

DESCENTRALIZACIÓN Y PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

José Francisco Gutiérrez Dávila
México

¿Cree usted que, en el mundo de hoy, hay un lugar para la filosofía?

Por supuesto, pero sólo si ésta se basa en el estado actual de los conocimientos y logros científicos ... Los filósofos no pueden aislarse de la ciencia. Ésta no sólo ha ampliado y transformado nuestra visión de la vida y del universo enormemente, sino que también ha revolucionado las reglas con las que opera el intelecto.

Claude Lévi-Strauss (Entrevista 1988)ⁱ

Hace más de cinco décadas, el sociólogo estadounidense, Thomas Marshall, desarrolló en el ensayo *Citizenship and Social Class* una teoría sobre los derechos fundamentales en la que por vez primera se reconoce la orientación tridimensional de los derechos humanos derivada de un estatus jurídico, la ciudadanía. Este doctrinario distingue tres clases: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales, concebidos todos como derecho no de la persona o de la personalidad, sino del ciudadano o de la ciudadanía. La ciudadanía, apunta Marshall, es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. La ciudadanía otorga los derechos y los deberes sobre los que se funda la igualdad de todos los que la poseenⁱⁱ.

Este planteamiento integra la definición clásica doctrinal de los derechos humanos adoptada a finales del siglo XVIII por la escuela iusnaturalista, agregando uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho que es el derecho subjetivo público vinculado con la ciudadanía. A todo ser humano que pertenece jurídicamente a un ente social denominado Estado, se le tiene por reconocido una serie de prerrogativas, derechos, deberes y obligaciones como ciudadano, en contraprestación el Estado tiene la obligación de satisfacer las expectativas positivas o negativas vinculadas con la prestación de servicios o la prohibición de actos que vulneren los derechos subjetivos públicosⁱⁱⁱ.

En este orden de ideas, resulta conveniente considerar lo que Ferrajoli establece en la obra *Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil*, al definir como derechos fundamentales a todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Por derecho subjetivo se entiende cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por estatus, la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas^{iv}.

En la actualidad, los derechos humanos no encuentran un límite en la soberanía del Estado. Si bien es cierto que la mayoría de los países los reconocen en su norma fundamental y establecen garantías constitucionales que tutelan su ejercicio y resguardo; también lo es que se reconoce el carácter supranacional de gran parte de los derechos fundamentales, tal es el caso del derecho a la salud.

En el ámbito internacional, la doctrina ha reconocido la existencia de dos tipos de derechos sustanciales: los asociados o conexos y los autónomos. Los primeros, son aquellos que protegen a grupos socialmente vulnerables o de género, mientras que los segundos, son prerrogativas, facultades o protecciones sociales, enfocadas al individuo por su condición humana.

La Organización Mundial de la Salud, desde su constitución en 1946, concibió a la salud como un estado de completo bienestar físico y mental, en un contexto ecológico y social propicio para su sustento y desarrollo Y no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades. Asimismo, estableció que los principios básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos en el contexto de la salud, son entre otros:

- 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, y
- La salud es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

A partir de estos postulados se construyó un sistema de protección de los derechos humanos encaminado a conseguir mejores condiciones de desarrollo social que aseguren el bienestar no sólo del ciudadano sino de la persona, a través de la transformación del Estado Liberal a un Estado de Bienestar, respetando en todo momento los derechos sustanciales del ser humano, en el contexto de un Estado de Derecho Democrático^V.

Asimismo, los principios básicos mencionados, fomentaron la implementación de políticas públicas encaminadas a la integración social de las comunidades económicas a través del mejoramiento de las condiciones de vida, del contexto ecológico y del avance científico.

En este sentido, el derecho a la protección a la salud se encuentra previsto en diversos instrumentos jurídicos de derecho internacional, ya que en ellos se reconoce, que toda persona tiene derecho a gozar de un nivel de vida adecuado. Para lograrlo es necesario que se le asegure, entre otras cosas, la salud pública, la asistencia médica, así como los servicios sociales necesarios.

En el contexto nacional, nuestro sistema jurídico reconoce en el artículo 133 de la Constitución el principio de supremacía de leyes. Ésta implica la preeminencia de los preceptos constitucionales sobre el resto del ordenamiento jurídico.

La jerarquía normativa de tratados y leyes federales, ha sido interpretada por el Poder Judicial de la Federación en dos formas diversas. La primera, ubicaba a

ambos instrumentos jurídicos en un mismo nivel jerárquico, por lo tanto el tratado internacional no podía ser un criterio para determinar la constitucionalidad de una ley^{vi}.

La tesis antes descrita fue abandonada por un posterior criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Novena Época, mismo que establece que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales, aún cuando prevalece su inferioridad respecto al texto fundamental. En la tesis se sostiene que los tratados internacionales comprometen al Estado en su conjunto; además, al no existir una limitación competencial para la firma de tratados, es dable argumentar su prevalencia sobre las leyes federales que son aprobadas por una parte del Estado y tienen una limitación competencial constitucional^{vii}.

