



Cuestiones constitucionales

ISSN: 1405-9193

ISSN: 2448-4881

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Mayer-Serra, Carlos Elizondo; Núñez González, Leonardo

¿Más derechos para todos? Derechos humanos, políticas  
públicas y el caso de los medicamentos huérfanos

Cuestiones constitucionales, núm. 40, 2019, Enero-Junio, pp. 353-384

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.14482/INDES.30.1.303.661>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88571713012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org  
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

## ¿Más derechos para todos? Derechos humanos, políticas públicas y el caso de los medicamentos huérfanos

## More Rights for Everyone? Human Rights, Public Policy and the Case of Orphan Drugs

Carlos ELIZONDO MAYER-SERRA\*  
Leonardo NÚÑEZ GONZÁLEZ\*\*

**RESUMEN:** Al aprobarse la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, parecía haber un consenso sobre sus bondades. Había optimismo y no se vislumbraban los posibles riesgos y costos de su implementación. Este artículo analiza una serie de amparos basados en el derecho a la salud para que los servicios de salud del gobierno pagaran los llamados “medicamentos huérfanos”, utilizados para tratar enfermedades poco comunes. Promovidos por farmacéuticas, estos amparos pretendían obligar al Estado a comprar medicamentos caros y no debidamente probados. Esta disputa legal sirve para comenzar a analizar los puntos en que hay que poner atención sobre las implicaciones no deseadas de la reforma de derechos humanos, su impacto en las políticas públicas y la judicialización de los derechos sociales.

**Palabras clave:** amparo; derechos humanos; derechos sociales; políticas públicas; desigualdad; medicamentos huérfanos; judicialización.

\* Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Oxford y profesor en la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey ([carlos.elizondo@itesm.mx](mailto:carlos.elizondo@itesm.mx)).

\*\* Maestro en Administración y Políticas Públicas por el Centro de Investigación y Docencia Económicas; investigador en Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, y profesor en el Tecnológico de Monterrey ([leonardo.nunez@contralacorrupcion.mx](mailto:leonardo.nunez@contralacorrupcion.mx)).

*ABSTRACT: When the constitutional reform on human rights was approved in 2011, there seemed to be a consensus on its benefits. There was optimism and it was not foreseen the possible risks and costs of its implementation. This article analyzes a series of amparos based on the right to health that forced public health services to pay for the so-called “orphan drugs”, used to treat rare diseases. Promoted by pharmaceutical companies, these amparos sought to force the State into buying expensive and not properly tested drugs. This legal dispute serves to further the discussion on the unintended implications of this human rights reform, its impact on public policies, and the judicialization of social rights.*

**Keywords:** Amparo; Human Rights; Social Rights; Public Policy; Inequality; Orphan Drugs; Judiciacialization.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La reforma en materia de derechos humanos de 2011*. III. *La tensión entre la judicialización de los derechos sociales y las políticas públicas*. IV. *Erosionando la política pública: el caso de los medicamentos huérfanos*. V. *Conclusiones*.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos aprobadas en 2011 son, en principio, un gran avance: fortalecen los derechos de todas las personas frente a actos u omisiones del Estado. El cambio es tan grande que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) decidió declarar el inicio de la Décima Época del *Semanario Judicial*, ya que “constituyen para nuestro país, un paradigma, toda vez que generan cambios normativos que establecen nuevas obligaciones en relación con el respeto y protección de los derechos fundamentales”.<sup>2</sup> Dentro de los círculos académicos mexicanos hay una especie de consenso sobre las diversas bondades y cambios que traerá esta nueva perspectiva jurídica.

Sin embargo, ha existido poca reflexión sobre los posibles costos y riesgos al comenzar a implementar esta reforma: ¿podrá realmente mejorar en la práctica los derechos humanos de los más necesitados? O, por el contrario, ¿será un instrumento más para quienes tienen poder y buscan evitar la regulación estatal? ¿Llevará a políticas públicas distorsionadas en función de la capacidad de litigio de ciertos individuos o grupos con recursos económicos y jurídicos? ¿Terminará siendo un instrumento más en beneficio de la élite?

El objetivo de este artículo es ilustrar una posible área de riesgo: que las políticas públicas puedan ser distorsionadas por poderosos intereses que utilicen los nuevos instrumentos de esta reforma y logren obligar a las autoridades, a través de mandatos judiciales, a utilizar los recursos pú-

<sup>1</sup> Los autores agradecen los comentarios de la doctora Francisca Pou Giménez, del ministro José Ramón Cossío y de dos dictaminadores anónimos, quienes ayudaron a hacer un mejor texto. Todos los errores son responsabilidad de los autores.

