

El derecho a la salud en época de pandemia. Disyuntiva entre la libertad y la protección obligada

*David Chacón Hernández**

El derecho a la salud, constitucionalmente establecido, consiste en que el Estado, a través de sus instituciones sanitarias, preste los servicios de atención (preventivos y terapéuticos) necesarios para tutelar hasta donde sea lo más humana e institucionalmente posible. Tal y como lo dice la Ley General en la materia, la salud es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, definición que coincide con la establecida en el documento constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS).¹ Tan amplia es su perspectiva que, sin duda, cualquier definición queda corta para todo aquello que el ser humano debe aspirar para un óptimo estado físico y mental, así como los medios para tutelarla. En esa ruta, los servicios de cuidado de la salud no se constriñen solamente a la revisión periódica, a la prescripción de medicamentos o a la intervención quirúrgica; incluyen lo estableci-

* Doctor en Derecho por la UNAM, Profesor-Investigador en el Departamento de Derecho de la UAM-A., miembro del Área de Investigación en Derechos Humanos y Alternatividad Jurídico Social.

¹ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

do en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consistente en que los Estados que lo han adoptado tomen medidas para reducir la mortalidad, el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente y la prevención y tratamiento de diversas enfermedades; de hecho, todas las que puedan surgir.

Para cumplir con tales obligaciones adquiridas, hay que invertir mucho en la infraestructura sanitaria, más de lo que se ha hecho hasta ahora. Por tal razón, con relación a nuestro país, todos sabemos que existe una queja, casi unánime, respecto de la baja calidad de los servicios. Lo que sabemos de la causa es que las gestiones gubernamentales que han tenido a su cargo administrar los sistemas de salud, en especial el de carácter público, no solo no han mejorado como lo establece el criterio de progresividad en el lenguaje relacionado con los derechos humanos,² sino que ha perdido calidad con base en la cada vez menor inversión en la infraestructura de lo que se denomina el sistema salud, integrado según la ley por “las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la pro-

² Véase a Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, 1987.

tección de la salud”. Según datos estadísticos, en México se invierte 2.5% del PIB, cuando los países más avanzados en este rubro invierten alrededor del 6%. Si bien, el presupuesto que se aplica aumenta en términos nominales, esto no es así en cuanto al gasto per cápita, pues la población ha aumentado y no lo ha hecho en el mismo porcentaje el dinero invertido.³ No obstante lo dicho, todo gasto para mejorar algún servicio público no solo tiene que ver con aumentarlo, sino con su utilización más eficiente. El insuficiente gasto aplicado puede no ser la única causa de que el sistema de salud sea de bajo nivel, sino el dispendio que se haya hecho de él.

Las obligaciones en materia de salud no solo son constitucionales, como lo dispone el artículo cuarto, sino que están también las estipuladas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Allí, en su artículo 12, se menciona el derecho “de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Las medidas que los Estados firmantes y ratificantes deben adoptar son para asegurar: “c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades **epidémicas**, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

³ Véase Judith S. Méndez Méndez, “La contracción del gasto per cápita en salud: 2010–2020”, CIEP. <https://ciep.mx/la-contraccion-del-gasto-per-capita-en-salud-2010-2020/#:~:text=Durante%20los%20últimos%20diez%20años,%2C%20al%20menos%2C%20el%20doble>.

Sin bien, con estas disposiciones sería bastante para que los Estados y toda su estructura burocrática especializada en materia de salud garantizaran los servicios correspondientes, también es cierto que deben darse mayores y más puntuales obligaciones para cumplir con este cometido. Pero el problema central de los derechos sociales, como el de la salud, estriba en la falta de recursos que, a menudo, los gobiernos ponen como pretexto. Tal vez sea cierto, pero también lo es que, como en México, no se han hecho los suficientes esfuerzos para mejorar todos aquellos servicios que son necesarios para lograr un grado importante de cumplimiento. Para muestra, México es una de las economías más grandes, pero lejos estamos de la inversión en salud que hacen los países que se encuentran en este grupo.⁴