En este contexto, existen declaraciones internacionales que a pesar de no estar ratificadas por los estados, su normatividad ha sido aceptada en el ámbito supranacional, un ejemplo de ello es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento no ratificado por el Senado de nuestro país y, por tanto, se puede argumentar que carecen de fuerza vinculatoria.

Sin embargo, existen instrumentos internacionales ratificados por México, que tutelan los derechos fundamentales, en específico el derecho a la salud, tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales^{viii}, la Convención Sobre los Derechos del Niño^x, la Declaración Americana de los Derechos Humanos^x, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José^{xi} y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.

El Protocolo en comento fue adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el marco del decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. México lo asumió como norma suprema de la Unión el 16 de diciembre de 1996^{xii}. Entre sus disposiciones, encontramos que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; por lo que con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados parte se comprometieron a reconocer la salud como un bien público y a adoptar medidas tendientes a garantizar este derecho.

A la par de la evolución supranacional de los derechos humanos, nuestro sistema jurídico reconoció en 1983 el derecho a la protección de la salud como derecho social al incluirlo en el artículo 4º de la Constitución. Cabe mencionar que la base constitucional es atípica porque exceptúa el principio general de distribución de competencias contenido en el artículo 124 de la Ley Fundamental, al derivar tal atribución a una ley reglamentaria.

En palabras de Guillermo Soberón: *“A partir de este gran hito de la evolución sanitaria en México, el Estado y sus funcionarios podrán ser conminados por el pueblo si no se esfuerzan suficientemente en darle efectividad progresiva al*

derecho a la protección de la salud.^{xiii} El entonces Secretario de Salubridad y Asistencia al dimensionar el reto fue asertivo al grado de que en el año de 1995 el Poder Judicial de la Federación hubo de resolver el primer Juicio de Amparo en materia de prestación de servicios de salud^{xiv}.

Doctrinariamente, esta reforma constitucional definía al derecho a la protección de la salud como un *“sistema de normas jurídicas de derecho social, que tiene por objeto regular los mecanismos para garantizar la protección de la salud como bien supremo del hombre, a través de la delimitación del campo de la actividad gubernamental, con la finalidad de que sirva como medio para obtener justicia social.*^{xv}

Un año más tarde se expide la ley reglamentaria, que después de debatir su ámbito de aplicación, adopta la naturaleza jurídica de ley general, al contener disposiciones de competencia de salubridad general: exclusiva de la federación, de carácter federalista y los mecanismos para la competencia concurrente.

Es así que esta ley reglamentaria define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, a través de un Sistema Nacional de Salud, coordinando la autoridad sanitaria a las instituciones de salud, seguridad social y privadas a efecto de proporcionar servicios a toda la población, con calidad y delimitar la concurrencia de la Federación y de las entidades federativas en materia de salubridad general.

El jurista que encabezó las reformas sanitarias de los ochenta y formó a los abogados de la salud, José Francisco Ruiz Massieu, opinaba que: *“Esta nueva ley de salud tiene como fin darle contenido real al derecho a la protección de la salud, consolidar la sectorización, empujar el carácter rector de la autoridad sanitaria.”*^{xvi} Con la visión que le caracterizó, su enfoque se anticipó a la realidad social, siendo lustros después - marzo de 2000 - que la discusión del contenido de la garantía constitucional tocó la esfera más elevada de la judicatura; correspondiendo al ahora Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mariano Azuela Güitrón, el establecimiento del criterio del Pleno, mediante el cual el derecho a la protección de la salud es considerado garantía individual^{xvii}.

Es así que la garantía calificada como social por la mayoría de los doctrinarios, a partir de los precedentes judiciales mencionados y marcadamente el criterio de la Corte, se revela como una garantía individual, que más allá de disquisiciones hermenéuticas, se distingue de la primera, por la connotación de exigibilidad. El argumento de que el derecho a la protección de la salud no era accionable, sostenido por más de una década, no soportó la interpretación de la norma constitucional por el órgano jurisdiccional, el cual ha reiterado el criterio de que se trata de una garantía individual.

Es cierto que el sentido de las resoluciones judiciales debe ser un factor primordial a considerar en la elaboración de normas jurídicas, ya que representan los valores, necesidades e intereses de la sociedad, por lo que de acuerdo con

nuestro sistema civilista, es conveniente que el legislador traduzca esos criterios en normas generales.