<sup>2</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*Inicio de la Décima Época*”, 2011, disponible en: [http://207.249.17.176/libreria/Documents/AcuerGralesJurisdicPermVig/Anexo-AGP\\_9\\_11.pdf](http://207.249.17.176/libreria/Documents/AcuerGralesJurisdicPermVig/Anexo-AGP_9_11.pdf) (fecha de consulta: 18 de octubre de 2017).

blicos, que por definición son limitados, de manera subóptima desde el punto de vista del conjunto de necesidades que debe atender el gobierno. El caso de estudio será un grupo de amparos interpuestos aparentemente por pacientes que exigen a las autoridades les suministren medicinas caras y no debidamente probadas, aunque detrás de estos recursos estaba la capacidad de litigio de los laboratorios beneficiados con la compra de estos medicamentos.

La primera sección hace una breve revisión de la literatura respecto a esta reforma, tanto antes como después de que fuera aprobada. El debate ha estado dominado por juristas muy optimistas respecto a las bondades de la reforma y con pocas preocupaciones respecto a sus riesgos y costos al momento de ejecutarla. También analizamos qué se dijo durante el debate en el Congreso y la justificación de la misma en la iniciativa de reforma, así como los pronósticos de las autoridades sobre los beneficios que traería su implementación.

La segunda sección estudia el debate acerca de la judicialización de los derechos y políticas sociales, ya que, si bien en México había un gran optimismo sobre la implementación de la reforma, las discusiones y evidencias alrededor del mundo muestran lo difícil que es encontrar el equilibrio adecuado entre el activismo judicial para la protección de los derechos de los más necesitados y la coherencia dentro de las políticas públicas. En el proceso de individualización de los derechos sociales mediante mecanismos jurisdiccionales, el costo puede ser el sacrificio de los recursos de la sociedad en beneficio de grupos bien organizados de ciudadanos o, incluso, en las manos equivocadas. No sería la primera vez que la operación real de nuestro sistema jurídico termine por beneficiar principalmente a quienes tienen más recursos, como es el caso del litigio fiscal.<sup>3</sup>

En la tercera sección, abordaremos esta posibilidad mediante el análisis del caso de los “medicamentos huérfanos”, en el que varias farmacéuticas lograron, por medio de una serie de amparos, imponerle a las instituciones de salud pública la obligación de proveer tratamiento gratuito a enfermos que requerían medicinas nuevas, poco probadas y extremadamente caras. Los medicamentos suministrados por mandato judicial, bajo el argumento del derecho humano a la salud de los pacientes que se ampararon, fueron comprados a los laboratorios que apoyaron el litigio y ganaron en primera instancia.

<sup>3</sup> Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “La industria del amparo fiscal”, *Política y Gobierno*, México, vol. 16, núm. 2, enero de 2009.

Estos casos buscan mostrar cómo una reforma que pretende beneficiar a los individuos más desprotegidos puede terminar teniendo efectos perniciosos inesperados al ser implementada. En las conclusiones, discutimos cuáles son los dilemas que deberá resolver el Poder Judicial para no hacer de la protección de los derechos humanos un instrumento más a favor de la élite, o de cualquiera con poder, y que aleje a las políticas públicas del interés general.

## II. LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

En junio de 2011, el constituyente permanente aprobó una serie de reformas a diversos artículos constitucionales en materia de derechos humanos. Una de las más importantes se centró en una nueva redacción del artículo 1o. constitucional:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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

Destacan tres cambios: en primer lugar, los derechos reconocidos ya no sólo serían los estipulados en la Constitución, sino que se ampliaron a todos aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En segundo lugar, se incluyeron los principios *pro homine* y de interpretación conforme, con los que la aplicación e interpretación que deben realizar las autoridades sobre las normas de derechos humanos tienen que buscar siempre la mayor protección y beneficio para las personas, pudiendo en algunas ocasiones, incluso, desdibujar la jerarquía jurídica del precepto legal, debido a que se debe aplicar la norma, constitucional o in-

ternacional, que proteja mejor a la persona.<sup>4</sup> Finalmente, estos derechos humanos de fuente nacional e internacional se convirtieron en objeto de protección ante los actos de las autoridades, es decir, cualquier transgresión podría ser reclamada mediante amparo.

