población.

Es primordial blindar a estos esfuerzos de integración del tema político, en función de que esos acuerdos o convenios se constituyan basados en informes netamente técnicos, sin dejar de lado que en estos convenios se incluyan capítulos de compras públicas en los que se puedan negociar la adquisición de fármacos o bienes estratégicos en salud en condiciones favorables para ambos Estados y que permitan consolidar economías de escala.

De acuerdo con las lecciones aprendidas en esta pandemia, es necesario que desde la Constitución se disponga y se señalen tiempos para la creación de normas por denominarlas así de “derecho de la emergencia”, en las que se emitan direccionamientos respecto a los derechos de la salud y de acceso a medicamentos, tanto en el ámbito público

²⁰⁸ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, *Compra Pública de Medicamentos en los países del UNASUR*, (Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2018), 126.

como en el privado, y así tutelar estos derechos inclusive en circunstancias eventuales como la de pandemias.

Con la misma importancia de lo mencionado, es primordial que la facultad del gobierno central como de gobiernos autónomos descentralizados de crear empresas públicas se centre en que las mismas deben enfocar su gestión en acciones para garantizar derechos que el sector privado por la rentabilidad simplemente no las realiza, como es el caso de la distribución o producción de medicamentos de difícil acceso, y fomentar la investigación de nuevos medicamentos que nos permitan alcanzar soberanía respecto al tema de fármacos.

Referente al contenido sugerido de normas infra constitucionales, se recomienda la creación de normas que obliguen a la industria farmacéutica a transparentar sus ganancias, y la trazabilidad de este dinero, entendiendo que la industria farmacéutica es la tercer industria a nivel mundial, y que por lo tanto las ganancias que genera son exuberantes, por lo que también implica la regulación de precios y de márgenes de ganancias, costos de patentes y de ensayos médicos, ya que de ello depende la garantía del derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población.

No hay que deslindar de este contexto a los médicos, y al personal sanitario, quienes de acuerdo con lo evidenciado caen en el juego del mercado, y de la industria farmacéutica, vulnerando así al derecho a la salud y de acceso a medicamentos, por lo que es importante que desde normas infra constitucionales se señalen la aplicación de acuerdos *compliance* relacionados a códigos de ética del actuar de los médicos en su profesión, del personal sanitario y de la industria farmacéutica.

Incluyendo la regulación del trabajo y condiciones de los visitantes médicos, quienes son el principal enlace entre los médicos o el personal sanitario y la industria farmacéutica.

Y por último, englobar en una sola norma los derechos que tienen los pacientes y que mecanismos tienen para exigirlos, tanto en el ámbito público como privado, establecer la responsabilidad de que estos derechos deben ser mencionados de forma previa antes de cualquier atención médica, y de igual forma la publicación de los mismos en lugares visibles de los centros médicos, establecer defensores de estos derechos en los principales centros hospitalarios, con la finalidad de que estas regulaciones afiancen el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población.

Tanto el derecho a la salud, como el derecho de acceso a medicamentos debe ser garantizado por el Estado como principal actor, pero también se deben considerar efectos jurídicos horizontales respecto a los entes privados que presten servicios sanitarios, de igual forma están orientados a garantizar este derecho, y que para ello debe existir normativa que señale las obligaciones que deben cumplirse por parte de servicios sanitarios privados, desde una concepción de obligación de cumplimiento y frente a el control de la industria farmacéutica, para transparentar sus ganancias, la trazabilidad del dinero generado por la misma, regulación de precios y márgenes de ganancias, costo de patentes y ensayos médicos.

Por acciones de funcionarios públicos o judiciales que han ignorado el contenido de Constitución, determinadas personas se han visto obligadas a presentar acciones judiciales a nivel nacional e internacional para exigir la tutela de estos derechos. Casos en los que se ha evidenciado y comprobado constantes violaciones por parte de funcionarios públicos y privados, violaciones que en algunos casos han llegado hasta el punto de cegar vidas, causando daños irreparables en sus víctimas, por lo que es primordial que desde el texto constitucional se establezca la garantía de protección judicial en casos que abarquen la protección del derecho a la salud.