En este cambio de concepción deben ser tomados en cuenta tres aspectos: El objeto consistente en el bien jurídico a tutelar, que en este caso corresponderá a aquellas garantías que el constituyente permanente reconozca al gobernado en materia de salud, recayendo en ellos la titularidad; los obligados a cumplir con las garantías, serán: el Estado en todas sus expresiones y los individuos en corresponsabilidad, como lo establece el Programa Nacional de Salud 2001-2006: *“El futuro de la salud de nuestro pueblo depende en buena medida de la construcción de reglas, vehículos y espacios que propicien la responsabilidad explícita de los funcionarios y estimulen la participación ciudadana.”*^{xviii}

Es claro que el momento de que la sociedad y sus legisladores reformen la Carta Magna a efecto de reconceptualizar esta garantía ha llegado, de no ser así la “conminación popular” continuará por la vía de los tribunales hasta formar jurisprudencia; en ausencia de debates y reflexiones plurales.

En mayo del presente año, el Congreso de la Unión aprobó una iniciativa del Ejecutivo Federal que reformó la Ley General de Salud adicionando la Protección Social en Salud^{xix} como una materia de salubridad general, se estableció que todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social sin importar su condición social.

Es de reconocer que el legislador ha dado el primer paso hacia la materialización de un derecho a la protección de la salud efectivo al establecer, el contenido mínimo de esta garantía individual.

Sin embargo, con la finalidad de resolver la controversia derivada de la tesis de la confusión^{xx} entre los derechos y sus garantías constitucionales, de acuerdo con Ferrajoli, se considera necesario extender el principio garantista de jurisdiccionalidad a los derechos sociales y evitar así el criterio reduccionista del derecho a la protección de la salud a simples declaraciones retóricas o a vagas normas programáticas.

En este sentido se puede afirmar que constitucionalmente no existe inconveniente alguno para que en nuestra Norma Fundamental se establezcan cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos ramos generales de gasto social, haciendo posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación del Estado.

En este orden de ideas, es necesario precisar el sistema federalista de distribución de competencias en materia de salud. Como se apuntó, la base constitucional del Derecho a la Protección de la Salud es *sui generis* en la ingeniería constitucional^{xxi} de nuestro país.

La reforma constitucional de 1983, buscó dotar de un marco programático sólido para que la actividad gubernamental se encaminara a dar protección a la

salud de todos los mexicanos con el concurso de la sociedad y de los individuos beneficiarios.

Propuso revertir el proceso centralizador, por medio de otorgar a los individuos de los medios para conservar su salud, lo que condujo al Gobierno Federal a promover la adopción por las Entidades Federativas de responsabilidades en las jurisdicciones locales y municipales, bajo el esquema de lo que en la época se conociera como “el nuevo federalismo cooperativo” concebido a través de políticas de descentralización.

En este sentido, el federalismo se erigió como una forma superior de la descentralización política^{xxii} y que a través de sus diferentes modalidades, un sistema unitario puede acabar por transformarse en federal.

La idea de la federalización se apoyó en el principio de la solidaridad, entendiéndola como el quehacer común de las entidades federativas y la Federación, dirigido a logros comunes. Los distintos órdenes de gobierno, bajo un esquema de integración lograron suplir las deficiencias que presentaba el esquema de coordinación y cooperación de los servicios de salud de la República.

A este tipo de federalismo se le conoce como cooperativo, en el cual según Manuel González Oropeza^{xxiii} “se olvida la separación tajante entre la Federación y los estados, y se fusionan ambas esferas de competencia para legislar sobre la misma materia (...) provocando la coexistencia de leyes expedidas por el Congreso de la Unión con leyes aprobadas por las legislaturas de los estados, (...) creando una jerarquía distinta a la derivada de la regla contenida en el artículo 124 Constitucional, en donde hay separación de los ámbitos.”

En virtud de lo anterior, en nuestra Constitución se determinan en una misma línea de validez formal, disposiciones que sostienen un federalismo dual, con otros que sustentan al federalismo cooperativo, por lo que se presenta una disyuntiva en la concepción que se tiene del federalismo en el sistema jurídico mexicano, y en especial en lo que respecta al ámbito de la salud.

El federalismo dual surge por la necesidad de encontrar una fórmula de composición que garantizara la unidad y coherencia del ejercicio político en los términos que lo requiere un Estado y que respetara la previa existencia de entidades independientes a las que se les debía garantizar autonomía en las materias de su exclusiva competencia^{xxiv}.

Se sustenta en la idea de que la distribución de competencias entre dos órdenes de gobierno es posible y puede mantener su operación fundamental aun en contra del dinamismo de la realidad. Este federalismo consiste en un orden dual con disposiciones territoriales exclusivas para cada entidad y, a la vez, con disposiciones generales de alcance territorial integral, i.e. es el artículo décimo de la primer enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el cual señala que “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.”

Por lo tanto, la distribución de competencias entre el ámbito federal y el local consiste en una atribución precisa a cada uno de los órdenes o a uno solo de ellos, mientras que el otro queda semiacotado por una cláusula donde cabe todas las atribuciones no conferidas expresamente a la primera de las jurisdicciones, i.e. atribución precisa es facultad del Congreso Federal legislar sobre la salubridad general (Federación); cláusula excluyente las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados; por lo tanto en materias que no sean parte de la salubridad general, las legislaturas locales podrán expedir leyes al respecto (Local) como es el caso de la salubridad local.

