

# EL RESPONSABLE ES EL ESTADO

SOFÍA CHARVEL,  
FERNANDA COBO

26

En los últimos años el Estado mexicano ha faltado a su palabra de proteger y garantizar el derecho fundamental a la salud. Sus omisiones no deben ser ignoradas.

LETRAS LIBRES  
NOVIEMBRE 2021

El retroceso en la protección al derecho a la salud que se observa en la actualidad tiene un claro responsable: el Estado. La situación es tal que en los últimos tres años la ciudadanía se ha visto en la necesidad de litigar para defender su derecho a la salud frente al Estado y así obtener medicamentos, vacunas y atención médica.

El actuar del Estado se debe analizar a partir de las acciones u omisiones que ha cometido para garantizar los derechos fundamentales y sus obligaciones aparejadas. Dichas obligaciones están determinadas en el artículo primero constitucional, el cual establece que:

[...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Si es el propio Estado el que en lugar de *promover, respetar, proteger y garantizar* los derechos humanos los violenta y genera daños a la ciudadanía, entonces estamos frente a una situación que implica que los entes públicos federales, así como los servidores públicos,<sup>1</sup> que

1 “El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la

participaron en la generación de un daño a los bienes y derechos de los gobernados tendrán que responder por ellos.<sup>2</sup> De acuerdo con la Constitución, el Estado es responsable directa y objetivamente de estos daños por su “actuar administrativo-irregular”.<sup>3</sup> La persona no tiene que soportar los daños patrimoniales causados por la actividad irregular del Estado ni demostrar la ilicitud o dolo para establecer la responsabilidad, solamente la irregularidad de la actuación a partir de la relación causa y efecto entre la conducta u omisión antijurídica y el daño. Sin embargo, quien genera el perjuicio puede ser liberado de la responsabilidad si prueba que se debió a una causa de fuerza mayor o que fue culpa de otro.<sup>4</sup>

Si analizamos las acciones y omisiones por parte del Estado frente al derecho a la protección de la salud y su deficiente garantía progresiva, nos percatamos de que el desempeño de la actual administración ha sido errático, como lo demuestran los datos recabados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición (Ensanut) y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), así como por el aumento en juicios de amparo frente a la violación generalizada del derecho a la salud.

Tres son las áreas en las que el Estado, por improvisación, falta de pericia en la materia y debilitamiento del sistema público de sanidad, ha puesto en riesgo la salud de los mexicanos: la modificación del sistema de abasto y distribución de medicamentos e insumos, la desaparición del Seguro Popular y la creación del Instituto de Salud para el Bienestar (Insabi) y la respuesta frente a la covid-19. Estas acciones han generado múltiples afectaciones al derecho a la salud de la ciudadanía y a su patrimonio por el aumento del gasto de bolsillo para cubrir aquellos medicamentos y servicios que el Estado ha dejado de brindar.

## IMPROVISACIÓN Y DESABASTO

El 29 de noviembre de 2019, la Comisión Coordinadora para la Negociación de Precios de Medicamentos e Insumos para la Salud, organismo que durante los sexenios de Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto fue el encargado de negociar con las farmacéuticas y

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave [...]”, Art. 31 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

2 *Ibidem*, Art. 1.

3 *Idem*.

4 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: P./J. 42/2008, Registro digital: 169424, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVII, junio de 2008, p. 722. Jurisprudencia en materia constitucional y Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, Arts. 21 y 22.



Fotografía: Juan Pablo Ampudia

distribuidoras los precios de los insumos y medicamentos para todo el país, fue disuelta por mandato del presidente Andrés Manuel López Obrador bajo el argumento de evitar la corrupción.<sup>5</sup> La modificación en el mecanismo de compra consolidada y distribución de medicamentos e insumos, ahora en manos de la Oficialía Mayor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS), tuvo como consecuencia el desabasto de medicamentos, sin importar si son oncológicos para menores de edad, antirretrovirales para personas con VIH o medicamentos no especializados.

