

¿Salud o negocio? El derecho a los medicamentos

Ramiro Ávila Santamaría*
Universidad Andina Simón Bolívar

Recibido: 15 de agosto de 2022
Aceptado: 30 de agosto de 2022

Resumen

El artículo aborda la problemática del derecho al acceso a los medicamentos. Comienza con el contexto, en un mundo marcado por la concepción de la salud como una mercancía, y luego hace un recuento de la sentencia N. 679-18-JP/2020 emitida por la Corte Constitucional sobre el derecho al acceso y a la disponibilidad de medicamentos de calidad, seguros y eficaces. Recorre algunos casos y explica por qué el Estado no siempre puede otorgar lo que el paciente pide o cree que necesita. La sentencia se estructura en siete partes: la prevención; la finalidad; los medicamentos de calidad, seguros y eficaces; la disponibilidad de medicamentos; el acceso a la información y el consentimiento informado; el conflicto de intereses y los indicadores de derechos y políticas públicas.

Palabras clave: salud, medicinas, sentencia constitucional, derecho de acceso a medicamentos

Abstract

The article addresses the issue of the right to access to medicines. It begins with the context, in a world marked by the conception of health as a commodity, and then recounts 679-18-JP/2020 Judgement issued by the Constitutional Court on the right to access and availability of quality, safe and effective medicines. It goes through some cases and explains why the State cannot always grant what the patient asks for or believes he/she needs. The sentence is structured in seven parts: prevention; purpose; quality, safe and effective medicines; availability of medicines; access to information and informed consent; conflict of interest; and indicators of rights and public policies.

Keywords: health, medicines, constitutional judgement, right to access to medicines

Introducción

Tenía una enfermedad terminal. Era joven. Había invertido parte de sus últimos días en una lucha judicial para conseguir medicamentos. Lo consiguió. Como parte de su tratamiento, tenía que someterse a una terapia ionizante. Los últimos días pasó encerrado

* Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco. Máster en Derecho por *Columbia University* (New York). Abogado y licenciado en Ciencia Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Exjuez de la Corte Constitucional del Ecuador (2019-2022). Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Autor de *La utopía del oprimido: la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Madrid: Akal, 2019). Correo electrónico: ravila67@gmail.com

y en soledad en un hospital. Lo único que pedía era poder despedirse de su hermano. Esto no lo consiguió.

¿Esta persona tenía el derecho a tener medicamentos para tratamiento de su enfermedad hasta el último día de su vida?

La respuesta no es fácil.

La primera reacción, sin mucha información, parecería obvia: sí. De hecho, cuando era juez y tenía que reflexionar alrededor de un caso en el que un paciente demandaba un medicamento de marca, con prescripción médica, y que el Estado no otorgaba, me parecía obvio y básico que había que entregarle el medicamento. La ecuación era simple: enfermedad más prescripción de medicamento igual Estado entrega.

Esto que pensaba yo, a primera vista, coincidía y empatizaba exactamente con lo que sentían y demandan los pacientes.

Se hizo una audiencia pública. Comparecieron muchísimas personas pacientes y profesionales de la salud, representantes de empresas farmacéuticas y también personas con una perspectiva de salud pública.

A la ecuación inicial había que agregarle algunos componentes más. Entre ellos, la necesidad. No toda enfermedad requiere un medicamento específico. Ni toda enfermedad se cura con un medicamento.

Hay situaciones en las que existe la enfermedad pero tiene tal avance que no hay fuerza humana, y menos medicamentos, que pueda curar. Esto pasa, por ejemplo, con el cáncer en cierta fase o con cualquier otra enfermedad catastrófica. Las enfermedades, al igual que el cuerpo humano, evolucionan y degeneran. La muerte es un punto de llegada inevitable.

Crear que un medicamento puede salvar la vida es una esperanza que solo la persona que está enferma puede entender. Pero esa creencia, que en muchos casos es un acto de fe, no siempre se concilia con la realidad y con lo que ofrecen los avances científicos.

