

DERECHO Y SALUD: INSTITUCIONES*

Héctor FERNÁNDEZ VARELA MEJÍA**

Gabriel E. SOTELO MONROY***

El derecho a la protección de la salud tiene como antecedente la constitución, en 1946, de la Organización Mundial de la Salud, evento en el que se manifestó que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social” (OMS, 1946). Dos años después, la Organización de las Naciones Unidas, en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, consagra en su artículo 25 que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...” (ONU, 1948).

Algunos autores, como Hervada y Zumaquero, consideran que este pronunciamiento es una mezcla asistemática de derechos y aspectos específicos de ellos; los derechos son la salud, vivienda y vestido. La alimentación y la asistencia médica son aspectos de esos derechos, y “el derecho a un nivel de vida adecuado”, no es un derecho distinto a los mencionados, sino una fórmula para resumirlos y es correlativo al grado de desarrollo económico y social de un pueblo (Hervada, Zumaquero, 1978).

En el contenido de la declaración referida, se señala que el derecho a la vida es fundamental y de él dependen los demás, por ello, está íntimamente relacionado con el derecho a la salud y a la integridad personal, implícitos en el artículo 5o. de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y que se hacen explícitos en la Convención Americana de De-

* Ponencia presentada en el Simposio “Derecho y Salud”, en el módulo “Instituciones”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, DF, el 31 de agosto de 2000.

** Comisionado Nacional de Arbitraje Médico.

*** Asesor del Comisionado Nacional.

rechos Humanos, integrados en el artículo 12, a los principios éticos de autonomía y confidencialidad.

En México, si bien la Constitución de 1917 consagra las garantías individuales, hasta 1983 se incorporó en el artículo 4o. el derecho a la protección de la salud. Hecho que coincide con la ratificación o adhesión de nuestro país, en 1981, a siete importantes instrumentos internacionales, entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966).

El párrafo tercero del artículo cuarto constitucional, dice a la letra: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución” (CPEUM, 1917).

El Estado asumió el papel regulador de este derecho social con la expedición de la Ley General de Salud en 1984. En ella se asume, que el derecho a la protección de la salud es fundamental para el desarrollo integral del ser humano y de la sociedad, señalando como finalidades el fomento de actitudes racionales, responsables y solidarias que, basadas en el conocimiento de los efectos de la salud sobre la vida individual y social, coadyuven al mejoramiento de la calidad de vida. Asimismo, consagra el impulso de la investigación científica y tecnológica, así como de la enseñanza para la salud (LGS, 1984).

La Ley establece funciones generales y específicas para garantizar el derecho a la protección de la salud. Como funciones generales se pueden citar: ser elemento moderador entre los intereses de la sociedad y los del individuo; ser el medio por el cual el gobierno adopta las medidas necesarias para responder al progreso de la ciencia y la tecnología, y garantizar la equidad en la prestación de servicios.

Como funciones específicas se pueden mencionar: el combate a toda conducta perjudicial para la salud, la ejecución de programas y servicios para fomentarla, la asignación de los recursos, sistematizar la participación de la sociedad, la vigilancia de la calidad de la atención y de los productos para uso y consumo humano.

En la misma Ley, se definen como servicios de salud “todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en gene-

ral, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad”, y se clasifican en tres tipos: atención médica, salud pública y asistencia social (LGS, 1984, artículos 23 y 24).

En relación con derecho a la protección de la salud, es necesario destacar que la relación entre los médicos, sus pacientes y la sociedad ha sufrido cambios significativos. Mientras el médico debe actuar siempre según su conciencia y el interés del enfermo, debe también hacer esfuerzos para garantizar la autonomía del paciente y la justicia. En ese sentido, la Declaración sobre los Derechos del Paciente (Asociación Médica Mundial, 1981, 1995), propone que los médicos deben tomar medidas para asegurar esos derechos, aun cuando le sean negados a los enfermos por leyes, acciones de gobierno o la administración de las instituciones. Para ello, establece como principios los siguientes:

- Asistencia médica de buena calidad.
- Libre elección del médico.
- Autodeterminación.
- Información.
- Confidencialidad.
- Educación de la salud.
- Respeto a la dignidad.
- Asistencia religiosa.

