

Derecho y salud en México: propuestas para una relación eficaz

Sofía Charvel*

Departamento de Derecho, Coordinación del Seminario de Derecho y Ciencia, ITAM, México D.F., México

RESUMEN

Este artículo tiene tres objetivos: presentar las dificultades que plantea la exigibilidad del derecho a la salud en México; dar cuenta de los principales problemas que se están presentando en lo que, de modo general, podemos llamar "relaciones entre derecho y salud" y, por último, ofrecer algunas propuestas para alcanzar una relación eficaz entre ambas materias.

Palabras clave:

Derechos sociales, protección de la salud, reformas constitucionales, normas oficiales mexicanas

SUMMARY

This article pursues three goals: to describe the obstacles that in Mexico faces the complete exigibility of the right to health, to present the main problems arising in what, generally speaking, could be referred to as "relations between law and health", and finally to offer some proposals in order to reach a working relation between the aforementioned disciplines.

Key words:

Social rights, right to health, constitutional reforms, federal administrative regulation

Introducción

A partir de mediados de la década de 1970, el artículo 4º constitucional ha tenido varias adiciones de contenido social, con el fin de "mantener vivo el ideario revolucionario en época de crisis", como afirma José Ramón Cossío, quien también señala que estas adiciones se debieron a que "la concepción de los derechos sociales establecida en el texto constitucional de 1917 cambió por razones económicas, políticas y sociales a partir de los años setenta". Pero esto causó dificultades de carácter jurídico, pues de acuerdo con el mismo autor: "debido al cambio de concepción, los derechos sociales dejaban de tener un significado normativo con lo cual, el juicio de amparo no procedía como medio de protección para los mismos".¹

Las adiciones de carácter social al artículo 4º de la Constitución son las siguientes: el 31 de diciembre de 1974 se estableció que la ley protegería la organización y desarrollo de la familia; el 18 de marzo de 1980 se determinó que los padres tenían el deber de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, y que la ley determinaría los apoyos a la protección de la salud, y la protección a los menores a cargo de instituciones públicas; el 3 de febrero de 1983 se constitucionalizó el derecho de toda familia a disfrutar vivienda digna y decorosa, estable-

ciéndose que sería en la ley donde se determinarían los instrumentos y apoyos necesarios con el fin de alcanzar tal objetivo; por último, el 28 de enero de 1992 se determinó la composición pluricultural de la nación mexicana, la protección a diversas manifestaciones de las culturas indígenas, el acceso de los indígenas a la jurisdicción del Estado, y la necesidad de tomar en cuenta las prácticas y costumbres jurídicas de éstos en los juicios agrarios.¹

Entre estas reformas de carácter social al artículo 4º se cuenta la que dio rango constitucional al derecho a la salud. En esta reforma, publicada el 3 de febrero de 1983, durante el gobierno del presidente Miguel de la Madrid, se dispuso que "toda persona tiene derecho a la protección a la salud" y que "la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud".

A pesar de que el derecho a la salud tiene jerarquía constitucional, se encuentra en condiciones diferentes frente a otros derechos fundamentales como los de libertad, igualdad o seguridad jurídica. Esto se debe a un desacuerdo generalizado en cuanto al contenido y alcance del derecho a la salud por parte de abogados, académicos, jueces y estudiosos del derecho en general.

La diferencia fundamental radica en las condiciones de exigibilidad, pues mientras nadie tendría objeción alguna para reconocer que la expresión o la asociación deben ser

*Correspondencia y solicitud de sobretiros: Sofía Charvel. Departamento de Derecho, ITAM, Río Hondo, Tizapán San Ángel, Álvaro Obregón, 01080 México D.F., México

directamente protegidas frente a cualquier intervención indebida proveniente del Estado, pocos aceptan que el derecho a la salud pueda exigirse de manera directa.