La Corte Constitucional a través de la sentencia No. 679-18-JP/20 y acumulados, la que sienta un precedente jurisprudencial con efecto *erga omnes*, sobre la tutela del derecho a la salud y de acceso a medicamentos, ya que dentro de la misma ha emitido disposiciones direccionadas a la inversión pública en salud, adquisición de medicamentos, actualización del cuadro básico de medicamentos, capacitación a médicos, personal sanitario y jueces sobre el alcance de estos derechos, incluyendo también la disposición de que se cree normativa para regular el conflicto de interés entre quienes prescriben un medicamento, bajo mi punto de vista la sentencia debió vincular acciones respecto a los funcionarios del Estado que no cumplieron con su deber de garantizar estos derechos.

Respecto al análisis de los intentos realizados por parte del estado de precautelar los derechos a la salud y de acceso a medicamentos, se evidenció la creación de empresas públicas, que perseguían con fin abarcar la producción de medicamentos de difícil acceso, producir medicamentos nuevos, y gestionar proyectos de investigación, intento que fue

todo un fracaso no solo por la pésima gestión de administración sino por el boicot efectuado por la industria farmacéutica a nivel nacional e internacional, otro de los esfuerzos evidenciados es la gestión de compras públicas, logrando generar ahorros representativos para el sector público como de USD 322 millones de acuerdo a los valores definidos en la subasta corporativa de medicamentos del año 2016.

Un esfuerzo importante es el de establecer relaciones con otros países para la cooperación internacional para garantizar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población, ya sea en compartir y repotenciar estrategias, como compras consolidadas de medicamentos o bienes estratégicos en salud.

Es importante que no se reste importancia a estos intentos realizados por parte del estado para garantizar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos, por actos de corrupción que los desprestigien, de hecho considero que se debe tutelar al sector de salud respecto a actos de corrupción, y que en estos casos se imponga el doble de la pena establecidos para los delitos de acción pública, cuando estos actos se cometan en el sector salud, ya que se afecta no solo al derecho a la salud de la población sino inclusive hasta el derecho a la vida.

De acuerdo a todo lo mencionado, la conclusión más importante de este trabajo de investigación es de evidenciar que las acciones realizadas por la industria farmacéutica (precios, patentes, control del mercado), han vulnerado del derecho a la salud y de acceso a medicamentos de la población de nuestro país, ya que se ha privilegiado a sus intereses económicos por sobre la salud, contrario a normas constitucionales, por lo tanto a pesar de la existencia de contenido constitucional, instrumentos internacionales y normas infra constitucionales, todos estos contenidos se constituyen en letra muerta al no ser aplicados por los funcionarios públicos involucrados de forma directa en tutelar el derecho a la salud y de acceso a medicamentos por parte de la población, sin dejar de lado que estos contenidos no han abarcado en su integralidad la protección de estos derechos, como por ejemplo establecer sanciones respecto a la no asignación o disminución presupuestaria de los fondos establecidos para el sector salud, otro aspecto fundamental a definir son lineamientos y derechos que deben ser precautelados frente a una emergencia sanitaria, por una pandemia mundial, poniendo como principal pilar a aspectos técnicos médicos dejando en segundo plano el aspecto político.

Bibliografía

- Acosta Alberto y Falconí Fander. *TLC más que un tratado de libre comercio*. Quito: Rispergraf, 2005.
- Angell Marcia. *La verdad acerca de la industria farmacéutica*. Bogotá: Norma, 2004.
- Arana Ismael. “China decreta la mayor cuarentena de la historia por el coronavirus”. *La Vanguardia*. 24 de enero de 2020.
<https://www.lavanguardia.com/internacional/20200124/473095411753/china-cuarentena-coronavirus-muertes-wuhan.html>.
- Bbc News Mundo. “Coronavirus: Perú decreta cuarentena general en el país y el cierre de fronteras durante 15 días ante la pandemia de covid-19”. 16 de marzo de 2020.
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51902989>.
- Breilh Jaime e Ylonka Tillería Muñoz. *Aceleración global y despojo en Ecuador. El retroceso del derecho a la salud en la era neoliberal*. Quito: Editorial Abya Yala, 2009.
- Breilh Jaime. *Más allá de la crisis actual. Movilización por la salud para todas y todos*. Ciudad del Cabo: Medicina Social, 2012.
- Celi Estefanía. “El reparto de hospitales: el nuevo escándalo de la actual Asamblea”. *Primicias*. Acceso el 16 de junio de 2020.
<https://www.primicias.ec/noticias/politica/reparto-hospitales-escandalo-nuevo-actual-asamblea/>.
- Ciespal. *Comunicación y movilización social en salud*. Quito: Editorial Ciespal, 1996.
- Cnn Español. “Ecuador anuncia el fin de convenios de salud que permitían a médicos cubanos trabajar en el país”. 12 de noviembre de 2019.
<https://cnnespanol.cnn.com/2019/11/12/alerta-ecuador-pone-fin-a-los-convenios-de-salud-bilaterales-con-cuba/>.
- Cnn Health. “A new virus related to SARS is the culprit in China’s mysterious pneumonia outbreak, scientists say”. 9 de enero de 2020.
<https://www.cnn.com/2020/01/08/health/china-wuhan-pneumonia-virus-intl-hnk/index.html>.
- Cortés Miguel Ernesto. *Salud y libre comercio. Un contrasentido*. Bogotá: Ediciones Átropos, 2004.