En este sentido, la técnica del federalismo dual consiste, por el principio de legalidad y de la protección de las esferas privadas o de jurisdicción local, en que las atribuciones y potestades federales quedan constitucionalmente acotadas en la definición expresa de las facultades al Poder Legislativo Federal. Si los órganos centrales se exceden de su ámbito competencial, su acción puede ser impugnada procesalmente ante los órganos jurisdiccionales de control constitucional^{xxv}.

Se puede considerar que el federalismo dual es idealmente compatible con la técnica constitucional de los estados democráticos; al igual que ésta, persigue la definición de límites fijos al ejercicio del poder y su control mediato a través de procedimientos que garantizan el sometimiento de los órganos públicos a la legalidad^{xxvi}.

Por lo anterior, el federalismo dual ofrece como principal argumento a su favor el de la certeza jurídica, ya que sus criterios fijos de atribución de competencias hacen previsible para el gobernado la acción de los poderes constituidos. Por eso, en este sistema federalista, no debieran quedar restos de incertidumbre en el ejercicio concreto de los actos de autoridad.

No obstante, su carácter excesivamente rígido, impide la transferencia de competencias debido a la estricta delimitación de las mismas. Las tendencias expansivas de los poderes federales^{xxvii} ha vuelto insuficiente el sistema de límites estáticos. Los cambios en los factores reales de poder afectan la distribución formal del mismo, poniendo en duda la efectividad de los límites fijos, porque en la práctica, las barreras formales tienden a relativizarse.

Por otra parte, se ha caracterizado al sistema federal como un proceso y no como mecanismo estático de distribución de competencias al que generalmente protege como salvaguarda final una Constitución de tipo rígido. Esto debido a que en el desarrollo del federalismo se ha registrado un cierto movimiento dialéctico en el que se ajustan los flujos de poder entre los distintos órdenes de gobierno.

En este sentido, el federalismo cooperativo es entendido como un proceso permanente de distribución de facultades, reconociendo en todo momento que los balances específicos de competencias se alteran y se ajustan de acuerdo con las condiciones económicas y sociales de desarrollo. Se considera que el sistema

federal está en evolución continua y sus ajustes se verifican a través de la interpretación judicial e incluso en el proceso legislativo.

Considerar al federalismo como proceso facilita la comprensión de los ajustes políticos que invariablemente se producen en cualquier Estado, sin embargo, origina el problema de falta de certeza jurídica que producen los continuos ajustes de tipo competencial. No es suficiente con reconocer que los centros efectivos de decisión se mueven entre la Federación y las entidades federativas, es necesario dirimir cómo el Derecho puede definir un sentido estable a esa situación, de lo contrario se comprometería la legalidad de la función pública en nuestro Estado de Derecho.

Un factor importante a considerar en el federalismo es la concurrencia de facultades, ésta no se refiere al ejercicio simultáneo de competencias, sino a la ocupación emergente de una materia federal por parte de los integrantes de la Federación, debido a que los poderes centrales no la han ejercido.

En este contexto, la descentralización concebida como la decisión política de los gobernantes de entregar a los gobiernos regionales, locales y municipales, una serie de responsabilidades que van desde actos políticos hasta cuestiones presupuestales y de planificación^{xxviii}, se erige como eje fundamental para la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud y catalizador en la construcción democrática de políticas públicas.

Al respecto Rondinelli^{xxix} establece básicamente tres tipos de descentralización: la desconcentración, la delegación y la devolución. La desconcentración es la forma menos extensiva de las tres, en su forma extrema ésta implica únicamente el traspaso de la carga de trabajo del gobierno central a la periferia, sin ningún tipo de autoridad para la toma de decisiones en cuanto a la forma en que las nuevas funciones serán llevadas a cabo. La desconcentración también puede significar cierto grado de poder y flexibilidad en la toma de decisiones, pero solo en cuanto a los ajustes necesarios para la implementación de las directrices centrales a las condiciones locales, a pesar de ello, los empleados de las oficinas locales seguirán bajo el mando y designación directa de la autoridad central.

La delegación es vista como un punto intermedio en el fenómeno de descentralización, donde el poder de decisión y la autoridad administrativa son delegados para funciones específicas a organizaciones que se encuentran bajo el control indirecto del gobierno central.

La devolución implica la necesidad de desarrollar instituciones de gobiernos locales, en el sentido de que éstas sean percibidas por los ciudadanos de la localidad como organizaciones proveedoras de servicios que satisfagan sus necesidades, y como unidades de gobierno sobre las cuales pueden ejercer alguna influencia. Por lo que el gobierno local recupera la responsabilidad de algunas funciones, pero en la que el gobierno central mantiene un poder de supervisión y en donde puede jugar un papel financiero importante.