Incluso dentro del grupo de derechos conocidos como “derechos sociales”, el derecho a la salud presenta algunas diferencias, pues los expertos estiman que al no estar claramente definido no puede ser satisfecho ni ser su carácter universal y obligatorio, como, por ejemplo, sí se le reconoce al derecho a la educación básica, según lo establece el artículo 3º constitucional.²

Con base en lo mencionado es posible afirmar que si bien en la Constitución se reconoce la existencia de un derecho para todos los habitantes del territorio nacional (artículo 1º constitucional), en realidad tenemos un derecho que en sus determinaciones jurídicas y consecuencias prácticas que se derivan de los principales textos jurídicos, no alcanza condiciones de universalidad ni de exigibilidad directa.

En los órdenes jurídicos modernos, que han llevado a la construcción del Estado social, los derechos sociales en general y el derecho a la salud en particular, se regulan mediante distintas fuentes normativas (Constitución, leyes, normas reglamentarias, etcétera). La regulación ha buscado cumplir sus fines fundamentalmente a través de dos caminos: uno, mediante la postulación de condiciones mínimas de vida para individuos o grupos en precaria situación social o económica, para cuyo mejoramiento se asignan bienes y servicios a los segmentos de la población que padecen esa situación; dos, mediante la formulación de reglas para ordenar la práctica de los servicios de salud en todas sus formas. Estos caminos difieren entre sí, tanto en sus alcances como en su ordenación jurídica. Sin embargo, es necesario tenerlos en cuenta de manera conjunta, debido a la forma como se relacionan para darle sentido a la acción pública y privada en materia de salud.

A pesar de que en México existe un derecho a la protección de la salud de jerarquía constitucional, no hemos sido capaces de ordenar, a partir de un mismo eje normativo y pragmático, la totalidad de las actividades, bienes y servicios relacionados con la salud. Se considera que tal derecho se cumplirá con tan solo aglutinar actividades individuales fragmentarias, cuando en realidad todo lo relacionado con la salud debiera ser visto de manera integral, tal como lo dispone el artículo 4º constitucional.

Los principales problemas

La salud como derecho social exigible

Después de la Segunda Guerra Mundial, los “derechos sociales” se fueron incorporando a los ordenamientos jurídicos (primordialmente a nivel constitucional), a efecto de garantizar a los distintos sectores sociales mejores condiciones de vida. A partir de entonces, la ideología jurídica predominante ha determinado que tales derechos son meras “normas programáticas”, es decir, postulados a realizar por las autoridades administrativas solo si el legislador ha garantizado los recursos económicos necesarios.

Si se considera que el derecho a la salud es una norma programática no puede considerársele como un derecho “estrictamente jurídico” y, por lo mismo, se hace imposible exigirlo por vía legal. Sin embargo, en algunos países europeos, como Alemania, Italia o España, o de otras regiones del mundo, como Sudáfrica, Colombia o Costa Rica, esta visión estrecha ha cambiado radicalmente. Incluso hay países como Canadá, que van más allá en cuanto a la prestación del derecho a la salud y limitan la actividad de la medicina privada, para que ésta solamente se encargue de intervenciones sencillas que no estén previstas en los planes del servicio de salud pública. Estos países consideran que si se da la opción de un servicio privado fuerte, pueden descuidar la calidad del servicio público y, como consecuencia, se presentarían casos de desigualdad entre los individuos.³

Sin embargo, no siempre ha prevalecido el criterio de favorecer los servicios públicos por encima de los privados. Por ejemplo, la relación entre el servicio de salud privado y público en Canadá ha ido cambiando en distintas provincias, principalmente después del caso *Chaoulli versus Québec*. En una decisión tomada el 9 de junio de 2005, la Suprema Corte de Canadá, con un voto de cuatro a favor y tres en contra, estableció, contrariamente a lo sustentado por el gobierno de Québec, que no permitir el aseguramiento privado violaba la Carta de Derechos y Libertades.