Rápidamente, estos nuevos principios desataron complicaciones en su interpretación y aplicación. Uno de los casos más notables llegó a la SCJN en junio de 2011, con la Contradicción de Tesis 293/2011. Aquí se discutió la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ante el texto constitucional y el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como criterio orientador u obligatorio. Sobre el primer tema, el Pleno resolvió, en una votación de 10 a 1, que “los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad”; es decir, los derechos reconocidos en cualquier instrumento, nacional o internacional, constituyen un solo bloque para la protección de las personas. Sin embargo, también se resolvió que en aquellos casos en los que la Constitución establezca restricciones expresas a los derechos humanos, la interpretación y aplicación deberá limitarse a lo que indica la norma constitucional, aun cuando hubiera un derecho de fuente internacional que ofreciera mayor protección,<sup>5</sup> como sucede en el caso de la juridicidad del arraigo en nuestro sistema. En palabras del ministro Cossío, que votó en contra, “no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional”.<sup>6</sup> Sobre el segundo tema, en una decisión dividida de 6 votos contra 5, se resolvió que la jurisprudencia de la CIDH es vinculante para los jueces mexicanos si es más favorable para una persona, sin importar que México no hubiera sido parte en los juicios.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Castilla, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de la justicia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 20, enero-junio de 2009.

<sup>5</sup> Tesis P.J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

<sup>6</sup> Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en la Contradicción de Tesis 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 147.

<sup>7</sup> Tesis P.J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

Como lo muestra este caso, la forma en que los nuevos conceptos e instrumentos de la reforma de derechos humanos aterrizan en la realidad aún es objeto de debate, ya que ha sido hasta el momento de su implementación que han comenzado a vislumbrarse muchos de los problemas o consecuencias inesperadas. Algo similar sucedió con otra reforma paralela, que el 6 de junio de 2011 integró figuras y mecanismos novedosos en materia de amparo, como la ampliación de tutela a los derechos humanos de fuente nacional e internacional; la posibilidad de hacer una declaratoria general de inconstitucionalidad; la inclusión del amparo directo adhesivo como un mecanismo para que la parte con interés en que una sentencia reclamada subsista intervenga en un juicio, o la ampliación para que los quejoso pudieran ser aquellos que demostraran un interés legítimo.<sup>8</sup>

Sobre este último tema, la nueva redacción del artículo 107 constitucional señala que “el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agravuada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo”. Esta reforma deja atrás la visión tradicional del interés jurídico, en la que sólo los titulares de los derechos afectados podían reclamarlos. Con esta nueva perspectiva, un individuo o colectividad pueden reclamar que tienen un interés legítimo ante la violación de algún derecho, a pesar de no ser los directamente afectados.

Las posibilidades y los límites de este instrumento están sujetos al uso que los ciudadanos le den y a la interpretación que hagan los jueces de esta abstracción. Así, por ejemplo, el amparo interpuesto por parte del colectivo “Yo Contribuyente” en contra del gobierno por la condonación del ISR a estados y municipios fue rechazado por la SCJN.<sup>9</sup> Entre los argumentos vertidos por ésta se señaló que no había una justificación adecuada para reconocer que los contribuyentes demandantes tenían un interés legítimo para reclamar el uso adecuado de los recursos públicos, ya que su agravio no era diferente al de otros contribuyentes, por lo que su reclamo era “abstracto o general” y la condonación fiscal no tenía un nexo causal con la afectación a su patrimonio.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo: guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2013.

<sup>9</sup> “La Corte desecha ponencia sobre condonación de ISR a estados y municipios”, *Expansión*, 9 de julio de 2014.

<sup>10</sup> Véase el Amparo en revisión 216/2014, resuelto por la Primera Sala el 5 de noviembre de 2014.

En contraste, la agrupación “Aprender Primero”, que forma parte de “Mexicanos Primero”, logró ganar un amparo en la SCJN, en el que se reconoce su interés legítimo para reclamar la acción por parte de la Auditoría Superior de la Federación en contra de los funcionarios que hayan desviado recursos del Fondo de Aportaciones para la Educación Básica y Normal. En este caso, la agrupación logró demostrar su interés en el tema al haber establecido desde sus estatutos constitutivos que su objeto social sería la protección y defensa del derecho a la educación. Con esta consideración, la Corte resolvió que la agrupación sí tenía un interés legítimo debido a que estaba en “una especial situación frente al referido derecho” y, por lo tanto, “existe un agravio diferenciado respecto del resto de los integrantes de la sociedad”.<sup>11</sup> En el mismo sentido, la agrupación “Artículo 19” logró que se le reconociera interés legítimo, para reclamar una omisión legislativa del Congreso de la Unión, por no haber emitido una ley general para regular el gasto en comunicación social y publicidad del gobierno.<sup>12</sup>

Al igual que en el caso de la reforma de derechos humanos, los límites y las posibilidades de este nuevo instrumento jurídico han comenzado a incorporarse como criterios jurisprudenciales hasta que los operadores jurídicos han empezado a utilizarlos y evidenciar vetas inesperadas.<sup>13</sup>

Sin embargo, este abanico de posibilidades, así como los posibles riesgos asociados, no se encontraban debidamente vislumbrados antes del proceso para reformar la Constitución. La mayor parte de las argumentaciones respecto a la reforma de derechos humanos veía con optimismo las nuevas oportunidades que se abrirían. Por ejemplo, Sergio García Ramírez señalaba que “se sabe perfectamente que en el acervo de las garantías jurisdiccionales de estos derechos [humanos] ocupa un lugar eminentemente el juicio de amparo... Ese medio bienhechor ha prestado grandes servicios a los mexicanos y ha conseguido la atención internacional”<sup>14</sup> No es claro por qué

<sup>11</sup> Véase el Amparo en revisión 323/2014, resuelto por la Primera Sala el 11 de marzo de 2015.

