

# Legislación y equidad en salud

Mónica Bolis<sup>1</sup>

El objetivo del presente *tema de actualidad* es reflexionar sobre el impacto de la legislación en la reducción de desigualdades innecesarias, evitables e injustas en el ámbito de la salud. No tiene por objeto evaluar si un área normativa en particular conduce o no a la equidad, sino más bien presentar una base de sustento en cuanto a la contribución de la legislación, como instrumento normativo del Estado, al logro de condiciones más justas para el acceso y disfrute de los bienes y servicios de salud. La propuesta es compleja. El carácter de bien público de la salud y su relación con la supervivencia de las sociedades otorga a la legislación de salud uno de sus rasgos más importantes: la necesidad de conferir prioridad al bienestar general sobre cualquier otro interés. Con tal fin debe crear los medios para colocarla al alcance de todos, no solo en condiciones de igualdad, sino también en el marco de la justicia distributiva sustentada en la necesidad de impartir diferente tratamiento de acuerdo con cada situación. La legislación, como conjunto de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y demás instrumentos normativos, constituye el medio más importante por conducto del cual el derecho cumple sus fines o, mejor aun, se orienta al logro del bien común. En el caso de la legislación de salud en particular, el bien común se relaciona con la salvaguarda o preservación del ser humano en toda su magnitud y, como consecuencia, de la sociedad como un todo. El bien jurídico a proteger, como bien garantizado por el derecho, es la salud.

La capacidad de la legislación de contribuir al logro de la equidad puede revisarse desde distintas dimensiones: la definición del bien jurídico a proteger, la preocupación regulatoria en términos de la capacidad del sistema jurídico de corregir vacíos normativos, y la eficacia de la norma para cumplir sus fines.

## EL BIEN JURÍDICO A PROTEGER

El derecho tiene como fin la justicia entendida como un elemento constitutivo de la equidad y como aplicación de una serie de principios superiores íntimamente vinculados a lo ético. La búsqueda de la equidad se ve influida por las transformaciones en la percepción de la naturaleza del bien jurídico a proteger y su articulación en el marco de la justicia distributiva. La naturaleza del bien jurídico

**Palabras clave:** equidad en salud, legislación en salud.

<sup>1</sup> Programa de Políticas Públicas y Salud, Organización Panamericana de la Salud, Washington, D.C. 20037, EE. UU. Dirección postal: 525 Twenty-third St., N.W., Washington, D.C. 20037, Estados Unidos de América.

a proteger, se asocia, a su vez, al concepto de bien común como construcción u objetivo social; como tal, encuentra sustento en los fines que persigue la sociedad. Si bien las normas jurídicas deben evolucionar con el propósito de adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, en el caso de la salud, dicha evolución no puede perder de vista su carácter de bien público y su asociación con la justicia distributiva, ni la obligación del Estado de garantizarla y crear condiciones para hacerla efectiva.

La construcción del bien jurídico a proteger se sustenta en una serie de mandatos que constituyen la base del sistema normativo como un todo, tanto en relación con el derecho nacional como con el internacional. El principal referente de la salud en el derecho nacional se encuentra en preceptos constitucionales, en su carácter de normas supremas del Estado a las cuales deben ceñirse todas las demás. La mayoría de las Constituciones de los países de la Región reconocen explícita o implícitamente la salud como un derecho y, en algunos casos, lo elevan a la categoría de bien público bajo la tutela del Estado.<sup>2</sup> Como complemento de estas dos visiones surge la concepción de la salud como un derecho social que, para hacerse efectivo, requiere de la acción regulatoria del Estado como nivelador de actores con distinto grado de poder.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por su parte, sientan una ética mundial y crean para los Estados que los suscriben y ratifican la obligación de emitir legislación dirigida al cumplimiento de sus principios. Estos instrumentos internacionales de ámbito mundial<sup>3</sup> o regional<sup>4</sup> con-

tienen disposiciones que fundamentan la salud como un derecho con carácter general, o en consideración a las necesidades específicas de grupos más desprotegidos. Como tales, aportan un contenido importante en la construcción del bien jurídico asociado a ella.