Hay una variable más que no se puede dejar de mencionar y que ayuda a entender la complejidad en el tema de medicamentos: el negocio.

El sistema económico, que organiza nuestra vida social, cultural y hasta personal, que predomina es uno al que se conoce como “capitalismo”. Este sistema que predomina y parecería que no tiene alternativas, es hartamente cuestionable.

Según lo demuestran algunos científicos sociales, el capitalismo tiene muchos defectos incorregibles. Entre ellos, es que es un sistema que requiere la desigualdad, la exclusión y el despojo (Harvey 2014, Stiglitz 2013, Piketty 2014). Basta ver con atención alrededor de nuestra sociedad y mirar la pobreza. No me refiero solo a Ecuador o a cualquier país latinoamericano (Oxfam 2016). Estados Unidos, considerado como el país capitalista por excelencia, tiene problemas estructurales graves relacionados con la exclusión, la pobreza, la inequidad, la discriminación y la violencia (Sepúlveda, 2012).

En un mundo globalizado, lo que sucede en lugares como Sri Lanka o en Ecuador (junio 2022) no es un problema propio de cada localidad, sino el efecto de un sistema global que promueve el capitalismo y que se le conoce como neoliberalismo.

El capitalismo promueve algunos valores y fines que suelen entrar en contradicción con otros. Destaco algunos: la propiedad privada, la competencia, la acumulación, el lucro y el enriquecimiento infinito. Los valores opuestos son el ejercicio universal de los derechos, la solidaridad, la satisfacción de necesidades vitales, la dignidad y la creación de vínculos afectivos. Todos estos últimos, entre paréntesis, son valores que se derivan de lo que la Constitución del Ecuador conoce como *sumak kawsay*, buen vivir o vida a plenitud.

A las empresas y a las personas que lucran en el capitalismo les interesa el negocio, no los derechos. No quiero parecer que hago afirmaciones absolutas. Hay excepciones, sin duda. Pero siento que son excepciones y que la regla se cumple mayoritariamente.

En esta lógica no hay ámbito humano, dentro del capitalismo, que esté fuera de estos valores. Algunos ejemplos. La crisis económica del año 2008 se debió a la creación de burbujas inmobiliarias. Se vendió la idea de crear viviendas y multiplicarlas. El rato de cobrar las deudas y cuando reventó la burbuja, no importó dejar en la calle a millones de personas y acumular departamentos y casas vacías. El negocio por sobre el derecho a la vivienda.

En el derecho al medio ambiente y los derechos de la naturaleza, incluso si hay pueblos en aislamiento, como sucede con los pueblos Tagaeri y Taromenane en la Amazonía ecuatoriana (Yasuní), es más importante expandir la frontera petrolera y, la vida y biodiversidad pasan a segundo plano (Narváez y otros 2012).

El negocio del agua es patético. Nada más fácil y sano que todas las ciudades tengan agua potable para beber. Sin embargo, conviene que el agua se considere no bebible, para poder embotellar en plástico y vender. Peor aún, hacer propaganda para vender un líquido con colorantes y lleno de azúcar, que provoca terribles daños a la salud, como son lo que se conoce como “colas” o “gaseosas”, que usan agua potable y es un determinante para que las personas tengan diabetes. Algo que debería ser prohibido, por razones de salud pública, resulta ser promovido, protegido y consumido masivamente. El negocio de las colas importa más que el agua pura y sana.

Lo mismo sucede en la alimentación, el seguro social, la seguridad, la educación y otros derechos. El negocio prima a la satisfacción de los derechos (Schollosser 2002).

La salud y los medicamentos no son la excepción.

Medicamentos en fase de experimentación, caducados, vendidos como la panacea para cualquier mal, innecesarios, y hasta que causan daños, tienen que venderse a cómo de lugar. No importa si se pone en riesgo la salud.

Para el mercado, en el capitalismo, las personas enfermas son meros consumidores. A una empresa de éxito le interesa que existan más enfermos y no solucionar los determinantes de la enfermedad (Gotzche 2014).