Según datos del *Informe al ejecutivo federal y al Congreso de la Unión sobre la situación financiera y los riesgos del Instituto Mexicano del Seguro Social 2020-2021* se observa que de 2019 a 2020 hubo una disminución en el porcentaje de recetas atendidas, pues de 98.2% que se surtieron en 2019 el año siguiente solo se surtieron 94.1%. El IMSS explica que esto se debió a la conversión de hospitales para atender exclusivamente

covid-19 y a la baja afluencia de derechohabientes.<sup>6</sup> Sin embargo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en su *Informe de actividades 2020* indica que entre los cinco principales hechos por los que se presentaron quejas relacionadas con la covid-19 se encuentran no proporcionar medicamentos y no proporcionar atención médica.<sup>7</sup> Es más, el propio tercer informe presidencial reconoce que el porcentaje de surtimiento completo de recetas en 2020 fue de 62.86, menos del 69.97 de 2018.<sup>8</sup> Ciertamente la pandemia pudo haber influido en algunos de estos efectos adversos, pero los retrasos en las compras reportados por la SHCP y la UNOPS nos hacen ver que la falta de atención y la escasez de otros insumos ya existían desde antes de la pandemia.

El actual peregrinaje estatal para obtener medicamentos entre la Oficialía Mayor de la SHCP, el Insabi, la UNOPS, la Secretaría de la Función Pública, así como

6 IMSS, *Informe al ejecutivo federal y al Congreso de la Unión sobre la situación financiera y los riesgos del Instituto Mexicano del Seguro Social 2020-2021*, 2021, p. 331.

7 CNDH, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 diciembre de 2020*, 2020.

8 Presidencia de la República, *Tercer Informe de Gobierno 2020-2021*, 2021, p. 165.

5 IMSS, Comunicado de prensa 087/2020, 19 de febrero de 2020.

las compras directas en el extranjero gestionadas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, no brinda claridad ni garantía de un sistema de abasto y distribución continuo y completo porque a la fecha no se cuenta con el porcentaje de claves de medicamentos compradas que el IMSS tenía en 2018.<sup>9</sup> Lo único cierto son la escasez, las afectaciones en la salud, las muertes prematuras y la total indiferencia por parte de las autoridades, quienes aseguran que las demandas de los padres de los menores con cáncer para obtener medicamentos oncológicos han sido exageradas y que ya se resolvió el problema.<sup>10</sup>

No existe fundamento legal o causa jurídica justificada para legitimar el daño a la salud que se les está generando a quienes viven con distintos tipos de enfermedades y que no han logrado tener en tiempo y forma los tratamientos que necesitan para mantener su salud. Los afectados han tenido que ampararse para recibir la atención que por ley deberían recibir.<sup>11</sup> Las autoridades justifican los cambios en los mecanismos de compra como parte de la lucha contra la corrupción, pero se trata de una actividad administrativa irregular causada por la falta de planeación. Si bien la pandemia podría ser vista como un caso de fuerza mayor que permitiera al Estado deslindarse de sus responsabilidades, los antecedentes en la compra y distribución de medicamentos e insumos revelan que el desabasto podría haberse evitado al ser independiente de la pandemia.

### ¿UN SISTEMA DE SALUD NÓRDICO?

Sin conocimiento, planeación, ni estudios de factibilidad, la actual administración se empeñó en desaparecer el Seguro Popular y crear el Insabi, con el cual se pretendía materializar la promesa de campaña de López Obrador de brindar acceso y atención a la salud de manera universal y gratuita para todos aquellos que no estuvieran afiliados a alguna institución de seguridad social. A primera vista sonaba como un avance en el goce efectivo del derecho a la salud, pero las fallas en su ejecución generaron más problemas de los que pretendía resolver. El Seguro Popular se creó en 2003 para fortalecer la capacidad de gestión en salud de las entidades federativas, mejorar la infraestructura hospitalaria y adecuar las condiciones financieras para poder cubrir la mayor parte de intervenciones, enfermedades y tratamientos a lo largo del tiempo. Con su extinción se ponía fin a un sistema de financiamiento gradual para descentralizar la atención de la salud. Si bien era un esquema mejorable, el diseño normativo del Insabi aprobado por el Congreso de la Unión en