Rondinelli destaca que el gobierno del centro en el proceso de descentralización necesita ser tan fuerte como en una centralizada; por otra parte señala que para que el proceso de la descentralización tenga éxito es necesario un nivel mínimo de desarrollo económico con el fin de que los gobiernos locales puedan asumir las responsabilidades implícitas en un proceso descentralizador, tales como la promoción, prevención y protección de la salud.

Como en el caso de la descentralización en general, otro elemento asociado al proceso descentralizador en el ámbito de la salud es la mayor participación social y comunitaria, pues como señala Keijzer^{xxx} “En los últimos lustros el estado de bienestar ha llegado a su límite por lo que empiezan los recortes al gasto social y se redescubren el autocuidado y la participación, no como un derecho, sino como fórmulas para extender cobertura y bajar costos.”

Por lo que toca a la participación del individuo en salud, esta se considera en diferentes niveles: 1) Como individuos en relación con su propia salud, 2) Como comunidad que atiende la salud a través de servicios tipo “brigadas sanitarias” o campañas preventivas y, 3) Como comunidad política controlando el sistema de salud y a sus profesionales, y la asignación de presupuesto.^{xxxii}

Asimismo, la descentralización se ha definido como la transferencia de autoridad a organizaciones paraestatales, gobiernos locales y organizaciones no gubernamentales. Muchos gobiernos y agencias de países en desarrollo promueven esta estrategia como parte de las reformas administrativas que intentan mejorar la equidad y la eficiencia^{xxxiii}. Estas medidas se apoyan en la tesis de que la excesiva centralización incrementa los costos económicos y sociales.

La descentralización generalmente presenta dos ventajas, la primera es que incrementa la capacidad de respuesta de las administraciones públicas frente a las demandas sociales, y la segunda, es que la autoridad central, liberada de la operación de los servicios, puede concentrarse en tareas normativas, de supervisión y evaluación.

Para Shabbir y Rondinelli^{xxxiiii}, entre las razones específicas para descentralizar la función pública se encuentran las siguientes:

1. La descentralización permite superar las limitaciones de las decisiones centralizadas, pues se delega autoridad a funcionarios que se encuentran más cerca de los problemas y por tanto de las necesidades de regiones y grupos heterogéneos.
2. La descentralización puede disminuir la excesiva burocratización de los procedimientos, la cual es resultado parcial de la concentración del poder, la autoridad y los recursos en el gobierno central.
3. Al descentralizar funciones y transferir funcionarios gubernamentales centrales a las localidades, el conocimiento de los funcionarios y su sensibilidad a los problemas y necesidades de la población aumenta.
4. La descentralización permite que los planes centrales penetren con más facilidad en áreas remotas que tradicionalmente se descuidan.

5. La descentralización favorece la participación de grupos políticos y étnicos en las decisiones, lo cual puede traducirse en políticas públicas que asignen con equidad las inversiones y los recursos gubernamentales.
6. La descentralización puede incrementar la capacidad administrativa de los gobiernos centrales, locales y de las instituciones privadas en las regiones. Los funcionarios centrales de alto nivel, por ejemplo, delegan a los locales tareas rutinarias, lo cual permite que los primeros se concentren en la planeación y supervisión cuidadosa de los programas. En general, la descentralización genera procedimientos administrativos más flexibles, innovadores y creativos porque los gobiernos estatales o municipales tienen más oportunidades de implementar programas específicos para su región.
7. La descentralización favorece la coordinación entre las acciones de los ministerios o agencias centrales con los líderes locales y organizaciones no gubernamentales.

La descentralización puede significar, de manera pragmática, según Norman Furniss^{xxxiv}, la transferencia del control de empresas públicas de funcionarios gubernamentales a consejos relativamente autónomos; el desarrollo de insumos económicos regionales para los esfuerzos nacionales de planeación; la transferencia de funciones administrativas a niveles jerárquicos inferiores o a otros territorios; la creación de unidades legislativas de menor tamaño; la transferencia de responsabilidades a cuerpos legislativos subnacionales y también que más personas controlen una empresa productiva.

Del mismo modo, la descentralización de la administración pública puede definirse con grados de amplitud distintos. En algunos casos, la definición se concentra en la dimensión territorial y considera a la descentralización como la dispersión de unidades administrativas sobre el territorio o bien como la regionalización territorial de las acciones de una dependencia federal.

También se ha llegado a sostener que la descentralización incluye no solo la dispersión territorial y la regionalización de las acciones, sino la distribución de la autoridad sobre las decisiones y los recursos.

Enrique Cabrero y José Mejía Lira conceptualizan a la descentralización como un proceso que intenta revertir una tendencia de centralización y concentración del poder de decisión, así como de los recursos que permite el ejercicio de éste. Por lo tanto, todo proceso de descentralización pretendería, en principio, conformar una estructura oligopólica del poder donde es posible detectar núcleos de decisión periféricos con un considerable nivel de autonomía relativa con respecto al núcleo de decisión central. Aun cuando el núcleo de decisión central, en este caso el gobierno federal, tenga un peso específico mayor que los núcleos periféricos, gobiernos estatales y municipales, toda decisión tiene que resultar de un proceso donde participen conjuntamente los núcleos central y periféricos^{xxxv}.

