

CAPÍTULO I

Un ejemplo moderno de discriminación para
el acceso al derecho a la salud



CAPÍTULO I

UN EJEMPLO MODERNO DE DISCRIMINACIÓN PARA EL ACCESO AL DERECHO A LA SALUD

Juan Alvarado Martínez *

Ana Lilia Ulloa Cuellar **

Rosa María Cuellar Gutiérrez***

SUMARIO: I. Introducción; II. El contexto de la pandemia; III. El interés superior de la niñez; IV. El caso concreto – justiciable; V. Conclusiones; VI. Lista de fuentes.

I. Introducción

El concepto de discriminación, a pesar de que evoca, por su naturaleza, tiempos remotos, y de que la mayoría de las veces indefectiblemente lo relacionamos con la discriminación racial, ha adquirido nuevas dimensiones. Ahora podemos encontrar discriminación por creencias, por nivel socioeconómico, por origen étnico o racial, por cuestiones de género, etcétera.

Todas las personas estamos en peligro de ser discriminadas y en posibilidad de ser discriminadores, pero ¿qué ocurre cuando el propio Estado, que es el encargado de propiciar las condiciones necesarias para que exista un estado de Derecho, discrimina de manera injustificada y limita el goce y ejercicio de uno de los derechos fundamentales más elementales: el Derecho a la Salud.

* Egresado de la Maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional de la Universidad Veracruzana. Correo electrónico de contacto: licjam@gmail.com

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Correo electrónico de contacto: anaulloa_57@hotmail.com

*** Miembro del Núcleo Académico Básico de la Maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional. Correo electrónico de contacto: rcuellar@uv.mx

Este capítulo muestra tan sólo un ejemplo moderno de esta clase de discriminación, en el contexto de la pandemia. Ante esta situación de emergencia, diferentes países, alrededor del mundo, han implementado políticas de vacunación para contrarrestar los contagios; cada uno ha utilizado los avances técnicos que tiene al alcance, si bien estas políticas obedecen a una situación de emergencia. Lo cierto es que, en México, este plan de vacunación no ha aprovechado los últimos avances de los que se tiene conocimiento para inocular a la población. En el caso concreto del sector de población más joven, el cual no sufre de alguna comorbilidad, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) autorizó el uso de la vacuna producida por la empresa Pfizer para menores de edad, sin que esto haya tenido impacto inmediato en el Plan Nacional de Vacunación.

II. El contexto de la pandemia

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “toda persona tiene derecho a la protección a la salud”. Sin embargo, el texto constitucional, de alguna manera, “acota”, el pleno ejercicio de este derecho y establece lo que será el andamiaje jurídico para la prestación de los servicios de la salud. Como se observa, si bien se reconoce de manera completa y llana el derecho que se tiene a la salud, éste, como todos los derechos, no es absoluto, sino que debe tener un cauce a seguir. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando las circunstancias son extraordinarias?, ¿qué ocurre cuando una pandemia amenaza este pleno ejercicio del derecho consagrado en la Constitución?

Sobra decir que las circunstancias superan de sobremano lo establecido en las normas, reglamentos y ordenamientos que tratan de darle un cauce a las exigencias de la

población ante una pandemia como la acaecida en pleno invierno del 2019. Las pandemias no son anunciadas ni proyectadas: cuando llegan, las demandas a los Estados poco preparados o improvisados se hacen escuchar; así, tarde o temprano, ante un inadecuado manejo, los sistemas sanitarios colapsan. En este sentido cabe recordar lo establecido por la maestra Lucía Montiel: el Derecho a la Salud se ha ido ganando con las demandas sociales (Montiel, 2004).

La historia ya la conocemos (OMS, 2022): el 31 de diciembre de 2019, la Oficina de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la República Popular China detectó una declaración de la Comisión Municipal de Salud de Wuhan, en la cual se mencionaban casos de una “neumonía vírica” en esta región de Wuhan.

Para el 9 de enero, la OMS informó que las autoridades chinas habían determinado que el brote era provocado por un nuevo coronavirus. Cuatro días después, es decir, el 13 de enero, se detectó el primer caso de este agente vírico fuera de China: para ser más preciso, en Tailandia. El 24 de enero se registró en Francia un nuevo caso: el coronavirus había pisado tierras del viejo continente.

Después todo fue más rápido. Un mes después, el 27 de febrero, apareció el primer caso en suelo mexicano: el paciente, un hombre de 35 años de la Ciudad de México, había estado en Italia. Sin embargo, éste no fue el primer deceso en nuestro país, pues este registro correspondió a un hombre de 41 años con diabetes, del cual se presume que contrajo el virus en un concierto en el Palacio de los Deportes.