En los últimos años un nuevo tipo de compromisos internacionales surgidos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y a los cuales los países también deben ajustar sus legislaciones, se encuentra ejerciendo influencia sobre la configuración del bien jurídico que es la salud con base en un nuevo sistema de intercambio comercial. Uno de los efectos más importantes de este sistema sobre la salud se hace notorio en el impacto del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos a los Medicamentos, al conferir a las patentes una vigencia de 20 años. Con el propósito de contener los costos en la producción de medicamentos y garantizar el acceso a ellos —sobre todo en relación con el VIH y el sida—, la República de Sudáfrica, Brasil y la India han emitido disposiciones que permiten su fabricación nacional o la importación de fármacos genéricos. Al mismo tiempo, una nueva gobernabilidad internacional sustentada en la acción de varias organizaciones no gubernamentales (ONG) llevó a los delegados de la Conferencia Ministerial de la OMC reunidos en Doha (Qatar) en noviembre de 2001, a reconocer que el TRIPS *puede y debe* ser interpretado de forma tal que permita a los miembros de la OMC “proteger la *salud pública y promover el acceso* a los medicamentos, y ejercer el derecho a determinar lo que constituye una emergencia nacional u otra circunstancia que justifique la concesión de las licencias obligatorias para la fabricación local de los mismos” (1).

## LA PREOCUPACIÓN REGULATORIA

La preocupación regulatoria se asocia a la resolución de vacíos regulatorios susceptibles de causar desajustes que interfieran con lo que debe entenderse como el bien común. El ámbito de la legislación de salud es sumamente amplio, al cubrir por su naturaleza todas las áreas de la actividad humana; su desarrollo se encuentra en constante evolución. Además de la preocupación por evitar la transmisión de enfermedades —área en la cual encontró su origen creando un marco para el ejercicio del poder de la policía estatal— o por el acceso a la

<sup>2</sup> Las Constituciones de los países de América Latina se refieren a la salud desde una variedad de aspectos que abarcan desde su reconocimiento explícito como un derecho y un deber del Estado, hasta el establecimiento de la naturaleza y estructura de los servicios de salud, su financiamiento, la participación del sector privado, las obligaciones en relación con la salud y la participación comunitaria, y la protección de los derechos del consumidor, entre otros. Con mayor o menor variación, estos cuerpos normativos contienen también disposiciones aplicables a la protección de la maternidad y la reducción de la mortalidad infantil, a la protección del ambiente de trabajo y de la salud del trabajador, al control del medio ambiente y de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos, y al control del ejercicio de las profesiones de salud. Las Constituciones de los países del Caribe de habla inglesa y de Suriname establecen la posibilidad de restringir algunos derechos y libertades por razones de salud pública. La Constitución de Belice declara en su preámbulo que la población considera que un sistema justo debe garantizar la educación y la salud sin discriminación. Las Constituciones de Canadá y Estados Unidos no hacen mención a la salud. OPS/OMS. Adaptado y actualizado de *Las condiciones de salud en las Américas*. Publicaciones Científicas Nos. 524 y 549, Volumen I, ediciones 1990 y 1994 y *La salud en las Américas*, Publicación Científica No. 569, Volumen I, edición 1998, Washington, D.C.

<sup>3</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1969), Declaración de Alma-Ata (1978), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), Convención de los Derechos del Niño (1989).

<sup>4</sup> Entre ellos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” (1969), Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (1988).

atención de salud, se ve confrontada con dilemas de inequidad asociados con factores determinantes de naturaleza científica y tecnológica, o imperativos de carácter económico. Los avances de la ciencia y la tecnología, por ejemplo, no solo pueden incrementar las brechas en el acceso a la atención de salud basadas en la correlación entre costo y capacidad adquisitiva o en las restricciones a la difusión de los resultados de las investigaciones, sino también colocar en situación de vulnerabilidad a determinados grupos en beneficio de otros, sobre todo en lo que se refiere a los múltiples riesgos de las investigaciones realizadas en seres humanos. Por lo tanto, a la vez que se formulan normas para incentivar y posibilitar el desarrollo tecnológico, se debe, asimismo, establecer garantías para evitar los mencionados desajustes. Los aspectos económicos, en particular los relacionados con la actividad comercial asociada a la salud, generan también inquietudes que la legislación debe contemplar, tanto en relación con la disminución de los riesgos asociados a la posible disminución de las garantías de calidad de bienes, productos y servicios, como con el condicionamiento del acceso a la prestación de atención de salud basado en las diferencias asociadas al poder adquisitivo de los individuos.