Según Sgreccia, el paciente es el agente principal, responsable de salvaguardar su propia vida y promover su salud; el médico es el profesional que colabora con el agente principal para ayudarlo a prevenir la enfermedad, a curarla, rehabilitarle sus capacidades o asistir al moribundo (Sgreccia, 1996).

Sin embargo, aun cuando los derechos humanos se plantean como imprescindibles, inalienables, irrenunciables y universales, las condiciones políticas, sociales y culturales son las que les otorgan factibilidad en tiempo y espacio específicos, es decir, son históricos y situacionales (Bidart, 1993). Lo mismo sucede con los problemas de salud, aunque agregando a esos factores la idiosincrasia del individuo y los aspectos demográficos y epidemiológicos. Esta situación, como señala Madrazo, dificulta la intención de lograr un plano de igualdad para todos los seres humanos (Madrazo, 1993).

La relación entre derechos humanos y salud suele tener tres situaciones de conflicto: primero, las políticas y programas pueden limitar ciertos derechos individuales ante el bien común; segundo, los problemas de responsabilidad profesional o institucional por impericia y negligencia constituyen una amenaza al derecho a la protección de la salud, y tercero, en la definición de las bases para el acceso a los servicios, los derechos humanos pueden ser afectados en los principios de igualdad y equidad (Frenk, Knaul, 1995).

Por lo anterior, es necesario referirnos al principio de justicia y a su incorporación en el diseño y práctica de arreglos sociales que faciliten el ejercicio de los derechos humanos en el ámbito de la salud. Para ello, debemos admitir que la salud no es un derecho a lo máximo ni a lo mínimo, sino a lo posible de acuerdo con el desarrollo de la sociedad, por razones de justicia distributiva (Hervada, Zumaquero, 1978). La expresión de justicia sanitaria siempre se entiende en el sentido de justicia distributiva, o mejor, como bienestar colectivo. Pero el concepto de justicia presenta dos ámbitos: el deontológico o de los principios, y el teleológico o de las consecuencias de los actos. En el primero, “justicia” se refiere a la adecuación de un acto con su modelo; en el segundo, “justicia” es conseguir el máximo beneficio al mínimo costo, traducido como eficiencia. De tal manera que la justicia distributiva debe regirse por la mejor relación de costo-efectividad (Gracia, 1990).

Por otra parte, en el Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000, se señala como propósito general “transformar el sistema actual para modernizarlo, y hacerlo más eficiente, a fin de que, entre otros aspectos, esté en condiciones de hacer frente a los retos epidemiológicos y demográficos del país”, y en esta forma garantizar mejor el derecho a la protección de la salud (PRSS, 1996; De la Fuente, 1994).

Con la reforma del sector se buscó reordenar las funciones de cada uno de los organismos que en él se desempeñan: así, la Secretaría de Salud se concentra en su papel rector y normativo del sector; las instituciones de seguridad social, al introducir cambios como la libre elección del médico por parte del usuario, fortalecen el principio de autonomía del paciente, además de aumentar su cobertura a los grupos sociales urbanos y rurales tanto de la economía formal como informal; reducir las contribuciones para la afiliación, aumentando la disponibilidad vía fondos estatales; separar las funciones de financiamiento y recaudación de la prestación de servicios de salud, y hacer posible la reversión de cuotas, lo que implica

una mayor participación del sector privado, sin detrimento de la misión distributiva del Estado. Por su parte, las instituciones para población abierta son encomendadas a los niveles estatales y municipales de gobierno, a través de la descentralización de programas, recursos y decisiones que, junto con el mecanismo de asignación de recursos financieros bajo el principio de equidad (asignación *per capita* ajustada a la tasa de mortalidad infantil y al índice de marginación), les permitan elevar la eficiencia y enfocar sus esfuerzos al combate de la pobreza en el medio rural.