Independientemente de quién sea el prestador de los servicios, en los países que hemos mencionado se ha llegado a considerar que el derecho a la protección de la salud es un derecho directamente exigible por sus titulares y que, por lo tanto, debe ser cumplimentado de manera directa por las autoridades, sin dejar de reconocer que determinar con claridad los alcances de ese derecho sea una cuestión simple. No obstante, con medidas ingeniosas por parte de grupos legislativos, sectores de la judicatura o partidos políticos, y con la colaboración estrecha de organizaciones de la sociedad civil, se ha logrado progresar en la exigibilidad. A la fecha son pocas las resoluciones de los tribunales federales o locales mexicanos (incluso la Suprema Corte) cuyo efecto sea definir el estatus legal del derecho a la protección de la salud. Debido a la escasa jurisprudencia, pareciera que este derecho queda a la libre disposición legislativa y, en algunos campos, a la discreción de las autoridades administrativas. Esto provoca un inadecuado entendimiento del papel que la Constitución desempeña en un Estado democrático.

Para superar esta situación deben formularse nuevas reglas jurídicas para el legislador. Dichas reglas buscarían dos fines: uno, dejar sentado que los derechos sociales no son meras cláusulas generales que las autoridades públicas pueden observar de manera voluntaria, sino contenidos normativos que deben ser desarrollados para sí cumplir cabalmente las funciones constitucionales; dos, y a partir de lo anterior, determinar provisiones presupuestales adecuadas para que las autoridades administrativas estén en aptitud de satisfacer los requerimientos materiales que conlleva la prestación de este derecho. Al respecto, Miguel Carbonell explica que, al igual que el resto de los derechos sociales, el derecho a la protección de la salud va aparejado con la fuerza de los poderes.⁴

La regulación jurídica del sector salud

Revisemos ahora en términos generales, la manera como el sector salud está relacionado con el derecho en nuestro país. Por las condiciones de nuestro sistema jurídico, las determinaciones de la Constitución deben realizarse en la ley. Existen diferentes ordenamientos que regulan los servicios de salud en nuestro país, tales como la Ley General de Salud (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984), la Ley del IMSS o la Ley del ISSSTE, por mencionar solo algunos. Si seguimos las reglas de jerarquía de nuestro orden jurídico, además de estas leyes existen exposiciones reglamentarias que desarrollan las normas legales. Por último, dentro de lo que suele denominarse la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, encontramos reglamentos, acuerdos, circulares, decretos y, más recientemente, normas oficiales.

Si consideramos en conjunto los contenidos de las normas de diversa jerarquía que se han emitido para ordenar el sector salud, nos encontramos con una compleja, variada y, en ocasiones, contradictoria normatividad que presenta varios problemas. El primero radica en la sobreposición de normas con distintos contenidos o regulaciones, sea como resultado de la incorporación de diversas concepciones médicas o políticas, o como resultado de diversas etapas de creación normativa. Un segundo problema surge como consecuencia de las relaciones jerárquicas entre las normas mediante las cuales se regula el sector salud. Por ejemplo, se aprecia que las grandes definiciones que se dan en determinada materia relacionada con salud, van perdiendo extensión en la medida en la que desciende en la jerarquía normativa, hasta que muchas determinaciones concretas terminan por ser de mera decisión administrativa.

Una cuestión adicional tiene que ver con el modo como la salud está presente en el derecho. Sobre este aspecto, es evidente que cada vez son más y de mayor complejidad las cuestiones médicas y de salud que tienen incidencia normativa. Por ejemplo, puede señalarse lo relativo a la clasificación, medición e indemnización de los accidentes de trabajo; la identificación de las condiciones de "imbecilidad" o "estupidez" a las que todavía aluden ciertos ordenamientos; o a las formas de identificación de la paternidad a partir de las pruebas de ADN. En estos casos, hace años que no se revisan minuciosamente los contenidos legales, lo cual provoca atraso social y discriminación, y nuevos problemas en lo que debiera ser fuente de soluciones.