A menudo los gobernantes asumen actitudes como si el cumplimiento de las obligaciones sanitarias fuera de un solo momento, pero las necesidades sociales nos dicen lo contrario. Se trata de obligaciones permanentes y progresivas que requieren un continuo seguimiento, pues las instalaciones hospitalarias y clínicas, así como su equipamiento, tienen relativa caducidad. Me refiero al hecho de que los edificios deben remodelarse y el equipamiento debe renovarse cíclicamente; al mismo tiempo, según aumente la población, también debe aumentar el personal que hace posible que los ser-

⁴ Véase OCDE, "Gasto en salud". <https://www.oecd.org/centrodemexico/estadisticas/gastoensalud.htm>

vicios se lleven a cabo en todas las áreas. En definitiva, los derechos prestacionales, como la salud, requieren permanentemente un mejoramiento como condición del cumplimiento de la obligación adquirida; digamos que son obligaciones de tracto sucesivo y la mejor manera de cumplir con ello es la permanente, constante, efectiva y más amplia inversión.

II

En estos momentos, la pandemia nos ha llevado a pensar en el derecho a la salud de una manera distinta. En ella, se cruzan obligaciones de los Estados a preservar la salud pública, no solo en la medida de dar servicios, sino de imponer restricciones a la población a otros derechos como el libre tránsito o el derecho de asociación, con el objetivo de evitar contagios que se traducen en daños a la salud de las personas. En “términos normales”, el derecho a recibir los servicios de salud no debe contraponerse con otros. A pesar de esto, en situaciones tan especiales como las que hoy vivimos, somos testigos de lo que significa preservar la vida de muchos seres humanos, razón por la que los gobiernos, aconsejados por las autoridades sanitarias, han recomendado limitar los derechos mencionados para preservar la salud. Algunos lo han hecho con exhortos, otros con medidas coactivas.

Toda esta situación nos pone en confrontación, especialmente cuando hay una disyuntiva entre privilegiar la vida y la integridad física y, en su caso, priorizar la economía, lo que

no es poca cosa, puesto que en muchos casos se trata de conservar el sustento. Se está demostrando que las empresas, grandes, medianas o pequeñas, han presionado para no ser cerradas y mantener su nivel de productividad. Pero, sin duda, eso ha puesto en riesgo la salud de muchas personas como de hecho ha producido también muchos decesos.

La situación es inédita, al menos en tiempos recientes. Se ha podido ver que ningún país estaba ampliamente preparado para enfrentar un confinamiento total, aunque para ello decreciera la economía. Evidentemente fue afectada, pero muchas decisiones tomadas para evitar una mayor caída han pasado por sacrificar contagios, muchos de ellos con resultados trágicos. Aun así, todo indica que, mientras el monto de decesos sea una cifra “menor”, al menos en términos de su porcentaje de letalidad, los gobiernos, conjuntamente con las clases empresariales, han opuesto resistencia a paralizar la economía por mayor tiempo.⁵

Si el caso fuera centrar toda la atención en la preservación de la salud y no de la economía, ¿el Estado —en cualquier nivel de su estructura— debe restringir derechos, individuales y con ello salvaguardar derechos de la colectividad? El problema no es menor ni fácil de resolver. Prácticamente nos en-

⁵ Al momento de escribir estas líneas el porcentaje mundial de letalidad estaba en 2.16%. El número de contagiados marcaba 185,353.604 millones, mientras que los decesos sumaban 4,008.566. Véase: covidvisualizer.com

frentamos a una hipótesis conforme a la cual se pueden llegar a suspender garantías y derechos. Incluso, ¿pueden unos derechos humanos ser suspendidos para salvaguardar otros?

De entrada, se puede oponer un argumento según el cual entre los derechos de este tipo no hay jerarquías. Si lo tomamos como cierto, entonces, no parece viable suspender unos derechos por salvaguardar otros. Conforme a las teorías clásicas, sí es posible sacrificar unos derechos para rescatar otros, en el caso de los bienes de mayor valor o nivel. Es algo semejante a lo que en el derecho penal se denomina el estado de necesidad, conforme al cual se permite sacrificar un bien jurídico para salvaguardar otros. En esta teoría, hay dos formas: salvar un bien propio independientemente de la jerarquía o valor y el que se refiere solo a exculpar cuando se sacrifica un bien jurídico menor.⁶