El negocio de la salud es perverso. Mientras más enfermedades y más prescripciones, mejor negocio.

¡Ay si los pacientes no tienen capacidad para comprar el medicamento o si no es rentable producir el medicamento porque hay pocos consumidores! En un caso litigado en Argentina, conocido como *Beviacqua* contra el Ministerio de Salud de Argentina, el medicamento para atender un padecimiento en la médula (enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita) no era producido por empresas privadas. Judicialmente el Estado impuso el fin de la salud pública al lucro y tomó medidas para contar con el medicamento (Corte Suprema de la Nación 2000).

En este contexto, el paciente de una enfermedad catastrófica, que tiene un riesgo probable de morir por la enfermedad, y requiere medicamentos que son caros, son los ideales para el mercado farmacéutico.

Se juega con su desesperación y con su esperanza. Por eso, argumentaciones como las que estoy haciendo, si no hay suficiente información, pueden resultar chocantes e incomprensibles.

El Estado no puede comportarse con la misma angustia que una persona con enfermedad catastrófica, ni tampoco puede prestarse a la lógica de una farmacéutica que busca el lucro. El Estado tiene recursos económicos escasos y tiene que pensar en la mayor satisfacción de los derechos de la mayoría de las personas. El Estado tiene el deber de tratar a las personas como titulares de derechos y no como consumidoras en un mercado que buscan el lucro.

El balance entre tener la obligación de satisfacer un derecho a los medicamentos y el no dar medicamentos porque no es necesario, no es fácil de hacer y depende de las circunstancias de cada caso.

La Corte Constitucional en agosto de 2020 emitió una sentencia que trató con seriedad y profundidad este problema complejo (Sentencia N. 679-18-JP/2020).

La sentencia desarrolló el derecho al acceso y a la disponibilidad de medicamentos de calidad, seguros y eficaces. La sentencia analiza el derecho en varias partes que a continuación se sintetizan.

La prevención (§ 41 a 53 de la sentencia)

El gran marco conceptual para entender el problema de los medicamentos es la salud pública. Este enfoque implica que lo fundamental es la prevención de la salud y no la atención hospitalaria o a la enfermedad. La regla debería ser brindar las condiciones para tener una buena salud y no dejar a la gente que se arruine la salud para tener que necesitar más temprano medicamentos y hospitalización. La mejor inversión es invertir en tener buenos hábitos alimenticios y hacer ejercicio físico que permitir la alimentación con comida chatarra y el sedentarismo.

La prevención debe considerar lo que se conoce como “determinantes de la salud”. Si una persona no tiene nutrición adecuada, tiene una vivienda sin servicios básicos como

alcantarillado, no tiene agua potable ni tiene un trabajo seguro, entonces es muy probable que se enferme (Breihl 2010).

La salud está, como puede apreciarse, vinculada al ejercicio de otros derechos humanos y a los derechos de la naturaleza.

La peor entrada en salud es invertir **solo** en hospitales y medicamentos. Deben existir estos servicios pero no como regla sino como subsidiarios y complementarios.

La finalidad (§ 83 al 91 de la sentencia)

La finalidad de los medicamentos es tratar de proporcionar, mediante su ingesta, del disfrute más alto de salud posible y mejorar las capacidades y potencialidades de las personas.

El medicamento no es una vara mágica. No por tomarlo se recupera la salud. Muchas veces, incluso, la empeora.

Cuando el medicamento no cumple con la finalidad. Esto es, no sirve para mejorar la salud, cuando la empeora o cuando existe un medicamento disponible más barato con igual efectos, el Estado tiene la obligación de no entregar el medicamento prescrito.

Los medicamentos de calidad, seguros y eficaces (§ 92 a 122 de la sentencia)

Un medicamento es de *calidad* si es que su producción y componentes son garantizados y aceptables. Esto normalmente lo hace una agencia estatal que tiene la competencia para certificarlos. Si el medicamento, por ejemplo, no tiene registro, es caducado, falsificado o tiene defectos, entonces no es de calidad.