En abono al anterior, en tiempos recientes se ha observado, incluso por los tribunales, que buena parte de las definiciones médicas contenidas en las leyes carecen de vigencia. Por citar un caso, la falta de distinción entre VIH y sida en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, produjo la declaración de invalidez de la norma impugnada 510/2004 resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión del 6 de marzo de 2007. Igualmente se han observado enormes deficiencias en la definición de temas tales como "embriaguez consuetudinaria", "muerte e incapacidad", "prueba de paternidad", etcétera.

Además de estos anacronismos, al día de hoy se observa gran diversidad de modelos regulatorios, según se trate

de actividades públicas o privadas. Estos modelos no solo atienden a las diferentes formas de realizar actividades, sino que se derivan de distintos parámetros generales para la prestación de servicios. Se observa también que existe una amplia variedad de regulaciones para normar la conducta entre instituciones que prestan servicios semejantes. Asimismo, se encuentra que hay actividades sobrerreguladas a través de normas específicas como las normas oficiales mexicanas, mientras que otras actividades únicamente están normadas por determinaciones generales impuestas mediante leyes.

Sobre la complejidad del tema de las normas oficiales mexicanas, es importante tener en cuenta las resoluciones⁵ dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las cuales se pregunta "si en el caso de estar frente a materias concurrentes, deben los demás órdenes jurídicos observar únicamente la ley general o también las normas que desarrollan a nivel federal, como reglamentos y normas oficiales". Al respecto, se responde que las normas oficiales mexicanas solo pueden regular los conceptos que tienen como base una competencia federal; es decir, no se pueden imponer a los estados de forma autónoma, pues se estaría vaciando a los estados de las competencias que le otorga la Constitución.

Es necesario revisar y evaluar las condiciones normativas en que operan los servicios de salud. Es urgente y prioritario hacer un diagnóstico adecuado de las leyes y reglamentos para, en su momento, elaborar las propuestas necesarias para mejorar el desempeño del sector salud y así satisfacer cabalmente el derecho fundamental a la salud. Hace falta también una acción más directa a fin de identificar los problemas y proceder a resolverlos mediante actualizaciones normativas. Sin duda alguna, éste es uno de los temas más complejos de nuestro tiempo.⁵

Algunas soluciones

Las distintas funciones que el Estado busca cumplir con sus disposiciones reglamentarias en materia de salud son muy variadas. Con esas disposiciones se organiza la administración del servicio público y las acciones de los particulares; además, se autorizan acciones especiales por parte de los órganos públicos, se prevén servicios médicos hospitalarios o se determina la calidad de los medicamentos, entre otros muchos ejemplos. Por lo tanto, las acciones a realizar en la materia son complejas y requieren esfuerzos sostenidos y con claridad en los objetivos.

La integralidad entre servicios de salud y salud pública

El problema general radica en la falta de integralidad. Como lo diagnosticaron los profesores Gostin y Jacobson respecto a Estados Unidos, en México tampoco contamos con un sistema de salud integral.⁷ Al hablar de temas de salud, estos autores distinguen entre servicios de salud y salud pública.

Es importante comprender la diferencia entre ambos conceptos. Los servicios de salud son aquellos servicios que impactan de forma directa en la salud de las personas: la prestación del servicio médico en particular, y su financiamiento y organización. En cambio, salud pública se refiere a las acciones tomadas por el gobierno con el objeto de llevar a cabo nuevas políticas que impactarán a la sociedad de forma indirecta, para salvaguardar y mejorar el estado de salud de la población en general. Mientras que los servicios salud se dirigen al cuidado individualizado, la salud pública se enfoca al cuidado de la población en general. En el caso de Estados Unidos, con el surgimiento a mediados del siglo XX de la medicina moderna y los avances tecnológicos, el cuidado personal de la salud y la búsqueda de tratamientos más individualizados comenzaron a sustituir a la salud pública.⁶