<sup>12</sup> Véase el Amparo en revisión 1359/2015, resuelto por la Primera Sala el 15 de noviembre de 2017.

<sup>13</sup> Véanse, por ejemplo, Tesis P.J. 50/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 60; Tesis 2a./J. 61/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 31, t. II, junio de 2016, p. 956; Tesis 2a./J. 57/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 43, t. II, junio de 2017, p. 1078.

<sup>14</sup> García Ramírez, Sergio, “La reforma jurídica y la protección de los derechos humanos”, en Valadés, Diego y Hernández, Antonio María (coords.), *Estudios sobre fede-*

importa la atención internacional, pero sí el que supuestamente mejorará el bienestar de los mexicanos.

En el mismo sentido, en su propuesta para reformar la Ley de Amparo para incluir los derechos humanos, el ahora ministro Arturo Zaldívar concluía que

...con la reforma propuesta, que hace a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales objeto de protección directa a través del juicio de amparo, se lograría un mayor conocimiento de los derechos humanos de los gobernados; tales derechos serían objeto de recreación jurisprudencial; la oponibilidad de estos derechos a cualquier disposición infraconstitucional de derecho interno e internacional, y avanzaríamos hacia una verdadera cultura de los derechos humanos...<sup>15</sup>

Cuando se trataba de la relación de la nueva perspectiva de derechos humanos con las políticas públicas, la visión era igualmente idealista. La consideración principal era que sólo podría haber mejoras, ya que se obligaría a que todas las políticas del gobierno velaran en todo momento por la protección de los derechos de sus ciudadanos: “las políticas públicas deben estar atadas a los derechos humanos, en tanto que estos consisten en normas jurídicas obligatorias. En este sentido, los órganos judiciales de control constitucional son decisivos para garantizar que aquellas efectivamente se sujeten a lo que disponen los derechos”<sup>16</sup>

Este entusiasmo con las ventajas de la implementación “en automático” de la reforma en materia de derechos humanos permeó en el proceso legislativo, que concluyó con las reformas de 2011. Entre 2006 y 2008 hubo 33 iniciativas de reforma en ambas cámaras que, con algunas diferencias, buscaban la integración de la perspectiva de los derechos humanos en el texto constitucional. Después de diversas negociaciones y discusiones, las diferentes propuestas fueron integradas en un dictamen elaborado por la Cámara de Diputados, que fue aprobado en abril de 2009. Entre las cuestiones principales se incluía el cambio en la denominación del capítulo 1

*ralismo, justicia, democracia y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 161.

<sup>15</sup> Zadívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 39.

<sup>16</sup> Quinche-Ramírez, Manuel Fernando y Rivera-Rugeles, Juan Camilo, “El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos”, *Vniversitas*, México, núm. 121, julio-diciembre de 2010, p. 135.

del título primero de la Constitución, proponiendo que fuera “De los derechos humanos”; la inclusión del principio pro persona, y modificar otros artículos constitucionales. Al evaluar el alcance de la reforma, los diputados señalaron que se dotaría a la Constitución “de los elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos” y que la impunidad frente a su violación estaría garantizada al establecer la obligación del Estado para investigar y sancionar.<sup>17</sup>

Esta minuta fue recibida en el Senado, el cual se pronunció al respecto un año después: el 8 de abril de 2010. Su dictamen agregó el principio de interpretación conforme, que no se incluía en la propuesta previa; analizó otros artículos relacionados, y modificó varios aspectos de la redacción. Las consecuencias se previeron como positivas:

Se trata, más allá de una modificación a los términos, de un cambio conceptual del sistema jurídico que tiene como consecuencia el fortalecimiento de los derechos de la persona y la protección de su dignidad y... es el que se ha adoptado actualmente por el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, por la doctrina constitucional moderna y por el derecho comparado.<sup>18</sup>

En la discusión del dictamen, todos los grupos parlamentarios se expresaron a favor y los únicos cuestionamientos se dieron al señalar que el fuero militar permanecería inalterado, pero la confianza en la reforma era absoluta.<sup>19</sup> Dado que se propusieron modificaciones, la iniciativa regresó a los diputados, quienes llevaron a cabo reuniones y discusiones con miembros

<sup>17</sup> Cámara de Diputados, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2743-XVI, 23 de abril de 2009.