El medicamento es *seguro* si es que su uso produce más beneficios que perjuicios. Todo medicamento es una droga. Tiene sustancias que alteran el funcionamiento del cuerpo. Puede servir para una dolencia y al mismo tiempo ocasionar otra. Por ejemplo, si al tomar un medicamento para el corazón arruina el hígado y se provoca la pérdida de este órgano, entonces, por más que ayude a que funcione el corazón, no será seguro para la salud.

Otro ejemplo, que seguramente algunas personas habrán leído que dice algo así como “este medicamento no debe ser dispensado para personas embarazadas”. Si el medicamento es una pomada para las alergias y provoca la malformación de un bebé, obviamente el medicamento no es seguro, aunque cure la alergia.

El medicamento, finalmente, es *eficaz* si es que al aplicar, mejora favorablemente los síntomas en curso de una enfermedad. Si el medicamento no afecta en nada a la enfermedad, es inútil su ingesta, da igual tomarlo o no, o, lo que es peor, empeora los síntomas, entonces el medicamento no es eficaz. Un ejemplo burdo. Si tomo una aspirina con el objetivo de curarme de un tumor cerebral, entonces el medicamento será ineficaz.

En la comprensión de la eficacia es que es importante el mundo de los cuidados paliativos. Esto es, según entiendo, el tratamiento que está relacionado con aceptar una enfermedad y experimentarla con el menor dolor posible. Esto debería suceder desde el día uno que

una persona llega a conocer que está con una enfermedad catastrófica. Sin embargo, se suele asociar la fase terminal de una enfermedad cuando la persona está a punto de morir.

¿Hasta cuándo hay que tomar un medicamento? Preguntaba a una persona experta en paliativos. Me decía que hasta que sea útil y que hay fases de una enfermedad en la que no sirve para nada y que es mejor disfrutar de la familia que padecer un tratamiento complicado, de esos que duelen y hacen insoportable la vida.

¿Realmente existen esos milagros en los que una persona se recupera de un cáncer? La persona experta afirmó que, en fases terminales, ha oído de esos casos pero que, en sus treinta años de ejercicio profesional, nunca había testificado algo así.

La siguiente pregunta ¿es ético dar un medicamento cuando es inútil? Me respondió de forma directa y clara. Toda persona tiene derecho a creer, a tener fe, a alimentar su esperanza con lo que tiene a su alcance, que puede ser la religión, la familia, los medicamentos. Es su problema. Pero el Estado tiene la obligación de dar lo que necesite, aún si es caro, pero no lo que quiera el paciente cuando no es necesario.

La disponibilidad de los medicamentos (§ 123 a 137 de la sentencia)

La *disponibilidad* quiere decir que los medicamentos necesarios deben existir y estar al alcance de quien lo requiera. Si hay desabastecimiento o no es posible conseguir un medicamento, entonces no está disponible.

Una de las formas de aprovechar los escasos recursos económicos y humanos que tiene el Estado para atender a la mayoría de la población, se llama “Cuadro nacional de medicamentos básicos”. El cuadro, se supone, responde a la realidad de cada país y a sus datos epidemiológicos. Si algún medicamento está en el cuadro, ese debe estar hasta en el último rincón del país y en la cantidad suficiente para que todos tengan sus medicamentos.

La solución para la deshidratación o diarreas, por ejemplo, debe estar en el cuadro básico.

Los medicamentos que requiere poca gente, comparada con la población mayoritaria, como quienes padecen enfermedades catastróficas o enfermedades raras NO deben estar en el cuadro. Esto por varias razones. Una de ellas es que esos medicamentos deben prescribirse de acuerdo con las necesidades de cada paciente y no pueden darse en abstracto. La otra es que esos medicamentos suelen ser caros y su adquisición, en abstracto, podría reventar el presupuesto del Estado.

Estos medicamentos, para enfermedades catastróficas y raras, requieren de un procedimiento administrativo para su adquisición.