- Cuvi Juan, Benavides Patricia y Obando Diego. *Medicamentos: entre el derecho y el mercado*. Quito: Corporación Acción Vital, 2009.
- De Sousa Campos Gastao Wagner. *Gestión en Salud. En defensa de la vida*. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2009.
- Diario El Comercio. “Algunas clínicas facturaron por procedimientos inexistentes”. Acceso el 5 de octubre de 2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/clinicas-facturas-iess-cirugias-pacientes.html>.
- Diario El Comercio. “Creador de pruebas de covid-19 critica que se vendan en USD 100 cuando su fabricación cuesta USD 6,50”. 28 de abril de 2020. <https://www.elcomercio.com/tendencias/creador-pruebas-covid19-critica-precios.html>.
- Diario El Comercio. “Ecuador, tercer país en la región con la tasa más alta de embarazos entre 10 y 19 años”. 12 de mayo de 2018, <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-estadisticas-embarazo-adolescente-mama.html>.
- Diario El Comercio. “En Quito hay 41 laboratorios, entre públicos y privados, para pruebas covid-19”. 20 de abril de 2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/quito-laboratorios-publicos-covid19-coronavirus.html>.
- Diario El Comercio. “Fiscalía allana instalaciones de IESS por la compra de mascarillas”. 1 de abril de 2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/fiscalia-allanamiento-iess-compra-mascarillas.html>.
- Diario El Comercio. “La segunda ola del coronavirus se extiende por Europa”. Acceso el 15 de octubre de 2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/europa-segunda-ola-covid19-contagios.html>.
- Diario El Comercio. “Mala atención médica”. Acceso el 5 de octubre de 2020. <https://www.elcomercio.com/cartas/mala-atencion-medica.html>.
- Diario El Comercio. “Ministerio de Salud amplía relaciones internacionales para enfrentar pandemia por covid 19”. 1 de septiembre de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministerio-salud-relaciones-internacionales-covid19.html>.
- Diario El País. Carlos Cué. “El gobierno informa de que es la única autoridad en toda España, limita los desplazamientos y cierra comercios”. 15 de marzo de 2020.

<https://elpais.com/espana/2020-03-14/el-gobierno-prohibe-todos-los-viajes-que-no-sean-de-fuerza-mayor.html>.

Diario El Universo. “Demanda de mascarillas y alcohol se desbordó en Guayaquil”. Acceso el 1 de marzo de 2020. <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/03/01/nota/7760973/demanda-mascarillas-alcohol-se-desbordo-ayer>.

Diario El Universo. “Gremios cuestionan calidad de médicos cubanos que trabajaron en Ecuador”. 17 de noviembre de 2019. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/11/17/nota/7607177/convenio-no-trajo-personal-medico-mas-calificado-cuba>.

Diario El Universo. “Número de casos de coronavirus COVID-19 en Ecuador asciende a 19”. 12 de marzo de 2020. <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/03/12/nota/7778649/coronavirus-ecuador-casos-confirmados-19>.

Diario La Hora. “Ecuador: el ingreso promedio por trabajador es menor que el salario básico”. Acceso el 10 de octubre de 2020. <https://www.lahora.com.ec/noticia/1102258596/ecuador-el-ingreso-promedio-por-trabajador-es-menor-que-el-salario-basico>.

Echeverría Ramiro. *El proceso de reforma del sector salud en el Ecuador 1992-1997*. Quito: Centro de Computo del CEPAR. 1997.