Para el caso de la controversia entre permitir el libre tránsito o restringirlo en situación de pandemia, no habría tanta dificultad en justificar a una autoridad que debe tomar la decisión si consideramos que entre estos derechos hay superioridad. Pero el problema no está resuelto, puesto que las normas, ya sean constitucionales o convencionales, no establecen cuál norma es superior y cuál inferior. Para establecer, más que jerarquías, la prioridad de los derechos en una situación determinada, especialmente si hay contradicción en la

⁶ Vocablo “Estado de Necesidad”, *Gran diccionario jurídico de los grandes juristas*, T. II, Editores Libros Técnicos, Javier Canales Méndez (Comp.).

aplicación, hay que remitirse a cuestiones de ponderación que, como Alexy dice, son operaciones de valoración o de proporcionalidad en el grado de satisfacción o afectación.⁷ Considero que para tomar decisiones entre aplicar un derecho y sacrificar otro hay que utilizar lo que llamo *la ponderación cuantitativa*, entendiendo por ella la medición estadística de cuántas personas pueden ser beneficiadas o perjudicadas, es decir, cuántas personas dejan de movilizarse y a cuántas personas se les previene un contagio, y hasta a cuántas se les impide poner en riesgo su vida.

Mas si se concluye que entre mi facultad de desplazarme y el derecho a la salud de otro puede establecerse una condición de empate, entonces, antes de tomar la decisión y llevar a cabo la afectación o el beneficio, es necesario concurrir en lo que se puede denominar la *ponderación cualitativa*, que no es más que la consideración del valor otorgado a cada derecho que incluye la prontitud con que se pueden reestablecer el goce de ambos derechos y el nivel de satisfacción de un derecho y otro. Me refiero al caso hipotético de que entre dos atribuciones iguales y sin jerarquía, entonces, se debe optar por el mayor número de bienes tutelados y posiblemente afectados. Pero si un posible contagio no es todavía un bien afectado, sino puesto en riesgo, entonces, la ponderación deberá

⁷ Véase Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 551.

tomar ambas situaciones. Por lo tanto, la libertad de tránsito se restringe de modo generalizado y habría que sopesar si eso implica a unos cuantos, a muchos o a todos. Lo mismo ocurre en cuanto a las personas en contagio consumado y a las que se han puesto en peligro.

En este caso, la posibilidad de restringir algunos derechos tiene que ver con que las disposiciones de no transitar no se aplican a todos en el mismo momento, especialmente si se considera que no se puede evitar salir a comprar insumos indispensables para alimentarse o curarse. En este caso, sabemos que la libertad de tránsito no se elimina, sino que solo se limita al evitar andar por cualquier lugar y a cualquier hora, para lo cual fue el cierre de establecimientos de actividades no esenciales. En cambio, el peligro de contagio y los contagios de Covid 19 se pueden producir en cualquier lugar y a cualquier hora, aunque aumenta el riesgo en reuniones masivas. Ante esta situación, el hecho de que una persona se contagie independientemente del lugar genera un efecto multiplicador cuantitativamente calculado, lo que aumenta el riesgo social de daño a la salud y la probable pérdida de vidas.

Si al menos se supiera con solo ver a una persona quién está contagiado y quién no, entonces, habría mucha certeza en implementar restricciones solo a quienes están afectados con el virus, permitiendo que, quienes no lo tengan, puedan circular libremente. Pero en este caso, el coronavirus no es un agente que se pueda captar con la vista, y ya se sabe que, en

muchos casos, los síntomas son muy leves o que se puede ser asintomático. Por lo tanto, ante esa imposibilidad, la restricción debe ser generalizada o cuando menos sectorizada, pero no puede decretarse solamente para quienes posean el virus de manera activa, puesto que muchos no están identificados.

Para resolver la disyuntiva, el cálculo cuántico de puesta en peligro debe ser tomado como total, esto es, que abarque a toda la población independientemente de donde se encuentra una persona debido a que alguien que ha sido contagiado no tiene síntomas inmediatos y el periodo que tarda en manifestarse la enfermedad puede haber ya generado una cantidad de contagios con efecto multiplicador. Por ende, mientras que la restricción a la libertad de tránsito no ha sido aplicada en forma total y que es posible hacerlo por razones de cuando menos estricta necesidad, el peligro a la salud sí abarca a toda la población mientras haya personas en circulación con posibilidad de acercamiento.