Otra estrategia, que es una conquista sin precedentes en el mundo de la salud pública, es la de los medicamentos genéricos. Esto es, la fórmula de un medicamento, que pertenece a una empresa farmacéutica, se libera para que pueda producirla y comercializarla, sin fines de lucro, los Estados u otras empresas, por lo general locales. Sin embargo, para eliminar la competencia de los Estados a las empresas farmacéuticas, hay que hacer mala propaganda a los medicamentos genéricos. ¿Quién no considera, sin siquiera probarlo, que el genérico es de mala calidad comparado con el de marca? Casi todas las personas. Si esto sucede, es un éxito del marketing de las empresas farmacéuticas. También suele

sucedir que, sin considerar el deterioro normal de una enfermedad en la salud de una persona, se le echa la culpa al medicamento genérico.

El medicamento genérico, si tiene registro de calidad, tiene la misma fórmula, el mismo procedimiento y los mismos efectos de un medicamento de marca. Si alguien tiene algo de conciencia de salud pública, que no coma el cuento del mercado farmacéutico.

Cuando un juez o jueza ordena que se dispense un medicamento de marca cuando hay genérico, ordena que un medicamento para enfermedad catastrófica o rara entre en el cuadro básico, dispone la entrega sin prueba imparcial y suficiente, comete un grave error y esa persona acaba convirtiéndose en un mal funcionario público con respecto a la salud pública.

El acceso a la información y el consentimiento informado (§ 172 a 196 de la sentencia)

La clave para tener un buen negocio, cuando lo que importa es el lucro más que el bienestar, es la ignorancia de la gente. Si, por ejemplo, las personas supieran los efectos perniciosos y, hasta si podrían imaginar, en qué terminarán si es que consumen rutinariamente bebidas azucaradas, como la coca cola o cualquier otra gaseosa, o de la comida chatarra, como los mc donalds o burger kings, estoy seguro de que no tomarían un sorbo ni probarían un bocado de esas sustancias.

Lo mismo sucede con los medicamentos. Cuántas personas tienen la paciencia para leer la letra chiquita de cada uno de los medicamentos que prescriben los médicos. Pocas seguramente. La confianza en el médico o en el familiar que prescribe suele ser casi ciega.

La profesión médica, al igual que la jurídica, suele ser de una jerarquía insoportable que cree saber mucho más de lo que pueden comprender las personas. No escuchan y mucho menos informan.

De ahí que se debería informar de forma comprensible y completa antes de que las personas puedan aceptar un medicamento o tratamiento médico. Esto no suele suceder y es parte del drama.

Las personas tienen el derecho para decidir. Pero para decidir, quien atiende y prescribe debe dar información completa. Esto no suele suceder, además, porque existen conflictos de intereses.

El conflicto de intereses (§ 206 a 217 de la sentencia)

Las empresas farmacéuticas necesitan de personas que prescriban sus medicamentos de marca. Si no, no hay negocio ni ganancia. Para eso tienen todo un sistema de propaganda, de visitadores médicos y de mecanismos para garantizar la lealtad de quienes prescriben medicamentos.

La lealtad a un producto se gana a golpe de inversión.

Las empresas farmacéuticas pagan a los médicos para asistir a seminarios internacionales, todo pagado y en hoteles de lujo; pagan seminarios con invitados especiales; cubren becas en universidades; contribuyen para equipar consultorios; dan

cenas, almuerzos y comidas; pagan grandes montos para escribir opiniones; cubren gastos de investigación; reconocen la lealtad de muchas formas.

Cuando una persona profesional acepta este tipo de incentivos, tiene problemas de intereses. Su prescripción no tiene como motivación principal la salud y el bienestar de la persona sino la lealtad a la empresa farmacéutica.

Lo peor de todo es que quienes se benefician de estas estrategias de mercado piensan que no tienen conflicto de intereses. Creen que se están capacitando, que están investigando, que están creciendo profesionalmente. Cuando alguien es beneficiario de una táctica corrupta, en política o en el ejercicio profesional, lo último que piensa es que está haciendo algo malo.