Posterior a este arribo del Covid-19 a nuestro país, vino el enclaustramiento. Las grandes farmacéuticas empezaron a buscar la cura. Por su parte, las medidas del gobierno mexicano

parecían lentas o poco adecuadas ante la emergencia que surgía alrededor del mundo. Captó la cámara un carismático y aparentemente muy bien preparado Subsecretario de Salud, Hugo López Gatell, con un trémulo espíritu de seguridad que se dispersaba desde Palacio Nacional. Aunque las cifras mostraban una realidad adversa, ya que, para enero de 2021, según datos del CONACYT había un acumulado de 1,647, 171 casos de contagios en el país, (Epidemiología, 2023) los medios oficiales informaban y trataban infructuosamente de mostrar una cara más amable de la crítica situación ante la pandemia. En un artículo de la BBC, Laurie Ann Ximénez-Fyvie, (Díaz, 2021) microbióloga y Doctora en Ciencias Médicas por la Universidad de Harvard, ha criticado de manera dura la actuación del Subsecretario, de quien ha dicho que “en estos meses se ha dejado llevar por criterios más políticos que científicos”.

Ante este escenario, la reacción lógica, luego de que fueran aprobadas para uso de emergencia diversas vacunas, se anunció con bombo y platillo la implementación de un Plan Nacional de Vacunación. El documento fue publicado casi un año después del primer caso de Covid-19, el 8 de diciembre de 2020.

En este orden de ideas, es necesario precisar que en el contexto nacional también se había anunciado el tan esperado regreso a clases para el 30 de agosto de 2021. Sin embargo, y a pesar de que la COFEPRIS había aprobado la utilización de la vacuna Pfizer-BioNTech para su aplicación a partir de los 12 años, como se informó con el comunicado 23/2021 del 24 de junio de 2021, (México, 2021) no había una fecha, comunicado, programa o calendarización que determinara, de manera cierta, los trabajos para que dicha vacuna se aplicara a las personas del rango de edad mencionado, aun cuando dicha vacuna ya había sido aprobada y utilizada en Estados Unidos .

De acuerdo con datos recabados por el CONACYT, los casos

de niñas, niños y adolescentes con resultado positivo de SARS-CoV2 entre 5 y 19 años pasaron de 84, el 12 de abril de 2020, a 236,962, el 20 de septiembre de 2021. Tan sólo el 18 de abril de 2021 se dieron 8,271 casos nuevos en niños, generados en su mayoría por la variante Delta, presente en México como cepa predominante hasta finales del año pasado. La posterior llegada de la actual variante Ómicron, extremadamente contagiosa y preocupante por la alta variedad de mutaciones que presenta, puso en alerta a las autoridades. Estas cifras nos colocaron entre de los países con mayores casos de muertes en ese rango de edad.

El investigador Mauricio Rodríguez, vocero de la Comisión Universitaria para Atención de la Emergencia del Coronavirus de la UNAM, afirmó en entrevista que es “prácticamente imposible” detener la aparición de ómicron en nuestro país. En este contexto, llama la atención que el Plan Nacional de Vacunación haya actuado tarde para inocular a menores de edad sin enfermedades congénitas. Al respecto, la Política Nacional de Vacunación estableció que ninguna de las vacunas disponibles en México podía ser utilizada en personas menores de 16 años.

Aunque la COFEPRIS ya había autorizado, desde junio de 2021, la vacunación a menores adolescentes, sin importar si padecían o no alguna comorbilidad, el comunicado estableció lo siguiente:

El Comité de Moléculas Nuevas (CMN), sesionó sobre esta ampliación de grupo etario el 11 de junio de 2021, y por unanimidad sus integrantes emitieron una opinión favorable.

Esta autorización de uso de emergencia y su respectiva ampliación certifican que el biológico cumple los requisitos de calidad, seguridad y eficacia necesarios para su aplicación a personas de 12 años en adelante.

La vacuna Pfizer-BioNTech es la primera en ser autorizada por la autoridad sanitaria del gobierno federal para su aplicación en adolescentes.

Como se observa, la actitud de pasividad configura una forma de discriminación al no actuar con la prontitud requerida en una situación de plena emergencia. Ante esta situación, llama la atención, en primer lugar, el citado Artículo 4º, párrafo cuarto de nuestra Constitución, en relación con el Artículo 1º: por un lado se establece que está prohibida todo tipo de discriminación y, por el otro, que todas las personas tienen Derecho a la Salud y que el Estado garantizará este derecho.