Un reciente estudio sobre la legislación de salud vigente en diferentes países con relación a ciertos temas permite notar una importante cobertura regulatoria en varias de las áreas asociadas con la eliminación de los riesgos en el acceso a los bienes, productos y servicios de salud (2): en lo referente a los medicamentos, las regulaciones se aplican en el ámbito de la rotulación, de las buenas prácticas de manufactura (calidad, controles y permisos de funcionamiento para establecimientos farmacéuticos), de la farmacovigilancia (con excepción de la obligación de notificar efectos adversos, que aún denota vacíos regulatorios) y de la promoción y publicidad; la calidad de los servicios hospitalarios y la práctica profesional también encuentran una importante cobertura regulatoria en cuanto a los requisitos para ejercer y a la presencia de entes dedicados a controlar la calidad de los servicios y de instancias para proteger a los pacientes; en el ámbito del medio ambiente, mediante la creación de marcos jurídicos para el control de la contaminación ambiental y el establecimiento de estándares específicos para la calidad del aire y el agua, notándose una relativa carencia de disposiciones en lo relativo a la eliminación de residuos peligrosos; y en los productos alimentarios, en torno a la existencia de entidades de control, inspección y buenas prácticas de manufactura (figura 1).

Donde el estudio denota vacíos regulatorios de importancia, con el correlativo incremento de las brechas en el acceso a la atención de salud, es en el

ámbito de los seguros privados de salud en términos de la existencia de un marco normativo, garantías de calidad y mecanismos de control por parte de los consumidores (figura 1). La situación se complica en los países donde no hay instituciones específicas para controlar la participación del sector privado, prevaleciendo el régimen general del seguro con la correlativa orientación hacia aspectos financieros y estatutarios de las aseguradoras en sí mismas, más que hacia el control de la calidad de las prestaciones o a la protección de los derechos de los pacientes.

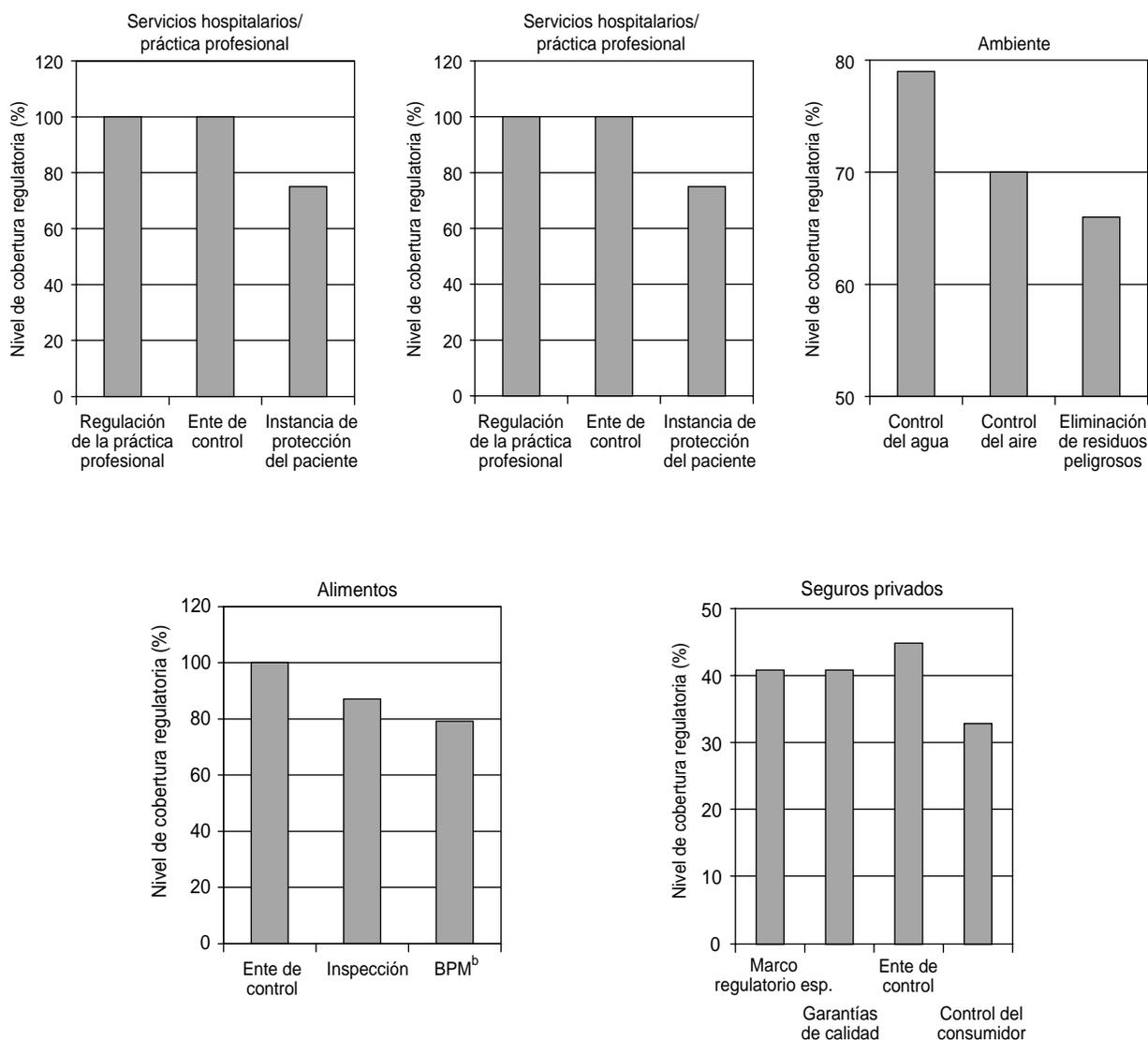
En este caso, la legislación debe definir mecanismos para corregir los desniveles o asimetrías entre oferentes y demandantes, propios de la competencia imperfecta del mercado, encauzando el comportamiento de los agentes privados, sobre todo en lo que respecta a proveer a los asegurados información suficiente en la cual puedan sustentar sus decisiones relativas a opciones de tratamientos, a la eliminación de la selección basada en los riesgos, y exigir que los contratos que formalizan la afiliación de los usuarios con una entidad y establecen los servicios a cubrir contengan por lo menos las especificaciones básicas. Se deben también crear entes específicos para la supervisión, auditoría y controloría técnica de las instancias de aseguramiento y prestación, y que permitan canalizar los intereses de los usuarios y ejercer sobre ellas la tutela estatal de manera permanente.