<sup>18</sup> Cámara de Senadores, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, el que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Gaceta Parlamentaria*, LXI/1SPO-114/24568, 8 de abril de 2010.

<sup>19</sup> La discusión puede revisarse en la versión estenográfica de la sesión del 8 de abril de 2010 en el Pleno del Senado, disponible en: [http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-08-1/assets/documentos/derechos\\_humanos.pdf](http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-08-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf) (fecha de consulta: 8 de agosto de 2017).

de la sociedad civil y la academia, a la par que incluían los cambios en un nuevo dictamen que se presentó el 15 de diciembre de 2010.

En este dictamen se mantenía el optimismo. Sólo se advertía la necesidad de crear mecanismos efectivos para que el Estado respetara realmente los derechos humanos:

Esta reforma, tan trascendente para nuestro derecho constitucional, no se consolidaría si no se implantaran las acciones para materializarla; por ello, se debe comprometer al Estado para que realice las acciones necesarias enfocadas a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos.<sup>20</sup>

En la discusión únicamente se señalaron algunas inconformidades con el traslado de la facultad de investigación de la SCJN a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como señaló el Partido del Trabajo. La posibilidad de que la reforma de derechos humanos pudiera implicar riesgos al insertarse en el contexto jurídico mexicano, caracterizado por un diseño y funcionamiento asimétrico que beneficia a quienes tienen más recursos y que es prácticamente inaccesible para la mayoría, estuvo ausente.<sup>21</sup> Al contrario, la presunción fue la transformación del sistema, como señaló la representante del PRD en su posicionamiento:

Prioritaria es la distinción que se hace en esta reforma entre los fines y los medios, es decir entre la noción de derechos humanos y los procedimientos institucionales e instrumentos para hacerlos garantizables y justificables. Ese innegable avance permitirá trastocar usos y costumbres del ámbito del derecho mexicano, y sobre todo en las prácticas diarias e interactivas entre gobernantes y gobernados.<sup>22</sup>

Las modificaciones propuestas por los diputados no cambiaron la sustancia de la reforma, sino que sólo la hicieron más ambiciosa. Al artículo

<sup>20</sup> Cámara de Diputados, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, núm. 3162-IV, 15 de diciembre de 2010.

<sup>21</sup> Véase el análisis de Ana Laura Magaloni Kerpel y Carlos Elizondo Mayer-Serra, en “La justicia de cabeza: la irracionalidad del gasto público en tribunales”, *Cuadernos de Debate*, México, núm. 10, 2011.

<sup>22</sup> La discusión puede revisarse en la versión estenográfica de la sesión del 15 de diciembre de 2010 del Pleno de la Cámara de Diputados.

10. se le agregó la prohibición de discriminación por motivo de preferencias sexuales. La iniciativa fue aprobada por unanimidad de los legisladores presentes y se reenvió al Senado. Éste la aprobó el 8 de marzo de 2011 y la regresó a la Cámara de Diputados, que la aprobó el 23 de marzo con sólo 2 abstenciones. El proceso de reforma constitucional concluyó el 10. de junio, cuando se reunieron los votos necesarios de los congresos locales.<sup>23</sup>

Estas reformas fueron recibidas con enorme optimismo. Según Miguel Carbonell, la modificación “añade elementos muy novedosos y positivos al ordenamiento constitucional mexicano”, que “parece suministrar una buena plataforma de renovación normativa”.<sup>24</sup> En la revisión de literatura posterior a las reformas, las críticas y señalamientos de riesgos en la implementación que encontramos fueron muy pocos.

Carbonell y Salazar, por ejemplo, reconocen que la reforma de derechos humanos fue una “operación normativa que contrasta radicalmente con la realidad que pretende normar y en la que está llamada a surtir efectos”; pero son optimistas al considerar que es “una reforma prometedora” que crea un “nuevo paradigma en el ordenamiento jurídico mexicano”.<sup>25</sup> Como una de las dificultades más grandes para el éxito de la reforma, ellos señalan algo inherente al paradigma de derechos humanos: el factor humano y “el profundo desconocimiento que de su contenido [tratados internacionales] tienen los abogados mexicanos, incluyendo los jueces”.<sup>26</sup>

Pocos advirtieron las complejidades de lo que significaba echar a andar la reforma. Uno de ellos fue el entonces ministro Juan Silva Meza: “hoy todavía permanecen incommensurables todas las implicaciones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en gran medida porque dependen de la creatividad, inteligencia y buen uso que de ella hagan las personas que defienden derechos en México”.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Para una descripción detallada de todos los pasos del proceso legislativo detrás de esta reforma, véase García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

<sup>24</sup> Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 10. de la Constitución mexicana”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 101 y 102.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. XVIII-XIX.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>27</sup> Silva Meza, Juan, “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, año XVIII, 2012, p. 167.