Bajo la lente del principio del interés superior de la niñez, estimamos que el Estado mexicano ha quedado a deber al respecto, tal como lo refiere la investigadora Lucía Montiel en su ensayo *Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria*. En su texto, la autora destaca que uno de los objetivos plasmados en el Pacto internacional de Derechos Económicos, Políticos y Sociales de 1966 (PIDESC) fue dotar de la importancia merecida a la niñez, en virtud del grado de vulnerabilidad en el que se encuentra, al igual que otros grupos sociales.

III. El interés superior de la niñez

Para abundar más sobre este principio, basta decir que se encuentra reconocido en el artículo 4 de nuestra Carta Magna y, paradójicamente, en el mismo Artículo en el que se consagra el Derecho a la Salud ([CPEUM.] Art. 4, Reformado 08 de mayo 2020). Sólo unas líneas abajo se leen lo siguiente:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las

niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

El enunciado que remata este párrafo marca la pauta para llegar a la conclusión que titula el presente ensayo, ya que, contrario a todo lo que se pudiera aducir en defensa del Plan Nacional de Vacunación, este no fue diseñada ni actualizada para tutelar el interés superior de la niñez. En relación con el Artículo 1° de la Constitución, el Derecho a la Salud, por una parte, se encuentra integrado como un Derecho Humano y, por otro lado, está reconocido y establecido en el Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (OMS, 1989). El Estado mexicano es parte de esta convención desde 1990, aunque la ratificó hasta el 2011, año en que tuvo lugar la reforma constitucional con la que se reconocía y se elevaba a rango constitucional el Derecho Humano a la Salud.

Por otro lado, un artículo publicado recientemente en Los Ángeles Times da cuenta de que la Unión Europea ya autorizó el uso de la vacuna Pfizer-Biontech para niños de 5 a 11 años (Corder y Cheng, 2021). Mientras tanto, en México se sigue discutiendo si se va a aplicar dicha vacuna a menores de entre los 12 y 16 años, limitando su uso para adolescentes con alguna comorbilidad. En nuestro país seguimos esperando a que los estudios arrojen resultados que permitan inocular a los menores, como en el caso aquí expuesto, sin que sea necesaria la tramitación de un juicio de amparo. Hasta la fecha de redacción de este capítulo se sigue en espera de la tercera dosis de refuerzo de la vacuna para la justiciable mencionada.

Es en este sentido que, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 14 (Unidas,

2013), el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento; por lo tanto, es un elemento indispensable para el diseño e implementación de políticas públicas que los afecten, de manera directa o indirectamente.

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció en la resolución 1/20, desde inicios de la pandemia, que el hecho de que los niños, niñas y adolescentes no fueran contemplados entre los primeros grupos etarios a los que se iba a inocular, dio un sentido erróneo de la urgencia con que debía tratarse a este grupo históricamente vulnerable. En diversos estudios epidemiológicos considerados por la Corte IDH se indica que las personas más jóvenes pueden ver su salud gravemente afectada (Organización de Estados Americanos, 2020), considerando, además, que estos índices se disparan en Latinoamérica, una región con problemas de crianza y violencia que agravan la situación de los menores en el contexto de la pandemia.

Valorando todo lo anterior, y ante el peligro en la demora, nos vemos en la necesidad de comprobar la hipótesis antes mencionada, a fin de comprobar que se estaba vulnerando el Derecho Humano a la Salud de un menor de edad. Se estaba ejerciendo una discriminación infundada, a pesar de contar con el visto bueno de la autoridad para la inoculación de un menor. Estaba presente la omisión del Estado de garantizar, con medidas ciertas y eficaces, la protección de dicho derecho.

IV. El caso concreto

Ante la omisión de las autoridades sanitarias del país, un padre de familia de la ciudad de Boca del Río, Veracruz, preocupado por la salud de sus tres menores hijos, contactó al suscrito, quien estaba en busca de un justiciable para la tramitación de un amparo indirecto. Este recurso buscaba vincular a las autoridades

sanitarias a la inoculación de los tres menores, de 15, 8 y 5 años de edad. El padre estuvo dispuesto a iniciar el procedimiento judicial que le permitiera a sus hijos acceder a la vacuna Pfizer-Biontech.

Una vez que fue de mi conocimiento esta intención, el 10 de octubre de 2021 se presentó la demanda de amparo correspondiente, señalando como autoridades responsables al Presidente de la República, al Gobernador del estado y a los Secretarios de Salud de ambos niveles. Se argumentó una violación al Derecho a la Salud, así como una discriminación injustificada para la aplicación de la vacuna.