La profesión médica, en el sector público y privado, está enquistada en el mercado y en el lucro. En este juego se benefician tanto las empresas como las personas profesionales de la salud, y ¿adivinen quienes salen perdiendo? El Estado, la salud pública y los mismos pacientes.

Los indicadores de derechos y políticas públicas (§ 267 a 327 de la sentencia)

Finalmente, un aporte de la sentencia de la Corte Constitucional que no es menor, es el tratar de desarrollar un mecanismo para hacer realidad ese anhelo de “no repetición” de las violaciones a los derechos que conoce. Y eso se logra con políticas públicas.

Las políticas públicas, en términos generales, son las decisiones que toman las autoridades del Estado para resolver problemas o situaciones que considera relevante atender. Esas políticas a veces son erráticas y equivocadas, a corto plazo o ineficaces.

La Constitución ordena que las políticas públicas tengan un enfoque de derechos, dado que la premisa fundamental es que el máximo deber del Estado de garantizar los derechos de todas las personas y colectividades.

Para que una política tenga enfoque de derechos debe contemplar algunos elementos. En primer lugar, debe mirar aspectos estructurales, como la existencia de un aparato institucional y recursos, de proceso, como el hacer esfuerzos públicos dirigidos y concretos, y de resultado, como el mejorar una situación detectada como violatoria de derechos.

En segundo lugar debe tener ciertos enfoques transversales: las políticas no deben ser discriminatorias, deben basarse y producir información, deben contar con la participación de las personas, en particular de quienes se beneficiarán o perjudicarán de dichas políticas y, finalmente, deben ser exigibles antes autoridades jurisdiccionalmente.

Los indicadores de las políticas, por otro lado, permiten medir un requisito fundamental de los derechos: la progresividad y la prohibición de regresividad. Si un Estado ha llegado a un nivel de vacunación o de reducción de la mortalidad infantil, por ejemplo, la cobertura alcanzada no debe disminuir. Cualquier reducción no justificada significaría una vulneración a los derechos en su dimensión colectiva.

Conclusiones

La Corte Constitucional tiene un reto enorme: hacer que la sentencia se cumpla. Entre las dificultades para que esto suceda está en que muchas personas con conflictos de intereses están en las entidades del Estado y en el sector privado. Otra dificultad está en que quienes son pacientes no tienen información o muchas veces ni siquiera pueden hacer sentir sus necesidades.

Si no hay personas con información suficiente, que velen por la salud pública, entonces la Corte no podrá conocer los avances o retrocesos del derecho al acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

Bibliografía

Breihl, Jaime. *Epidemiología. Economía política y salud*. Quito: Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2010.

Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia N. 679-18-JP/2000*. 5 de agosto de 2020.

Corte Suprema de la Nación de Argentina. *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social*. Sentencia de 24 de octubre de 2000.

Gotzche, Peter. *Medicamentos que matan y crimen organizado*. España: Los libros del Lince, 2014.

Harvey, David. *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito: IAEN, 2014.

Narváez Iván, Massimo De Marchi y Salvatore Eugenio Pappalardo (coordinadores). *Yasuní zona de sacrificio. Análisis de la iniciativa ITT y los derechos colectivos indígenas*. Quito: FLACSO Ecuador, 2012.

Oxfam. “Una economía al servicio del 1%. Acabar con los privilegios y la concentración de poder para frenar la desigualdad extrema. 2016.” En https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp210-economy-one-percent-tax-havens-180116-es_0.pdf Piketty, Thomas. *Capital in The Twenty-First Century*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

Schollosser, Eric. *Fast food Nation. The Dark Side of the All-American Meal*. New York: Perennial, 2002.

Sepúlveda, Magdalena. *Proyecto final de los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre extrema pobreza y derechos humanos*. Ginebra: ONU, 2012.

Stiglitz, Joseph. *The Price of Inequality. How today's divided society endangers our future*. New York: Norton, 2013.