noviembre de 2019 es contradictorio, incompleto y no contiene aspectos centrales para su viabilidad, como la evaluación o seguimiento de los fondos, ni a nivel de la Ley General de Salud ni a nivel reglamentario. Las omisiones de la reforma no fueron menores al no prever los recursos necesarios para sostener el tercer nivel de atención y al no determinar cómo se lograría el financiamiento del sistema de atención y medicamentos gratuitos hasta lograr la prometida cobertura universal gratuita, similar a la del sistema sanitario de Dinamarca según los dichos del presidente, ni cómo se cumplirían los objetivos de calidad de la atención o de transparencia en el gasto público. Encima, la Ensanut reportaba que el Seguro Popular tenía una cobertura poblacional de 37.4% en 2018,<sup>12</sup> mientras que el Inegi reporta para 2020 que la cobertura del Insabi es del 35.5%, lo que significa un retroceso.<sup>13</sup>

Por si fuera poco, para enfrentar la pandemia se utilizaron de manera discrecional y sin rendición de cuentas los recursos del Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos (FPGC), un fideicomiso público que financiaba la atención de tercer nivel del Seguro Popular. A su vez el FPGC se ha transformado en el Fondo de Salud para el Bienestar (Fonsabi) y su objetivo<sup>14</sup> ahora ya no es utilizarlo solamente para enfermedades catastróficas sino también para infraestructura y para abasto generalizado de medicamentos en caso de necesidad. La iniciativa de Ley de Ingresos para el Ejercicio Fiscal 2022 lo faculta para que en el primer trimestre de 2022 envíe a la Tesorería de la Federación (Tesofe) el remanente de su fondo, salvo que la SHCP autorice que permanezca en el Fonsabi para el cumplimiento de sus objetivos. En caso de ser autorizado su depósito en la Tesofe, los recursos no serían para la atención de tercer nivel ni para el abasto y distribución de insumos para las personas sin seguridad social, sino para la adquisición de vacunas y gastos para covid-19 y el fortalecimiento de programas y acciones de salud.<sup>15</sup> Además el aumento que se prevé en el rubro de salud en el Presupuesto de Egresos de la Federación<sup>16</sup>

12 Instituto Nacional de Salud Pública, *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2018-19. Resultados nacionales*, 2020, p. 51.

13 Inegi, *Salud y seguridad social. Derechohabiencia*, 2020.

14 Con base en lo establecido por el artículo 77 bis 29 de la Ley General de Salud, el Fonsabi es el fideicomiso público que tiene como fin destinar los recursos que integran su patrimonio a: I. La atención de enfermedades que provocan gastos catastróficos; II. La atención de necesidades de infraestructura preferentemente en las entidades federativas con mayor marginación social, y III. Complementar los recursos destinados al abasto y distribución de medicamentos y demás insumos, así como del acceso a exámenes clínicos, asociados a personas sin seguridad social.

15 Transitorio décimo cuarto, *Iniciativa de Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2022*, 2021.

16 SHCP, *Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022*, 2021.

9 IMSS, Comunicado de prensa 374/2021, 26 de agosto de 2021.

10 IMSS, Comunicado de prensa 179/2021, 1 de mayo de 2021.

11 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 227/2020*, 2020.

no provendría de un incremento en los ingresos del Estado, sino del desvío lícito de fondos que estaban comprometidos para atender las necesidades de ciertos grupos poblacionales como los niños con cáncer, entre otros.

Otro actuar irregular, violatorio de los derechos de las y los menores de cinco años, fue la desaparición del Seguro Médico Siglo XXI, diseñado para que recibieran medicina preventiva, atención primaria, de alta especialidad, así como protección a enfermedades raras y entrega de medicamentos. En su *Primer informe de actividades* el Insabi señaló que este programa limitaba el objetivo de brindar servicios de salud integrales para toda la población al restringir el rango de edad de sus beneficiarios, razón por la cual se incorporó el programa E023 “Atención a la Salud” para asegurar la cobertura total y universal en los servicios de salud.<sup>17</sup> La retroactividad de esta medida afectará a más de cuatro millones de menores y también el principio constitucional de interés superior de la niñez.