El proceso descentralizador tiene importantes implicaciones en términos de los sistemas de dominación política, el acceso de los distintos grupos a los centros de toma de decisiones, y en el carácter y definición de políticas públicas^{xxxvi}.

Por lo anterior, se tiene una visión más dinámica del Derecho a la Protección de la Salud. Su concepción no se limita a la normatividad en materia sanitaria, sino que se toma en cuenta las acciones que se conjugan entre sí, creando nuevos espacios para la interacción de agentes políticos, económicos y sociales, lo cual confiere nuevas dimensiones al contenido normativo de este derecho sustancial y genera diversos instrumentos que permiten a la sociedad intervenir en la actividad sanitaria.

El cambio de la actitud humana se da sobre una base de colaboración y comprensión, más que con base en decisiones unilaterales que no siempre conducen a la aceptación de la norma y, por lo tanto, a su cumplimiento.^{xxxvii}

La participación ciudadana implica la posibilidad de que los gobernados discutan abiertamente los problemas y sus posibles soluciones, intentando replantear intereses y perspectivas en la búsqueda de intereses comunes y soluciones mutuamente aceptables.

La acción ciudadana, individual o colectiva, enriquece la acción pública, democratiza las decisiones, legitima la definición de prioridades y mejora la asignación de recursos. Un sistema moderno de salud debe crear mecanismos y espacios para hacer del usuario de los servicios un sujeto activo ante los procedimientos de la institución médica y un actor en la toma de decisiones. La democratización de la salud implica, entre otras cosas, estimular la participación de los ciudadanos en todos los niveles del sistema, desde asumir la responsabilidad por su propio estado de salud hasta influir en la toma de decisiones.

No cabe duda que hoy en día los espacios de convergencia entre el gobierno y la sociedad civil han aumentado, tal es el caso de las normas oficiales mexicanas; la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios; la Comisión Nacional de Arbitraje Médico; los comités estatales de los programas federales Comunidades Saludables y Cruzada Nacional por la Calidad en los Servicios de Salud; la figura de contralor médico en las Instituciones Especializadas en Salud; el Consejo de Salubridad General, y los terceros autorizados en materia de control sanitario de la publicidad y de insumos para la salud.

Otro aspecto relevante para la salud y los derechos humanos es la relación médico-paciente. Para proteger esta relación y dar solución adecuada a las controversias derivadas de la atención médica, en 1994 se ideó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, empezando a funcionar dos años más tarde, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir opiniones, acuerdos y laudos. En la República de treinta y dos entidades federativas, veintitrés cuentan ya con su comisión estatal, la cual atiende los casos de índole local, refiriendo a la CONAMED aquellos de competencia federal, o bien los que por su trascendencia o complejidad requieran de su intervención. La CONAMED acertadamente promovió la conformación de un organismo colegiado que reúne a las citadas comisiones de arbitraje médico, Consejo Mexicano de Arbitraje Médico.

En el campo científico los avances de la biotecnología y de la ingeniería genética, en un futuro nos permitirán conocer el origen de las enfermedades y de los males congénitos, así como determinar las propensiones de los individuos a las enfermedades multifactoriales. Podrán corregirse entonces defectos del nacimiento o males crónico-degenerativos, usualmente transmitidos en forma hereditaria.

La comunidad mundial en su inquietud, espera de sus gobiernos la regulación a estos avances biomédicos, provocando un fenómeno sociológico llamado por el jurista español Manuel Atienza *“juridificación de las ciencias de la salud, las cuales, con la interacción entre genética y derecho, requieren de concreciones y bases sólidas, mismas que pueden plasmarse en reglas de muy diverso orden: desde las constitucionales, hasta las deontológicas, las de buena praxis médico científica y sus protocolos”*.^{xxxviii} Dentro de la dinámica expuesta, en México los legisladores federales han estado trabajando en iniciativas sobre disposiciones específicas sobre el genoma humano y su consecuente aplicación médica y tecnológica.

El cambio de paradigma que conlleva la evolución científica, de acuerdo Claude Lévi-Strauss ha revolucionado las reglas con las que opera el intelecto y por consiguiente la ciencia jurídica. En este sentido, la función del juez ya no será la simple sujeción a la ley, sino también el análisis crítico del significado de los principios y valores contenidos en las normas constitucionales, interpretando las antinomias y satisfaciendo las lagunas existentes entre derechos y garantías establecidas en la ley fundamental.

La aceptación de nuestras condiciones culturales, económicas, científicas y tecnológicas, aunada al estudio y creatividad de los involucrados en la salud, posibilitarán continuar con el diseño normativo que la sociedad mexicana requiere, el cual debe responder a necesidades concretas y tangibles, produciéndose un derecho positivo coincidente con los valores de la población.