En este contexto de la reforma sanitaria, en 1996 se creó la CONAMED como un órgano desconcentrado que tiene como misión “contribuir a tutelar el derecho a la protección a la salud y a mejorar la calidad de los servicios médicos, a través de la resolución de conflictos entre los usuarios y prestadores” (Decreto, 1996). Con ese propósito, goza de plena autonomía técnica para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades o negativas en la prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones técnicas, convenios y acuerdos, laudos y dictámenes. Su actuación se sustenta en los principios de imparcialidad, equidad y buena fe.

En el Decreto de Creación de la CONAMED se establecen como principales atribuciones a las siguientes (Decreto, 1996):

- Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos.
- Intervenir a través de la mediación y conciliación en la resolución de conflictos derivados de la prestación.
- Fungir como árbitro y pronunciar los laudos.
- Elaborar los dictámenes o peritajes médicos.
- Emitir opiniones técnicas.
- Intervenir de oficio en cualquier cuestión de interés general.
- Asesorar a los gobiernos estatales para la constitución de instituciones análogas a la CONAMED.

La CONAMED ofrece a la población diversas alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos, tales como información y asesoría, mediación, conciliación y arbitraje. Todos estos procesos pretenden contribuir a la mejoría de la calidad de la atención médica y tienen la característica común de ser gratuitos, ágiles, expeditos y confidenciales, contando cada uno de ellos con términos predeterminados, a fin de poder garantizar a las partes la pronta respuesta a sus reclamos.

Durante el periodo de junio de 1996 a junio de 2000 (CONAMED, 2000), se recibieron 18,274 asuntos, de los cuales 45% (8,263) fueron atendidos a través de la información y asesoría, en 46% (8,464) se admitió la queja y se canalizaron para conciliación, y el 8% (1,547) correspondieron a solicitudes de dictamen médico-pericial.

Los 8,263 asuntos resueltos mediante información o asesoría, se refirieron a inconformidades del paciente o de sus familiares por el trato recibido del médico o personal de salud, falta de oportunidad en la entrega de medicamentos o en la realización de análisis de laboratorio y estudios de gabinete, tardanza o diferimiento de la atención médica o quirúrgica, o a obstáculos en algún trámite administrativo de los servicios. Estos tipos de inconformidad rara vez implican faltas médicas de consideración en agravio de los pacientes y, por lo tanto, su solución se logró con la simple aclaración del caso, o por la gestión de atención médica vía telefónica ante el prestador del servicio.

Respecto a la conciliación, se integra el expediente de queja y se analiza de manera puntual la documentación aportada por los quejosos, a la que se adiciona toda aquella información y pruebas que sean presentadas por los prestadores de servicios, con el propósito de contar con los elementos suficientes para valorar el cumplimiento de las obligaciones del profesional o de la institución. En cada caso se elabora una valoración integral que sirve tanto para conducir con equidad el proceso de conciliación, como sobre todo para establecer, en los casos que existen deficiencias, en qué consisten éstas, a qué se deben y cómo pueden ser evitadas. Se convoca a las audiencias de conciliación al quejoso y al prestador de servicios que haya sido señalado, ya sea una institución a través de su representante legal, o directamente el profesional, cuando éste presta servicios en forma privada; siempre ante la presencia de personal de la CONAMED. Se propone el arreglo y se expresan los puntos de vista de las partes para encontrar un acuerdo justo, de conformidad con el análisis de los hechos. Si se llega a la conciliación de la controversia en su aspecto civil, se firma el convenio correspondiente con la consiguiente solución del conflicto; adicionalmente, cuando se detecta la probable comisión de un delito se da aviso a la representación social correspondiente.

Los compromisos pactados en los acuerdos de conciliación se refieren, en 62%, a una valoración médica, atenciones médicas subsecuentes y/o explicación técnica del padecimiento; en 27% se pactó el reembolso o indemnización por daños y prejuicios, cuando se comprobó que éstos eran

evitables, y en 11% sólo hubo compromisos administrativos como cambio de médico o de unidad médica, o investigación de posible responsabilidad administrativa.