## LA EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA

Es necesario distinguir entre la capacidad de la legislación de contribuir al logro de la equidad en relación con los fines y propósitos que persigue la cobertura normativa que se haya logrado a través de la misma, y su capacidad para hacerlos efectivos; mejor dicho, de su capacidad para crear condiciones que permitan que sus principios sean conducentes a las políticas que los sustentan. Es aquí donde debe encontrarse la tercera variable de análisis, es decir, la que guarda relación con la creación, también en el marco del derecho, de los medios que permitan actuar en favor del cumplimiento de las normas, toda vez que estas sean desatendidas. Esta visión, que constituye otra medida de la equidad, se traduce en la necesidad de contar con mecanismos que permitan a los individuos reclamar sus derechos más eficazmente, a la vez que implica una transformación en la función judicial y el fortalecimiento de las nuevas instancias para la resolución del litigio.

A partir de la mitad de 1980, se produce una suerte de modernización de los mecanismos de reclamación de los derechos garantizados constitucio-

**FIGURA 1. Cobertura regulatoria en áreas asociadas a la eliminación del riesgo<sup>a</sup>**



**Fuente:** Referencia 2.

<sup>a</sup> Países incluidos en el estudio: Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tabago, Uruguay y Venezuela.

<sup>b</sup> Buenas prácticas de manufactura.

nalmente. Además de las figuras como la acción de amparo e instancias como el Ministerio Público y la Corte de Constitucionalidad, adquieren rango constitucional otras distintas, como la protección de los derechos difusos o colectivos —por medio de la cual cualquier persona puede reclamar ante las autoridades la transgresión de un derecho relativo al medio ambiente, la salud o al patrimonio colectivo<sup>5</sup>—, el

Defensor del Pueblo/Procurador de Derechos Humanos —que con mayor o menor grado de variación tiene por función defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, a la vez que observar la calidad de los servicios<sup>6</sup>—, y la protección de los derechos de los consumidores.<sup>7</sup> Finalmente, también la acción de

<sup>5</sup> Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Venezuela.

<sup>6</sup> Constituciones de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela.