Ecuador Agencia de Aseguramiento de la calidad de los servicios de salud y medicina prepagada. Acceso 9 de octubre de 2020. www.calidadsalud.gob.ec.

Ecuador Banco Central del Ecuador. “La Economía Ecuatoriana en 1999”. Acceso el 18 de octubre de 2020. <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Memoria/1999/cap2.pdf>.

Ecuador Control Sanitario. <https://www.controlsanitario.gob.ec/inscripcion-de-registro-sanitario-de-medicamentos-fabricacion-nacional/>. Acceso 10 de marzo 2021.

Ecuador Ministerio de Salud Pública. “Análisis estadístico de inversión del Gobierno en Salud”. Acceso 18 de octubre de 2020. <https://www.salud.gob.ec/analisis-estadistico-de-inversion-del-gobierno-en-salud-esta-publicado/>.

Ecuador Ministerio de Salud Pública. “Ecuador firma cinco convenios de salud con Cuba”. Acceso el 5 de mayo de 2020. <https://www.salud.gob.ec/ecuador-firma-cinco-convenios-de-salud-con-cuba/>.

- Ecuador Ministerio de Salud Pública. “MSP e IICSAE fortalecen saberes y prácticas ancestrales de salud en Ecuador”. Acceso 18 de octubre de 2020. <https://www.salud.gob.ec/msp-e-iicsae-fortalecen-saberes-y-practicas-ancestrales-de-salud-en-ecuador/>.
- Ecuador Ministerio de Salud Pública. “Tarifario de Prestaciones para el Sistema Nacional de Salud”. Acceso el 5 de octubre de 2020. <https://aplicaciones.msp.gob.ec/salud/archivosdigitales/documentosDirecciones/dnn/archivos/TARIFARIO.pdf>.
- Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *Compra Pública de Medicamentos en los países del UNASUR*. Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública. 2018.
- Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. *El derecho de la población por encima del negocio multimillonario*. Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública. 2017.
- Folha De S.Paulo. “Brasil confirma primeiro caso do novo coronavirus”. Acceso 18 de octubre de 2020. <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus.shtml>.
- Gotzsche Peter. *Medicamentos que matan y crimen organizado*. Barcelona: Editorial DGB, 2014.
- Hunt Paúl. “El derecho humano a los medicamentos”. *Edición 8*. Enero de 2018. <https://sur.conectas.org/es/el-derecho-humano-los-medicamentos/>.
- International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use -ICH-. Acceso el 16 de octubre de 2020. <https://www.ich.org>.
- Jara Miguel. *Laboratorios de médicos*. Barcelona: Ediciones Península, 2011.
- León Marta. *La protección constitucional de la salud*. Madrid: Editorial La Ley. 2010.
- Marshall Pablo. “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución”. *Ediciones Constitucionales*. Año 8. No. 1. 2010. Acceso el 17 de octubre de 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100003.
- Martínez Estay José Ignacio. “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal”. *Revista Chilena de Derecho*. Acceso 1 de octubre de 2020.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rechilde4199&div=12&id=&page=>.

Mencías Alejandro. “Ecuador y el FMI: un año más hacia el fondo”. CELAG. Acceso el 11 de marzo de 2020. <https://www.celag.org/ecuador-y-el-fmi-un-ano-mas-hacia-el-fondo/>.

Observatorio Latinoamericano de Salud. *Informe alternativo sobre la salud en américa latina*. Quito: Centro de Estudios y Asesoría en Salud. CEAS, 2005.

ONU. “Annual reports”. Acceso el 17 de octubre de 2020. <https://ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/AnnualReports.aspx>.

Orellana Dante. *La salud en la globalización*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2003.

Organismo Andino de Salud. “Observatorio del Financiamiento al sector salud Ecuador”. Acceso el 18 de octubre de 2020. https://www.paho.org/ecu/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=publications&alias=85-observatorio-del-financiamiento-al-sector-salud-ecuador&Itemid=599.

Organización Mundial de la Salud. “Salud y derechos humanos”. Acceso el 10 de marzo de 2020. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.

Organización Panamericana de la Salud. *(OPS/OMS) 2007 La equidad en la mira: la salud pública en Ecuador durante las últimas décadas*. Quito: OPS/MSP/CONASA.