Otra voz crítica respecto a cómo funciona el Poder Judicial y las posibles complicaciones de la reforma es Francisca Pou, que destaca cómo la SCJN ha sido muy efectiva para dirimir conflictos entre órdenes de gobierno, pero muy pobre en la protección de derechos individuales frente a abusos del gobierno o de particulares. Entre las explicaciones, Pou señala que las decisiones de la Corte se caracterizan por su *decisional fuzziness* (borrosidad decisional) o *decisional indeterminacy* (indeterminación de las decisiones), en las que la diversidad de responsabilidades jurisdiccionales y no jurisdiccionales de los ministros, así como las dinámicas de funcionamiento al interior del Pleno y las salas, llevan a que no haya una voz clara, única e identificable de las decisiones institucionales de la SCJN, lo que conlleva a que exista una gran ambigüedad, rehuída a ciertos temas e inconsistencias en las resoluciones de la Corte.

La “parlamentarización” en el funcionamiento de la SCJN lleva a una importante incertidumbre para el ciudadano al poder tener una misma sentencia con 11 voces y argumentos diferentes de por qué está bien o mal, erosionando la construcción sólida de un sistema de derechos claro. Por ejemplo, al resolver la cuestión del aborto en la Ciudad de México en 2008, la decisión final de la Corte dio la razón al gobierno local, pero con un criterio heterogéneo, en el que hubo 7 votos particulares que dieron diferentes razones para su conclusión. Por ello, Pou recalca que no se logró crear o identificar un criterio claro e institucional sobre el fondo del tema, por lo que, cuando la discusión regresó en 2011 con otros casos de estados que buscaban proteger la vida desde la concepción, la Corte tuvo que iniciar la discusión nuevamente desde cero y, debido a que no se alcanzaron la cantidad de votos necesarios, no hubo una opinión de la Corte al respecto. Introducir con fe ciega en este entorno institucional las nuevas posibilidades de la reforma constitucional en materia de derechos humanos podría ser muy riesgoso.<sup>28</sup>

Salvo estas últimas voces, la opinión generalizada sobre la reforma de 2011 y su operación en la realidad sigue siendo extremadamente optimista y, cuando no lo es, se concentra en señalar desafíos y retos, como si la principal complicación pudiera ser una adopción incompleta y no la apertura de ventanas de riesgo o “dilemas de implementación”, cuya considera-

<sup>28</sup> Pou Giménez, Francisca, “Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy”, en Castagnola, Andrea y López-Noriega, Saúl (eds.), *Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy*, Nueva York, Routledge, 2017.

ción es una de las recomendaciones fundamentales del análisis de políticas públicas.<sup>29</sup> Puede haber muchas consecuencias negativas y posibilidades que parecen estar siendo ignoradas, como el uso ventajoso del principio pro persona por parte de aquellos que están en una situación privilegiada, ya sea en términos económicos o políticos. Antes de entrar al análisis de casos para ilustrar estos riesgos, es preciso señalar que en el debate de la reforma de derechos humanos también se ha dejado de lado una tensión inherente presente en la idea misma de la judicialización de los derechos sociales y las políticas públicas: el riesgo de que, en el proceso para proteger a las partes individuales a cualquier costo, la colectividad sea más afectada en su conjunto y haya efectos redistributivos indeseables.

### III. LA TENSIÓN ENTRE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La limitada discusión sobre las implicaciones negativas al aplicar la reforma de derechos humanos en México, en especial en el ámbito de los derechos sociales, no deja de ser curiosa, dado que existe un interesante e intenso debate en el mundo sobre la judicialización de la política social y sus consecuencias en términos de política pública. Cuando se habla del derecho a la salud, por ejemplo, se llega a problematizar que, incluso, “si un gobierno toma una decisión informada y orientada en términos de prioridades que termina siendo revertida por las cortes, la judicialización del derecho a la salud puede amenazar las decisiones razonables y responsables tomadas por una administración”.<sup>30</sup> Países como Brasil, Sudáfrica o Colombia llevan muchos años buscando resolver la tensión entre los derechos de sus ciudadanos, exigibles a través del Poder Judicial, y la necesidad de planear y optimizar el gasto público. En uno de los escasos y más recientes trabajos en nuestro país que trata de señalar esta tensión, Suárez Ibarrola y Madrazo Lajous reconocen que

La intervención judicial será deseable, siempre y cuando no se profundicen las desigualdades que existen con relación a la protección de la salud.