<sup>7</sup> Constituciones de Argentina, Colombia, Costa Rica (reforma de 1996) y Ecuador.

tutela adquiere rango constitucional como otro mecanismo para reclamar la protección de los derechos garantizados constitucionalmente.<sup>8</sup>

Como medio para hacer más eficiente el ejercicio de los derechos asociados a la salud, ha surgido inquietud en cuanto a la modernización de la función judicial y la creación de nuevos mecanismos para la resolución del conflicto. La primera tiene que ver con la necesidad de capacitar a los jueces para la resolución de causas asociadas a la salud, sobre todo en términos de acceso a la información y bibliografía aplicables, y en cuanto a la relevancia del derecho y la legislación de salud.<sup>9</sup> Como parte de la modernización del sector judicial se encuentran las iniciativas orientadas —sobre todo en relación con los aspectos de la mala práctica médica— a buscar procedimientos más expeditos y para resolver conflictos entre pacientes y profesionales de salud, como por ejemplo, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) de México<sup>10</sup> y el Tribunal Argentino de Mediación, Conciliación y Arbitraje Médico (TACAMES).<sup>11</sup>

## CONCLUSIONES

La legislación constituye el mecanismo por medio del cual el Estado, en busca del bien común, sienta las bases para el equilibrio entre intereses competitivos de la sociedad. En el marco de la salud, esta función adquiere una importancia especial en razón del carácter de bien común de la materia a regular y de la necesidad de crear mecanismos que, siendo capaces de garantizarla en condiciones de igualdad, contemplen la necesidad de

reconocer la diferencia de situación en la que se encuentran los individuos para alcanzarla, y permitan actuar consecuentemente.

La contribución de la legislación a la equidad no depende de un factor único sino que debe revisarse en contexto. En primer lugar, traduce las metas u objetivos que fije la sociedad, que en el caso de la salud deben privilegiar el interés general frente al particular y mantenerse como una constante. Debe existir asimismo una coherencia normativa que permita a las distintas piezas del ordenamiento jurídico traducir las características particulares de la salud como bien jurídico a proteger, tanto en relación con las disposiciones constitucionales y los instrumentos internacionales que se convierten en ley de la nación, como en cuanto a las subsecuentes disposiciones que las hacen efectivas.

Finalmente se requiere que la sociedad, tanto en el ámbito interno del Estado como a nivel internacional, cuente con los medios necesarios para exigir que los valores asociados a la salud sean preservados. Esta capacidad debe hacerse valer en relación con la formulación de la política pública y de la legislación que la sustenta, en cuanto a la restitución de la salud como derecho y a las garantías asociadas a ella en caso de cualquier trasgresión.

---

## SYNOPSIS

### The law and equity in health

*What role does the law play in reducing inequalities in health that are unnecessary, avoidable, and unfair? The question is addressed in this paper, whose purpose is to examine how the legal system, as a regulatory agency of the State, contributes to achieving greater equity in access to and use of health-related goods and services. From the legal viewpoint, health is a public commodity that is critical to human well-being and survival. But in prioritizing health as a human right, the legal system is challenged with finding ways to make health equally accessible to all, while bearing in mind the particular needs of different groups. There are currently important gaps in health legislation in the Region that must be addressed if greater equity in health is to be achieved. Such gaps, along with potential ways to correct them, are discussed throughout the paper.*

---

<sup>8</sup> Constitución de Colombia.

<sup>9</sup> Salgado Neutschmann A, Silva AL, Arantangy Pluciennik AM, Vasconcelos Holland C, Van Deursen Varga I, Miele PR. Informe del proyecto de investigación exploratoria realizado por los alumnos de la disciplina "HSP-5414"-Abogacía en Salud, del curso de posgrado en Salud Pública de la Facultad de Salud Pública de la Universidad de São Paulo (2000) bajo la responsabilidad de la Dra. Sueli Gandolfi Dallari <cepedisa@usp.br>

<sup>10</sup> Creada en 1996 como órgano descentralizado de la Secretaría de Salud con la función de resolver conflictos entre usuarios y prestadores de salud de naturaleza pública o privada.

<sup>11</sup> Creado en el ámbito de la Asociación Argentina de Derecho Médico y de Salud (AADEMES) bajo el auspicio de la Fundación Kiwanis Internacional Argentina y del Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje del MERCOSUR (TICAMER).

## REFERENCIAS

1. Organización Panamericana de la Salud. World trade meeting affirms importance of public health in intellectual property issues. *Rev Panam Salud Publica* 2001; 10(6):436-438.
2. Bolis M. Legislación y control de riesgos de salud en América Latina y el Caribe. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo y Organización Panamericana de la Salud; octubre de 2001. (Documento de trabajo 461).