Otra posición que ayuda al debate en torno a la probable limitación del goce de los derechos humanos en función del salvamento de otros es la de la prioridad. Si bien, hemos consignado que no hay jerarquías, sí se puede hablar de prioridades. Entre esos argumentos ubico el establecido por Garzón Valdés según el cual entre los derechos humanos hay un grupo de ellos que se puede considerar de primer orden –le llama “el coto vedado”– y que en todo momento debe ser sal-

vaguardado: “Los derechos incluidos en el ‘coto vedado’ son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también ‘necesidades básicas’ en su doble versión de naturales o derivadas”.⁸ En este caso, no se puede dudar de que el derecho a la salud y lo que de él se deriva son necesidades de primer orden, puesto que están vinculados muy estrechamente a la vida y a la integridad física y mental de cualquier persona, lo que por lógica deben formar parte esencial de un plan de vida. En cambio, el derecho a desplazarse implica la opción de libre desplazamiento y puede ser algo esencial, pero que se restringe por diversas circunstancias, principalmente para protección misma de los que desean transitar. Un ejemplo es la suspensión de garantías por disturbios o en caso de guerra. En cambio, la salud es un bien al que hay que darle atención en cualquier circunstancia, aun en las más complicadas.

Un aspecto más que considero que hay que tomar en cuenta para restringir el goce de algunos derechos humanos, como el de la libertad de desplazamiento, consiste en tener la certeza de que será recuperado una vez que terminen las causas de la excepción. Por su parte, en el caso de un conta-

⁸ Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Revista Doxa*, No. 6, 1989, pp. 209-212. C:\proyectos\bimicesa\portal\DOXA\cua derno6\Doxa6_12.wpd

gio, se consuma el daño a la salud, lo que no es una suspensión, especialmente si alguien ha muerto o le quedan secuelas prolongadas. En estos casos, ya no hay una recuperación del derecho a la salud como en la suspensión del goce de derechos que sí se reestablecen, lo que nos hace concluir que a la autoridad pública le compete decidir si debe restringir el goce de derechos humanos, que bien pueden resarcirse, por el hecho de salvaguardar otros que pueden ser de daño prolongado y hasta definitivo.

III

Debe quedar manifiesto que prestar servicios de salud en el objetivo de salvaguardar la vida y la integridad de las personas es una obligación de gran envergadura e, incluso, bien puede decirse que es superior a otras, o cuando menos debe ser prioritaria por la gran cantidad de personas que pueden resultar afectadas con daños definitivos. Por ello, entre las obligaciones relacionadas con la prestación de servicios de salud, debemos contar con el suministro de medicamentos y, para el caso de COVID 19, debemos entender que los Estados adquieren por consecuencia la obligación de promover la producción de vacunas y de proporcionarlas a toda la población para prevenir contagios con este nuevo virus. Esto parece que hasta ahora se ha hecho. Si bien, la mayoría de los gobiernos dependen de las labores científicas desplegadas en los países más desarrollados, el cumplimiento de los deberes de procurar la salud se traduce en comprometer la adquisición

de todas las dosis de vacunas que se necesiten para aplicar en cada población.

De todo esto nos surge otro cuestionamiento y es el respectivo a que si solamente los gobiernos están obligados a prevenir y combatir los riesgos sanitarios o también lo tienen las empresas productoras de medicamentos. En este sentido, al obtener la fórmula de una vacuna, las farmacéuticas, como entes privados, pareciera que no tienen obligaciones derivadas de derechos humanos por no ser sujetos de derecho público. Empero, independientemente de que no sean tomados como sujetos obligados jurídicamente, hay obligaciones morales y entre ellas debemos apuntar las que contribuyen a que todas las personas en el mundo queden a salvo de una enfermedad contagiosa. La sola producción de la vacuna no es una obligación suficiente. Debe entenderse que hay **deberes humanos** de producirla y venderla al menor costo posible, y aplicarla universalmente.