Para llevar a cabo el juicio arbitral, en primer lugar se formaliza la voluntad de las partes de acatar el laudo que resulte, lo cual queda establecido en el compromiso arbitral; después se desahoga el procedimiento jurídico correspondiente, con el análisis médico, jurídico y ético del asunto, que dé sustento técnico y jurídico al laudo que se emita, y el documento tiene el carácter de cosa juzgada. Durante esta etapa, las partes también pueden optar por la conciliación del conflicto.

Adicionalmente, la CONAMED ha emitido 120 opiniones técnicas, pronunciamientos que están encaminados a tutelar el derecho a la protección de la salud. Sus recomendaciones han generado una serie de acciones por parte de las instituciones del sector, tales como las siguientes:

- La Secretaría de Salud emitió las Normas Oficiales Mexicanas sobre expediente clínico y el manejo integral de la obesidad, y se recomendó la relativa al manejo y control de gases medicinales.
- En un hospital público se mejoró la infraestructura y la plantilla de personal del servicio de pediatría.
- Establecimientos de seguridad social implementaron programas de capacitación sobre legislación sanitaria, y sobre la prevención, tratamiento y control de enfermedades prioritarias.
- Clínicas privadas de control de peso fueron sancionadas y clausuradas por realizar procedimientos médicos no autorizados.
- En unidades médicas de seguridad social se mejoraron las pautas para la atención del parto y puerperio, asimismo se dio mayor énfasis a la información verbal y escrita sobre el cuidado del recién nacido en el momento del egreso.
- Se han aplicado sanciones administrativas, civiles o penales a médicos que incurrieron en mala práctica, tanto en instituciones públicas como privadas.

Pero es conveniente destacar, que pocos casos han significado la violación de los derechos del paciente, como por ejemplo la negativa de atención médica, el abandono de paciente, la retención indebida de paciente o cadáver, la falta u obtención inadecuada del consentimiento bajo información, o de mala práctica médica como la negligencia y la impericia.

La relevancia de una instancia conciliadora como la CONAMED, radica en que sus juicios se apegan siempre a los conceptos de calidad y bioética aceptados universalmente en el marco legal vigente, que establecen que el servicio médico debe otorgarse siempre con la pretensión de proteger íntegramente al paciente y proporcionarle los mayores beneficios posibles, pero considerando también que cada caso está sujeto a muy diversos factores que afectan los resultados de la atención.

Los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje que lleva a cabo la CONAMED, constituyen una alternativa extrajudicial para garantizar el derecho a la protección de la salud, y por tanto son una vía válida para la resolución de conflictos, con claras ventajas sobre los juicios ordinarios, como la evaluación de expertos en la materia, la garantía de imparcialidad, la rapidez en la conclusión y el bajo costo económico.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Médica Mundial, OMS, “Declaración sobre los derechos del paciente”, www.vcl.servicom.es
- BIDART, G., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- CONAMED, “Informe estadístico”, junio de 1996 a junio de 2000, México, 2000.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917.
- DE LA FUENTE, J. R., *Salud y seguridad social: retos y propuestas*, México, Fundación Mexicana Cambio XXI, Luis Donaldo Colosio, 1994.
- “Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico”, México, CONAMED, 1996.
- FRENK, J. y KNAUL, F., “Los derechos humanos como base doctrinaria para las políticas de salud”, *Economía y salud*, México, INSP-SSA, 1995.
- HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J., *Textos internacionales de derechos humanos*, Universidad de Navarra, España, 1978.
- LGS, Ley General de Salud, México, 1984.
- MADRAZO, J., *Derechos humanos, el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- MOCTEZUMA, G., *Los derechos humanos y la Ley General de Salud*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.

- OEA, *Convención americana de derechos humanos*, 1969.
- OMS, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, 1946
- ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948.
- ONU, *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, 1966.
- ONU, *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 1966.
- PRSS, *Programa de Reforma del Sector Salud*, 1995-2000, México, 1996.
- SGRECCIA, E., *Manual de bioética*, México, Universidad Anáhuac, Diana, 1996.