NOTAS

ⁱ Citado por Erick Hossbaum en Historia del Siglo XX, Crítica, Madrid 2000, p. 577.

ⁱⁱ Abrahamson, Peter, The Residual Poverty Oriented Welfare Model Under Change, The Case of the United Kingdom towards the 21st. Century, Universidad de Copenhage, Departamento de Sociología, Dinamarca, 1999, p.p. 63-66. El autor cita: T. H. Marshall defines citizenship in the following way: "Citizenship is a status bestowed on those who are full members of a community. All who possess the status are equal with respect to the rights and duties with which the status is endowed".

ⁱⁱⁱ Ver la crítica realizada por Luigi Ferrajoli, Derechos Fundamentales en Derechos y Garantías, La Ley del Más Débil, ed. Trotta, España, 2001, p.p. 55-58. Este autor sostiene que la tesis de Marshall, está en contradicción con todas las constituciones modernas que confieren los derechos civiles, políticos y sociales a las personas y no sólo a los ciudadanos. Sin embargo interpreta que el concepto de ciudadanía viene a ocupar el puesto de la igualdad como categoría básica de la teoría de la justicia y de la democracia, otorgando así una teoría doctrinal a las políticas de Bienestar (Welfare State)

^{iv} Ferrajoli, op. cit, p. 37.

^v Sobre la evolución del Estado liberal a un Estado de Derecho Democrático Constitucional, se recomienda ver la obra de Gustavo Zagrebelsky Del Estado de Derecho al Estado Constitucional en El Derecho Dúctil, Ed. Trotta, 4^a ed., Madrid, 2002, p.p. 21-45. Este autor, establece que el sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley, es decir es un estado eminentemente legislativo que se afirmaba así mismo a través del principio de legalidad. Mientras que el Estado Constitucional, no sólo obedece lo establecido a la letra de la ley, sino que interpreta los principios y valores del estado nación. Lo anterior al establecer que la novedad que contiene el Estado Constitucional es la posición de la ley; ésta por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estado más alto de derecho establecido por la Constitución. Afirma el autor, que esta innovación podría presentarse como una simple continuación de los principios del Estado de Derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa.

^{vi} Nóvena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Diciembre de 1992, Tesis P.C/92, p. 27, Rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA". Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green.

^{vii} Novena Epoca, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Noviembre de 1999, Tesis LXXVII, Rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

^{viii} Éste fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976. México firmó el tratado el 23 de marzo de 1981 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de ese mismo año. Se reconoce en el artículo 12, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

^{ix} Adoptada por México el 25 de enero de 1991, establece, en su artículo 24 el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

^x Ratificada por nuestro país en 1948, dispone en el artículo XI que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

^{xi} Se suscribió en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, fue signada por México el 3 de abril de 1982, aceptándose la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998.

^{xii} Al ratificar el documento, nuestro país señaló que lo hacía en el entendimiento de que el artículo 10 del aludido Protocolo se aplicará en la República Mexicana dentro de las modalidades y conforme a los procedimientos previstos en las disposiciones aplicables en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de sus leyes reglamentarias.

^{xiii} Soberón Acevedo, Guillermo, en Derecho Constitucional a la Protección de la Salud, 2ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 10.

^{xiv} Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Tomo II, Diciembre de 1995, VII. 2º. 37P, p.34. Rubro: "SALUD, DERECHO A LA. LA AUTORIDAD DEL RAMO NO PUEDE NEGARSE A PROPORCIONAR TRATAMIENTO A UN PROCESADO." Toda persona tiene derecho a la protección de su salud y acceso a los servicios correspondientes, por lo tanto si se negara el estado de Tlaxcala a proporcionar la atención médica a un procesado o niegue su traslado a un hospital especializado, es inconcuso que viola esa garantía individual consagrada en el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución General de la República. Magistrada Ponente Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.

^{xv} Moctezuma Barragán, Gonzalo, Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud, 2ª edición, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-UNAM, México, 2001, p. 17.

^{xvi} Ruiz Massieu, José Francisco, "Marco jurídico político", en Documentos de Apoyo Didáctico para la Capacitación, Secretaría de Salud, México, 1983, p. 12.

^{xvii} Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Tomo XI, marzo de 2000, P. XIX/2000, p.112. Rubro: "SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS." La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el artículo 4o., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus artículos 2o., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; que los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; que son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor

atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.

Amparo en revisión 2231/97. José Luis Castro Ramírez. 25 de octubre de 1999. Unanimidad de siete votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Mariano Azuela Güitrón; en su ausencia hizo suyo el proyecto Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

^{xviii} Programa Nacional de Salud 2001-2006, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre del 2001, p.9.

^{xix} La protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantizará el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de su utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud de la población.

^{xx} La tesis de la Confusión entre los derechos y sus garantías, consiste en negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas. Al respecto Han Kelsen apunta que más allá de su proclamación, aun cuando es de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho.