Organización Panamericana de la Salud. *La salud y los derechos humanos. Aspectos éticos y morales 1999*. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 1999.

Ortiz Prado Esteban, Galarza Claudio, Cornejo Fernando y Ponce Jorge. *Acceso a medicamentos y situación del mercado farmacéutico en el Ecuador*. Revista Panamericana de Salud Pública.

Paul Anna. “What towns in Italy are on lockdown because of coronavirus”. 25 de febrero de 2020. <https://metro.co.uk/2020/02/25/towns-italy-lockdown-coronavirus-12298246/>.

Portal Noticias de América Latina y El Caribe. “Ecuador: la situación de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación”. Acceso el 20 de octubre de 2020. <https://www.nodal.am/2019/09/la-situacion-de-las-ninas-adolescentes-y-mujeres-victimas-de-violacion-en-ecuador/>.

- Prensa Latina. “Cuba confirma primeros tres casos importados de nuevo coronavirus”. 11 de marzo de 2020. <https://www.prensa-latina.cu/index.php?o=sr&id=Y29yb25hdmlydXM=&page=100>.
- Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos. *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. México DF: Editorial Alberto Nava Cortez. 2011.
- Revista Digital Crisis. “Amnistía tributaria: llegó el turno de los ricos”. Acceso el 3 de octubre de 2020. <https://www.revistacrisis.com/coyuntura/amnistia-tributaria-llego-el-turno-de-los-ricos>.
- Revista La Semana. “El mapa del contagio del coronavirus en Colombia”. 11 de julio de 2020. <https://www.semana.com/nacion/articulo/coronavirus-en-colombia-mapa-del-contagio-en-el-pais/656596/>.
- Revista Plan V. “Así se “mató” a Enfarma”. Acceso el 6 de mayo de 2020. <https://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/asi-se-mato-enfarma>.
- Revista Plan V. “Ya no puede haber fluidez en la derivación porque todos estamos llenos. Dice Ana Delgado de las clínicas privadas”. 27 de julio de 2020. <https://www.planv.com.ec/historias/entrevistas/ya-no-puede-haber-fluidez-la-derivacion-porque-todos-estamos-llenos-dice-ana>.
- Samaniego Edgar, Echeverría Jaime, Valle Nelson, Vargas Eduardo, Darquea Luis, Félix María y Rosero Celso. *Los medicamentos en el Ecuador: de la realidad a la utopía*. Quito: Universidad Central del Ecuador, 1990.
- Silva Fernando. *Garantismo Judicial Derecho a la Salud*. México DF: Editorial Porrúa, 2011.
- The New England Journal of Medicine. “Transmission of 2019-nCoV Infection from an Asymptomatic Contact in Germany”. Acceso el 18 de octubre de 2020. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMc2001468>.
- Toscanini Mauro. Antonio Aguilar y Roberto García Sánchez. “Diagnóstico de las políticas públicas de la educación superior en el Ecuador”. *Rev. Cubana de Educación Superior*. Vol 35. No. 3. 15 de junio de 2016. <http://www.rces.uh.cu/index.php/RCES/article/view/144/188>.
- Trexler Margaret. “Novel Coronavirus Information Center”. 27 de enero de 2020. <https://web.archive.org/web/20200130171622/https://www.elsevier.com/connect/coronavirus-information-center>

- Urdaneta Mary. “La responsabilidad social en la industria farmacéutica del estado Zulia”. Acceso el 10 de marzo de 2021. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842008000100004.
- Uriarte Francisco. “Porque invertir en salud es importante”. *Conecta Capital*. 25 de mayo de 2015. <http://conectacapital.com/Blog/?p=384>.
- Uribe Arbeláez Martin. *La transformación de la propiedad intelectual*. Bogotá: Editorial Doctrina y la Ley Ltda., 2005.
- Usa Facts. “Us Coronavirus cases and deaths”. Acceso el 12 de octubre de 2020. <https://usafacts.org/visualizations/coronavirus-covid-19-spread-map/>.
- Vargas Felipe. “Presidente decreta estado de excepción constitucional de catástrofe por 90 días ante emergencia por el Covid-19”. 18 de marzo de 2020. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/03/18/980218/Presidente-decreta-estado-de-catastrofe.html>.
- Veintimilla Jaime. “La Constitución económica del Ecuador”. *Volumen 17*. julio de 2015. https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_007.pdf.