Debemos comprender que, como entidades privadas, están motivadas por un fin de lucro, pero el problema aquí es que ante la magnitud de una enfermedad como la que nos aqueja, se debe limitar ese afán y que deben actuar, más que por el interés patrimonial, por solidaridad. Hasta ahora las ganancias por la venta de las vacunas son asombrosas,⁹ lo

⁹ Vid, "Pandemia impulsó las ganancias de farmacéuticas y del sector de la salud este año", *El Universo*, 27 de diciembre de 2020. www.eluniverso.com/noticias/2020/12/23/nota/8720509/pandemia-impulso-ganancias-farma

que permite exigir un interés más sensible de rescatar a la humanidad, dicho esto sin exageraciones.

Esta pandemia nos hace reflexionar sobre las obligaciones en relación con la vacuna; se conjuntan las obligaciones morales entre los Estados y las empresas en el sentido de hacer llegar a toda población la vacuna, incluso de forma gratuita, como hasta ahora se ha venido haciendo. Las farmacéuticas deben bajar sus costos al máximo para hacerlas asequibles a la compra por los Estados y que puedan ser suministradas a toda la población. No es momento de aprovecharse de la necesidad humana. Esta emergencia sanitaria seguramente permitirá generar un nuevo enfoque en la discusión ante los organismos internacionales respecto de la posibilidad de otorgar responsabilidad a las empresas —especialmente transnacionales— como sujetos de comisión de violación de derechos humanos, en la medida que pueden acumular tanto poder que son capaces de imponer políticas públicas en su favor. En esta tesitura, considero que la fijación de los precios de la vacuna de forma desproporcionada en relación con los costos de producción que limite la capacidad de los Estados a adquirirla es un acto de lesa humanidad. En el mismo sentido, negarse a venderla a ciertos gobiernos, sea cual fuere el motivo, incluso por intereses políticos, de modo que a la población no le llegue la vacuna, es también una violación de la misma magnitud.

ceuticas-sector-salud-este-ano

Alegatos Coyuntural, núm. 17/18, enero-junio/julio-diciembre 2021

IV

Otra problemática que nos puede llegar a plantear en un plazo cercano la contingencia sanitaria radica en la resistencia de algunos para oponerse a que la vacuna se les aplique. De allí surge la pregunta: ¿es obligatorio vacunarse?

De momento pareciere que, en todos los países, todas las personas esperamos con impaciencia a que se nos suministre la vacuna. Solo que, ante algunas opiniones contrarias, nos damos cuenta de que no es así. Hay personas, en realidad bastantes, que desconfían de la vacuna. Las razones que plantean son muchas, como la posibilidad de generar reacciones adversas. Algunas de ellas son válidas y pueden estar sustentadas en probabilidades y en experiencias reales, pero también hay otras que parecen más un pretexto surgido de dichos falsos que se propagan fácilmente en la era de las redes sociales.

Entre las versiones que buscan generar un miedo infundado a las vacunas he escuchado que aún no es eficaz y que no protege, que produce infertilidad y esto es algo planeado para controlar el crecimiento poblacional, que genera otras enfermedades como cáncer, descalcificación de huesos o atrofia de músculos, o que modifica del ADN. Se podría considerar que es parte del fenómeno de la infodemia, o fenómeno de propagación de noticias falsas, algo que ningún gobierno puede controlar. Por ello, aunque levemente, se discute el

posible rechazo de la vacuna por razones de creencia religiosa. Recordemos algunas posiciones confesionales que no permiten las transfusiones de sangre o las intervenciones quirúrgicas, dejando la salud de un enfermo “en manos de Dios”. Pero volviendo al cuestionamiento, ¿será jurídicamente razonable, sin lesionar derechos, obligar a toda la población a vacunarse aun en contra de sus convicciones? Debemos saber que el hecho de no vacunarse puede mantener latentes riesgos de contagios, ahora que sabemos que sí hay casos de personas que ya han sido víctimas del Covid 19 y vuelven a contagiarse.

Obligar a vacunarse a una persona puede parecer muy extremo. Sin duda, habrá quienes apelen al derecho de su integridad física y moral para no ser forzados. No obstante, si se considera que la salud es de interés general y que al no vacunarse mantiene el riesgo de propagación, es viable pensar en la aplicación forzada. Esta situación es hoy solo una hipótesis, pero en el corto tiempo sabremos si surge verdaderamente la controversia al respecto. Hasta ahora no ha sido necesaria la suspensión de garantías, y la colisión de derechos es solo un supuesto, ojalá no tengamos que llegar a eso.