Por esta reestructuración del sistema de salud, el Estado debe rendirles cuentas a quienes se les ha negado la atención médica, gratuita y de calidad, a aquellos que se les ha cobrado por servicios cuya gratuidad estaba establecida y a quienes eran beneficiarios del Seguro Popular y que dejaron de ser atendidos por el Insabi. Muy lejana luce la posibilidad de contar con un sistema sanitario universal, gratuito, robusto y efectivo.

### LA PANDEMIA, PUNTA DEL ICEBERG

Si lo anterior por sí mismo no fuera un reto extraordinariamente complejo, la crisis de la covid-19 agravó el panorama. Hoy nos queda claro que la precariedad del sistema público de salud, por un lado, viene arrastrándose desde el pasado, principalmente por la falta de inversión y la corrupción; y, por el otro, que es resultado de las malas decisiones que tomó el gobierno ante la emergencia por no aprovechar la estructura institucional establecida en el orden jurídico mexicano. Esto ocasionó el exceso de medio millón de muertes prematuras por covid-19 y otras enfermedades por carencia de servicios médicos y hospitalarios.<sup>18</sup>

Tan solo en la protección del individuo, el Estado cometió varias omisiones, como la prevención del contagio, el acceso a la atención médica de calidad, la protección laboral, la disponibilidad de las vacunas contra la covid-19 y el acceso a servicios médicos por otras causas distintas a la covid-19. La primera omisión

grave por parte de la Secretaría de Salud fue no alertar a la ciudadanía a tiempo sobre la pandemia y no convocar a una reunión del Consejo de Salubridad General oportunamente, lo que provocó el retraso de los Acuerdos Ejecutivos que habrían permitido la compra de equipo de protección personal para los trabajadores de la salud.

El retraso en la acción, la falta de claridad en las indicaciones sobre el uso del cubrebocas y las confusiones respecto a los colores del semáforo epidemiológico generaron una franca desarticulación en la respuesta frente a la covid-19. No se logró una coordinación federal y esto provocó que muchas acciones a nivel estatal o municipal atentaran incluso contra los derechos fundamentales como el derecho al libre tránsito. A manera de ejemplo, en Hermosillo al aplicar el “Quédate en casa” de forma obligatoria se permitía circular en auto por seis motivos y en casos de incumplimiento se multaba a las personas; asimismo se prohibió la movilidad peatonal realizada en grupos de personas.

La estrategia seguida por el gobierno para garantizar la reapertura de las actividades económicas fue la aplicación de las vacunas contra la covid-19. Las prioridades de vacunación se fijaron con el objetivo de disminuir las manifestaciones graves de covid-19 y su aplicación se organizó de acuerdo al factor de riesgo y actividad ocupacional, pero esto generó problemas. En un primer momento no se consideró vacunar a los trabajadores del sector privado de salud y hasta después de varios litigios lograron ser vacunados; los menores de edad tampoco fueron contemplados en los planes de vacunación iniciales, ni siquiera aquellos con enfermedades que los hacían más vulnerables, muchos consiguieron la vacuna mediante amparos. El 29 de septiembre el gobierno modificó la política de vacunación para incluir a los adolescentes de doce a diecisiete años con enfermedades de alto riesgo.

No hay duda de la responsabilidad estatal en la catástrofe actual. ¿Cómo recomponemos un sector salud que en los últimos tres años ha sufrido la desaparición de instituciones y de mecanismos funcionales, y cuyas autoridades siguen decidiendo sin planeación estratégica? Las demandas contra la autoridad seguirán en aumento. El Estado no puede olvidar que es su obligación proteger la salud de sus ciudadanos. Su omisión está ocasionando estragos y pérdidas irreparables. —

17 Insabi, *Primer informe anual de actividades*, 2020, p. 71.

18 Svetlana V. Doubova, Hannah H. Leslie, Margaret E. Kruk, Ricardo Pérez-Cuevas y Catherine Arseneault, “Disruption in essential health services in Mexico during covid-19: an interrupted time series analysis of health information system data”, *BMJ Global Health*, 1 de septiembre de 2021.

**SOFÍA CHARVEL** es profesora titular del Departamento Académico de Derecho del ITAM y directora del programa de Derecho y Salud Pública.

**FERNANDA COBO** es profesora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana y coordinadora de la Clínica de Derecho y Salud Pública de la misma institución.