En el primer acuerdo, dictado por el Juzgado Quinto de Distrito, con sede en Boca del Río, se dictó un acuerdo en el que se otorgó la suspensión. Para la menor de 15 años y para los otros menores de 8 y 5 años no se ordenó la aplicación de la vacuna, debido a la falta de pronunciamiento de la autoridad respecto a la idoneidad y viabilidad para aplicar la vacuna a menores en un rango de edad inferior a los 12 años. En el mencionado proveído, el juzgador estimó, entre otros argumentos, que se había acreditado el riesgo a la salud, ante la omisión de la autoridad sanitaria de aplicar el químico mencionado; igualmente se ponía en peligro la vida misma de la menor de 15 años de edad. Por otro lado, también se reconoció que el Estado mexicano debe procurar que las decisiones, siempre que involucren a menores de edad, deben tomarse en función del interés superior de la niñez.

Como se observa, el Juez Quinto de Distrito utilizó como eje rector de su determinación un análisis funcional: el principio superior de la niñez, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia de rubro “DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL” (SCJN, 2019) el Estado tiene un interés constitucional en procurarles a las personas en lo individual un adecuado estado de salud y bienestar. Por otro lado,

la faceta social o pública del derecho a la salud consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud.

En otras palabras, cuando se trata de políticas que ejecuta el Estado no se puede dejar de observar el razonamiento del interés superior de la niñez, establecido en el Artículo 4° de nuestra Carta Magna. Aunado a lo anterior, como se ha manifestado anteriormente, la política de vacunación que no contemplaba a los menores de 16 años y, en consecuencia, no tenía un asidero legal, en razón de que la autoridad competente (COFEPRIS) ya se había pronunciado respecto a la viabilidad de la aplicación de la vacuna producida por Pfizer.

La protección establecida por el juez a los menores de edad también puede trasladarse a la negativa de aplicación de la vacuna a los menores de 8 y 5 años: al no haber un estudio preliminar ni pronunciamiento por parte de la mencionada autoridad, no se pone en riesgo a la infancia, aun bajo la apariencia del buen derecho que pudiera existir.

V. Conclusiones

Como conclusión, derivado del acuerdo en mención se desprende que la política de vacunación que implementó el Gobierno de México no se apegó al marco constitucional y legal, mucho menos convencional. Además, estas decisiones gubernamentales se vieron superadas, desde su inicio, por la urgencia de medidas efectivas que garantizaran el pleno goce del Derecho a la Salud desde la perspectiva del interés superior de la niñez.

Fue necesaria la intervención jurídica para tutelar un derecho humano, como lo es el derecho a la salud, en el caso concreto de

que se habla, al haber una exclusión no justificada para proporcionar el medio eficiente e idóneo para la protección de la salud constituye un claro ejemplo de discriminación moderna, ocasionada por la demora de las autoridades en la actualización de la política de vacunación del COVID-19.

VI. Lista de fuentes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [CPEUM.] Art. 4. (Reformado 08 de mayo 2020). (México).

CORDER, Mike y CHENG, María. “UE autoriza uso de vacuna de Pfizer en niños de 5 a 11 años”, *Los Ángeles Times*, 25 de noviembre de 2021.

<https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2021-11-25/ue-autoriza-uso-de-vacuna-de-pfizer-en-ninos-de-5-a-11-anos>

DÍAZ GONZÁLEZ, Marcos. “Coronavirus: ‘En México no es que no hayan sabido qué hacer con la pandemia, es que tomaron la decisión de no hacerlo’”, *BBC*, 2 de marzo de 2021. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56220420>

GOBIERNO DE MÉXICO. *COFEPRIS emite modificación a la autorización para uso de emergencia de vacuna Pfizer-Biontech; permitirá aplicación a partir de 12 años*, 24 de junio de 2022. <https://www.gob.mx/cofepris/articulos/cofepris-emite-modificacion-a-la-autorizacion-para-uso-de-emergencia-de-vacuna-pfizer-biontech-permitira-aplicacion-a-partir-de-12-anos?idiom=es#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Federal%20para%20la,partir%20de%20los%2012%20a%C3%B1os>.

MONTIEL, LUCÍA. “Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, *Revista IIDH*, vol. 40, pp. 291-313, 2004. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08064-9.pdf>

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *CIDH advierte sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes*, 27 de abril de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/090.asp>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *COVID-19: Cronología de la actuación de la OMS*, 27 de abril de 2022. <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

SECRETARÍA DE SALUD. *Política Nacional de Vacunación contra el virus Sars-Cov2, para la prevención de la Covid-19 en México. Documento rector*, México, 11 de enero de 2021. https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/01/PolVx_COVID_-11Ene2021.pdf

SCJN, 1. S. (febrero de 2019). *DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL*. México.

Unidas, C. d. (2013). *Observatorio de la infancia y adolescencia*. https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990