Gostin y Jacobson argumentan que, en muchas ocasiones, ambos conceptos se analizan por separado, a pesar de que ambos tienen grandes coincidencias y no es posible separarlos del todo. Como lo resaltan, los servicios de salud y la salud pública están relacionados y difícilmente se pueden analizar de forma independiente, como suele hacerse en la práctica. Por eso sería conveniente referirnos a un "sistema de salud" que incluye ambos conceptos, considerando sus coincidencias y diferencias.

Sin duda alguna, cada uno de estos servicios pueden estudiarse por separado. Cada uno tiene material suficiente para reunir una vasta cantidad de investigaciones y publicaciones propias. Sin embargo, en términos jurídicos y de política pública, es importante analizarlas de forma integral, para lograr una regulación normativa unitaria.

Derecho y salud

La función primordial del derecho radica en regular las conductas humanas, usando como fundamento los conocimientos establecidos por diversas disciplinas independientes. El caso de la salud no es la excepción pues aporta una enorme cantidad de definiciones, prácticas y criterios al derecho, para que se regule determinado tipo de prácticas sociales. Por otro lado, el derecho también formaliza muchas de las actividades, bienes y servicios considerados propios de la salud para regularlos socialmente.

Debido al papel que tiene el derecho dentro de una sociedad, solo mediante éste podría establecerse un sistema integral de salud en México. Para lograrlo, habría que pasar por diversas acciones. En primer término, se deben ordenar y definir los límites del derecho constitucional a la salud. Éste no es un problema sencillo, pues además de problemas estrictamente técnicos, es necesario articular los conflictos que se presentan entre distintas normas constitucionales y, por tanto, entre diversos valores que están presentes en nuestra sociedad.⁶ Por ejemplo, están los conflictos derivados de la asignación de bienes públicos de suyo escasos en condiciones de demanda creciente; están las cuestiones relacionadas con la libertad de trabajo o comercio, en lo que hace a los alcances de la regulación

de los sujetos privados; o está el creciente problema de la proliferación de títulos universitarios o la prestación de servicios por personas con adiestramiento inadecuado, entre otros.

Como lo ha puesto de relieve Gostin, también es preciso señalar que al analizar el sistema de salud no es posible limitarnos al ámbito nacional, puesto que el tema alcanza el ámbito del derecho internacional, e incluso adquiere una perspectiva global.⁷ Sin embargo, en México debemos comenzar por analizar el tema a nivel nacional y revisar diversos ordenamientos, códigos penales, civiles, familiares, leyes del trabajo y seguridad social, entre otras muchas, con el fin de reformular los conceptos médicos incluidos en las normas jurídicas.

Normas oficiales mexicanas

Desde hace algún tiempo apareció en los órdenes jurídicos de diversos países del mundo la dificultad de, mediante leyes emitidas por el legislador, regular aspectos particulares de sectores técnicos sujetos a continuos cambios. La medicina no es la excepción. La solución a esta dificultad ha consistido en emitir disposiciones reglamentarias como las normas oficiales mexicanas.

Por su grado de especificidad y la posibilidad de incidir de manera puntual en fenómenos sociales de nuestro tiempo, las normas oficiales mexicanas han llegado a ser las disposiciones que prácticamente regulan todo un sector o actividad. Por eso, es absolutamente necesario encontrar mecanismos para que, desde el conocimiento médico, se revise la calidad y veracidad del conocimiento a partir del cual han sido formuladas las normas oficiales mexicanas.