<sup>29</sup> Bardach, Eugene, *The Implementation Game: What Happens After a Bill Becomes a Law*, Cambridge, The MIT Press, 1977.

<sup>30</sup> Cubillos, Leonardo *et al.*, “The International Right to Health: What Does It Mean in Legal Practice and How Can It Affect Priority Setting for Universal Health Coverage?”, *Health System & Reform*, vol. 2, núm. 1, 2016, p. 25.

Los derechos que se hacen exigibles para permitir el acceso de los grupos más privilegiados a los medicamentos y tratamientos más costosos —a expensas de los fondos públicos— no conllevan a un mejor desempeño en las políticas de salud, y tienden a invisibilizar los reclamos de la población más vulnerable.<sup>31</sup>

No obstante, omitiendo la salvedad que ellos mencionan (y que además no se ha investigado en el terreno de los hechos en nuestro país), se mantiene el optimismo y se piensa que los riesgos pueden infravalorarse gracias al poder benéfico del efecto demostración, en el que la judicialización del derecho a la salud llevará, según Suárez Ibarrola y Madrazo Lajous, a que

Las injusticias dejan de ser vistas como circunstanciales, y comienzan a desenvolverse como nuevas aspiraciones que surgen a la luz de nuevos derechos descubiertos, que antes no habían sido reconocidos o ejercidos. Como parte de este proceso dinámico, los fallos pueden tener el efecto de dar legitimación a la visión del mundo de las personas que denuncian injusticias en el litigio.<sup>32</sup>

Sin embargo, ampliar el catálogo de derechos sociales y creer que la mejora en su implementación será mediante la vía judicial no necesariamente es cierto. En el caso de Brasil, por ejemplo, la Constitución de 1988 fue particularmente generosa en reconocer nuevos y amplios derechos económicos y sociales. Carlos Portugal Gouvêa hace una exploración de si la protección constitucional de estos derechos ha sido una manera efectiva para favorecer a quienes más lo necesitan o no. Su caso de estudio son las políticas de salud y el litigio de medicamentos costosos. Los números oficiales revelan que, en 2005, el gobierno brasileño gastaba 2.25 millones de reales para comprar medicamentos como consecuencia de decisiones judiciales particulares; para 2010, este gasto había ascendido hasta 132.58 millones de reales (al tipo de cambio actual y contando la inflación, esto equivale a 1,173 millones de pesos).<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Suárez Ibarrola, Jimena y Madrazo Lajous, Alejandro, “El derecho a la salud en México: superando aspiraciones constitucionales mediante su exigibilidad judicial”, en Esquivel, Gerardo *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario*, t. 3: *Estudios económicos y sociales*, México, UNAM-Senado de la República, 2017, p. 414.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 420.

<sup>33</sup> Portugal Gouvêa, Carlos, “Social Rights against the Poor”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Viena, vol. 7, 2013, p. 455.

El problema, de acuerdo con Portugal Gouvêa, ha sido que, cuando los derechos sociales se individualizan judicialmente, las políticas públicas se distorsionan, al obligar a redireccionar los recursos públicos que originalmente tenían otro destino. Por ejemplo, una de las situaciones más litigadas desde 1988 fue la de los pacientes que requerían medicamentos para atender el VIH. Una década después, los litigios empujaron a que la política nacional de salud pusiera a este padecimiento como el problema principal del gobierno. De acuerdo con Portugal Gouvêa, para 2007, el presupuesto federal destinado a comprar medicamentos en contra del VIH y atender la situación equivalía a 86% del presupuesto destinado a la distribución de todos los demás medicamentos para la población en general.<sup>34</sup>

Claramente, el argumento no implica decir que los pacientes con SIDA no deberían recibir atención médica, sino que el hecho de que la política pública de salud haya sido modificada desde el ámbito judicial, en un contexto en el que el gobierno tiene recursos limitados y los jueces cuenta con posibilidades de generar efectos mediante sus sentencias, obliga a hacer cambios en las políticas de adquisición de medicamentos. En el agregado, esto puede ser contraproducente al afectarse a más personas y sacrificar el derecho a la salud del resto de la población, lo que puede verse en la contención del gasto para otras enfermedades con mayor mortalidad en Brasil, como la malaria o el dengue. Al comprar los medicamentos a las farmacéuticas como parte del cumplimiento de una sentencia, había una oportunidad desperdiciada de plantear una política pública más amplia, ya que se pagaban costos excesivos que terminaban beneficiando a los pacientes de una enfermedad donde sabían litigar y, mayormente, a las compañías farmacéuticas. Durante veinte años, los pacientes de enfermedades que no litigaban sus derechos se vieron afectados por ello, pues una parte importante del gasto de salud se utilizaba para pagar los costosos medicamentos de quienes sí litigaban. La situación no cambió sino hasta 2009, cuando el gobierno brasileño logró negociar con las compañías para poder producir un antirretroviral genérico, lo cual le permitió tener ahorros significativos.