Fuentes Jurídicas:

- Alemania. “Sentencia” *BVerfGE* 7. Primera Sala. 1958. Acceso 14 de octubre de 2020. <https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>.
- Corte IDH. “Sentencia de 1 de septiembre de 2015”. *Caso Gonzáles Lluy y Otros Vs. Ecuador*. 1 de septiembre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 17 de junio de 2005”. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. 17 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 21 de mayo de 2013”. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. 21 de mayo de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 22 de noviembre de 2007”. *Caso Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador*. 22 de noviembre de 2007. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf.

- Corte IDH. “Sentencia de 22 de noviembre de 2019”. *Caso Hernández Vs. Argentina*. 22 de noviembre de 2019. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 23 de agosto de 2018”. *Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs. Guatemala*. 23 de agosto de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 29 de marzo de 2006”. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. 29 de marzo de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 30 de noviembre de 2016”. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. 30 de noviembre de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 4 de julio de 2006”. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*. 4 de julio de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 8 de marzo de 2018”. *Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*. 8 de marzo de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. 10 de abril de 2020, *Resolución 1/2020*.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En Juicio n.º: *679-18-JP y acumulados*. 5 de agosto de 2020.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En Juicio n.º: *0010-14-IS*. 12 de diciembre de 2016.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En Juicio n.º: *1470-14-EP*. 15 de noviembre de 2016.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En Juicio n.º: *2014-12-EP*. 13 de enero de 2016.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En Juicio n.º: *2334-16-EP*. 22 de noviembre de 2017.
- Ecuador Superintendencia de Control de Poder del Mercado. “Expediente No. SCPM-CRPI-024-2018”. 2018.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento*. Registro Oficial 899. 9 de diciembre de 2016.

- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1. 11 de agosto de 1998.
- Ecuador. *Decreto Ejecutivo 703*. Registro Oficial 534. 1 de julio de 2005.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial 48. 16 de octubre de 2009.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 555, 13 de octubre de 2011.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423. de 22 de diciembre de 2006.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395. 4 de agosto de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud*. Registro Oficial 670. 25 de septiembre de 2002.
- Ecuador. *Norma Técnica de Servicios de Salud entre Red Pública y Privada*. Registro Oficial 20. 28 de junio de 2017.
- Ecuador. *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588. 12 de mayo de 2009.
- OEA. *Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes*. 10 de noviembre de 2008.
- OEA. *Convención Interamericana de Derechos Humanos*. 6 de agosto de 1984.
- OEA. *Protocolo adicional sobre derechos humanos. Protocolo de San Salvador*. 23 de abril de 1993.
- ONU Asamblea General. *Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes*. 10 de noviembre de 2008.
- ONU Asamblea General. *Convención sobre los derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948.
- ONU Asamblea General. *Informe No. A/74/174*. 16 de Julio de 2019.
https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/74/174&Lang=S.
- ONU Asamblea General. *Pacto de derechos económicos, sociales, culturales, civiles políticos*. 24 de enero 1969.
- ONU Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud: 11/08/2000, E/C.12/2000/4, Consejo Económico*

y *Social*. 2019.

http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/789/Inf_NU_ObservacionDerechoSalud_2000.pdf?sequence=1.

ONU Consejo de Derechos Humanos. Informe No. A/HRC/11/12. 31 de marzo de 2009.

<https://documents-dds->

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/127/14/PDF/G0912714.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/127/14/PDF/G0912714.pdf?OpenElement).

ONU Consejo de Derechos Humanos. *Resolución No. A/HRC/RES/33/9*. 6 de octubre de 2016. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/33/9>.

Organización Mundial de la Salud. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. 25 de enero de 1949.

WHO. *Constitución de la OMS-Conferencia Sanitaria Internacional*. Acceso el 27 de abril de 2019. <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution>.

Anexos

- Expediente No. SCPM-CRPI-024-2018, de fecha 14 de septiembre de 2018, Superintendencia de Control de Poder del Mercado.
- Sentencia No. 364-16-SEP-CC.
- Sentencia de Corte Constitucional No. 679-18-JP/20 y acumulados.
- Listado de reportes anuales de los Relatores Especiales del derecho a la salud de las Naciones Unidas.
<https://ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/AnnualReports.aspx>