Sobre la complejidad del tema de las normas oficiales mexicanas es importante tener en cuenta las resoluciones de las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007 resueltas por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las cuales se pregunta en el engrose "si en el caso de estar frente a materias concurrentes, deben los demás órdenes jurídicos observar únicamente la ley general o también las normas que la desarrollan a nivel federal como reglamentos y normas oficiales".⁸

Al respecto, la Corte responde explicando que las normas oficiales mexicanas solo pueden regular los conceptos que tienen como base una competencia federal. Es decir, no se puede imponer a los estados la aplicación de las normas oficiales mexicanas cuando la competencia sobre determinada materia es de los estados.

Si bien las normas oficiales mexicanas son una manera de solucionar los problemas que surgen al regular la materia de la salud, también es cierto que han debilitado la rectoría en la coordinación por parte de la Federación en materia de salubridad general. Para evitar esta consecuencia negativa de las normas oficiales mexicanas, es preciso comenzar por analizar su estatus jurídico, para luego identificar las principales contradicciones jurídicas. Una vez encontradas, hay que eliminarlas para lograr una relación eficaz entre derecho y salud.

Obstáculos presupuestales en materia de salud

Siempre que se habla de mejorar las condiciones de salud en nuestro país, se suele señalar un obstáculo: la inexistente, escasa o inadecuada canalización de recursos presupuestales a la actividad. Normalmente se piensa que este obstáculo surge exclusivamente de la falta de recursos que, a su vez, se origina en las condiciones generales de pobreza o desigualdad en el país. Sin embargo y sin dejar de reconocer cierta veracidad en la escasez de recursos, jurídicamente no es admisible admitir que el Estado argumente la falta de recursos para dejar de cumplir con la obligación constitucional del derecho a la protección de la salud, si bien debe reconocerse que la falta de claridad en los mecanismos de distribución, transparencia y rendición de cuentas de los recursos propicia muchos de los problemas. Por esta razón, es de la mayor importancia llevar a cabo un estudio de tipo diagrama de flujo, a efecto de identificar los aspectos de nuestro orden jurídico que obstaculicen la aplicación de los recursos asignados a la protección de la salud. En caso de que, como es previsible, se identifiquen estos aspectos, se debe proceder a eliminarlos.

Conclusiones

Sin duda alguna, la relación entre derecho y salud es muy vasta y compleja y está poco explorada. Sin embargo, es posible lograr una relación más eficaz si se identifica con claridad cuál es el principal problema que afecta esta rela-

ción, y se procede a darle solución mediante acciones legislativas concretas.

En primer lugar, es preciso definir los alcances del derecho constitucional a la salud, con el fin de buscar su plena exigibilidad. Después, con base en el concepto de "sistema de salud" (en tanto unifica los servicios de salud y la salud pública), es necesario ordenar y uniformar las leyes que realizan ese derecho. Este trabajo de ordenación y homogeneización se debe efectuar en las leyes de cualquier jerarquía, desde las leyes generales hasta las normas oficiales mexicanas.

Para llevar a cabo este trabajo, es necesario que los abogados, académicos, jueces y estudiosos del derecho en general colaboren estrechamente con aquellas personas que aportan los conocimientos técnicos y científicos apropiados, es decir, con los miembros de la profesión médica.

Referencias

1. **Cossío-Díaz JR.** Cambio social y cambio jurídico. México: Miguel Ángel Porrúa-ITAM; 2001. pp. 122, 125-127.
2. **Elizondo Mayer-Serra C.** El derecho a la protección a la salud. *Salud Publica Mex* 2007;49:146-157.
3. **Chaoulli V.** Quebec, Attorney General, Suprema Corte de Canadá, 1S.C.R. 791, 2005 SCC35.
4. **Carbonell M.** Los derechos fundamentales en México. México: Porrúa; 2002. p. 858.
5. **Roldán Xopa J.** Derecho administrativo, México. Oxford University Press; 2008. pp. 134-135.
6. **Gostin OL, Jacobson MD.** Law and the health system. New York, US: Foundation Press; 2006. pp. 1-11.
7. **Fidler PD.** A globalized theory of public health law. *JLME* 2002;30:150-163.
8. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007.