^{xxi} Sobre el concepto se recomienda ver la obra de Giovanni Sartori, Ingeniería Constitucional Comparada, Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, Fondo de Cultura Económica, México 1999, pp. 211-218.

^{xxii} Al respecto Jorge Carpizo, cita en su obra La Constitución Mexicana de 1917, a Jean Dabin, quien sostuvo la teoría del Estado Federal como una forma de descentralización. Para este autor el poder ésta descentralizado cuando se admite que grupos más o menos naturales que existen dentro del Estado poseen en propiedad determinados atributos del poder público, que ejercen por órganos que estos mismos grupos escogen, o sea, que el rasgo esencial de la descentralización es participación o colaboración dentro de una señalada esfera con el poder político del Estado. Pero la descentralización nace cuando ese grupo se eleva al nivel de órgano de derecho público y coopera con el Estado a la realización del bien público.

Asimismo, sostiene que lo descentralizado es el poder, a través de un principio común: el federal es ante todo un Estado descentralizado, y el derecho de participar en el gobierno federal no es más que el prolongamiento de la idea de descentralización, llevada al paroxismo, hasta el corazón del Estado Federal. Por lo que es lícito, para Dabin, hablar de descentralización política.

^{xxiii} González Oropeza, Manuel, El Federalismo, UNAM, México 1995, p. 16.

^{xxiv} Tal es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, Madison manifestó en el Federalista XXXIX que "(...) en el caso se que varias comunidades que se unen para finalidades especiales, se encuentra *la supremacía del funcionamiento del Estado* en parte depositada en la legislatura general y en parte en las legislaturas municipales (...) las autoridades locales o municipales forman porciones distintas e independientes de la supremacía y no están más sujetas, dentro de sus respectivas esferas, a la autoridad general, que la autoridad general está subordinada a ellas dentro de su esfera propia (sic) (...) el gobierno (...) deja a los Estados una soberanía residual e inviolable (...)"

^{xxv} La Ley de Amparo, reglamentaria de los artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite, entre otros motivos, por leyes o actos de autoridad federal, que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, o por leyes o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de la autoridad federal.

^{xxvi} Es necesario diferenciar el control constitucional del control de legitimidad, Diego Valadés afirma, en El Control del Poder que el problema es que *con relación a la legitimidad de los órganos de poder*, los sistemas constitucionales establecen instrumentos y procedimientos para el control de constitucionalidad, pero no para el control de legitimidad, sin embargo, apunta el autor, la Constitución mexicana previene en su artículo 97 una institución germinal de ese control de legitimidad, a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

^{xxvii} Tal es el caso del Estado de Bienestar en donde la Federación asume responsabilidades de interés social, las cuales competen a los gobiernos locales.

^{xxviii} Acosta Romero, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, Porrúa, México, 1995, p.469.

^{xxix} Rondinelli, Dennis A., Government Decentralization in Comparative Perspective: Theory and Practice in Developing Countries, International Review of Administrative Sciences, vol. XLVII. Núm. 2., E.U.A., 1981.

^{xxx} De Keijzer, Benno, Participación popular en salud, logros, retos y perspectivas, "Prácticas populares, ideología médica y participación social" U de G y Ciesas, Guadalajara, México, 1992.

^{xxxi} Gish, Oscar, The Political Economy of Primary Health Care and Health by the People, an Historical Exploration, Soc. Sci. & Med., vol. 13C, Pergamon Press, Gran Bretaña, 1979, pp. 203-211.

^{xxxii} Tal es el caso, en el ámbito de la salud, las agencias regulatorias en Argentina, Administración Nacional de Medicamentos y Alimentos (ANMAT); Brasil, Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA); Colombia, Instituto Nacional de Vigilancia de medicamentos y Alimentos (INVIMA); y en México la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS).

^{xxxiii} G. Shabbir Cheema y Rondinelli, Dennis A., Decentralization in Developing Countries, Beverly Hills-Sage, E.U.A., 1983, pp. 14-16.

^{xxxiv} Furniss, Norman, The practical significance of decentralization, "The Journal of Politics", Num.37, E.U.A. 1974, p. 973.

^{xxxv} Enrique Cabrero y José Mejía Lira, Marco teórico metodológico para el estudio de políticas descentralizadoras en México, CIDE, México, 1992, p.35.

^{xxxvi} Collins, Charles y Andrew Green, Decentralization and Primary Health Care: Some Negative Implications in Developing Countries, International Journal of Health Services, vol. 24, núm. 3, E.U.A., 1994, pp. 459-475.

^{xxxvii} Moctezuma Barragán, Gonzalo, "Perspectivas de la Legislación de la Salud", Los grandes problemas jurídicos. Recomendaciones y propuestas. Estudios jurídicos en Memoria de José Francisco Ruiz Massieu. Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, 1995, p. 219.

^{xxxviii} Moctezuma Barragán, Gonzalo, "El Genoma y los mexicanos" en Derecho y Cultura. El Genoma, vol. 5, México 2002, p.p. 11-17.