La judicialización de los derechos sociales puede tener consecuencias redistributivas considerables; por ejemplo, al analizar una muestra de demandas en Brasil para solicitar el otorgamiento gratuito de medicamentos experimentales o no autorizados aún por el Ministerio de Salud, 51% de los litigios eran hechos por individuos libres de vulnerabilidades sociales,

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 466.

siendo que, a nivel nacional, sólo 22% de la población vive en esta situación, es decir, “los sectores más ricos de la población se benefician más de la protección individual del derecho a la salud”.<sup>35</sup> La vía judicial como medio de implementación de la política social introdujo una tensión que pasa por la preocupación presupuestal del Estado, pero que también tiene otras dimensiones relevantes, como la redistribución.<sup>36</sup>

Poner atención en las implicaciones de políticas públicas de una sentencia es una de las consecuencias de uno de los episodios paradigmáticos de la intervención judicial en el proceso de política social que sucedió en Sudáfrica, en 1997, al resolver la disputa de Soobramoney contra el Ministerio de Salud.<sup>37</sup> En este caso, un ciudadano con falla renal crónica y sin los recursos necesarios para pagar un tratamiento privado demandó, amparado en el derecho al tratamiento médico de emergencia y en el derecho a la vida (ambos estipulados en la Constitución), que el servicio médico estatal le proveyera de diálisis regulares. Sin embargo, en el hospital correspondiente sólo había veinte máquinas que proveían este tratamiento, por lo que había una serie de manuales y políticas para definir el acceso prioritario a dicha intervención, lo cual implicaba que el demandado no pudiera saltarse la lista de pacientes determinada por este método. La Corte Suprema intervino para decidir si estas políticas para regular el acceso al tratamiento violaban la obligación constitucional de proteger el derecho a la vida. Dado que la falla renal crónica sí es un padecimiento médico, pero cuya atención no puede enmarcarse como un “tratamiento médico de emergencia” que ponga en riesgo la vida de manera inmediata, interpretar que la estipulación de una reglamentación para el acceso violaba de manera absoluta el derecho a la vida y que, por lo tanto, la atención del demandante debía imponerse por encima de la situación y limitantes de recursos podría, paradójicamente, comprometer la obligación del Estado para proteger la vida del resto de los ciudadanos. Vale la pena recuperar algunos fragmentos del razonamiento de la Corte:

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 469 y 470.

<sup>36</sup> Agradecemos el apoyo de Jimena Ruiz Cabañas Rivero, egresada de Derecho en el CIDE, por su colaboración en esta discusión, al compartirnos las hipótesis de su tesis de licenciatura (en progreso), titulada “Justiciabilidad del derecho a la salud y diálogo inter-orgánico”.

<sup>37</sup> Constitutional Court of South Africa, *Case CCT 32/97. Thiyagraj Soobramoney v. Minister of Health*, 27 de noviembre de 1997, disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.pdf> (fecha de consulta: 12 de agosto de 2017).

Se estima que el costo para el Estado del tratamiento de un paciente crónico mediante diálisis renal provista dos veces a la semana en un hospital estatal es de aproximadamente 60,000 rands por año. Si todas las personas en Sudáfrica que sufren de una falla renal crónica fueran provistas con diálisis y muchos de ellos, como el demandante, requirieran tratamiento tres veces a la semana, el costo de hacerlo tendría impactos significativos en el presupuesto de salud. Y, además, si este principio fuera aplicado a todos los pacientes que reclaman acceso a medicamentos o drogas extremadamente costosas, el presupuesto de salud se vería dramáticamente incrementado, en perjuicio de las otras necesidades que el Estado debe cumplir.

Estas opciones involucran difíciles decisiones que tienen que tomarse en el nivel político para ajustar el presupuesto de salud y, en el nivel funcional, decidir entre una serie de prioridades a alcanzar... Aunque el problema de los recursos escasos es particularmente agudo en el caso de Sudáfrica, este no es particularmente un problema sudafricano. Es un problema en el que los administradores de un hospital y los doctores enfrentan en otras partes del mundo y en el que tienen que tomar decisiones similares. En la decisión de este caso referimos a las decisiones de las cortes de Reino Unido, en las que se ha decidido que es indeseable que una corte ordene cómo los recursos médicos escasos deberían de ser aplicados y el peligro de dictar órdenes para que los recursos sean utilizados en un paciente en particular, lo que podría tener el efecto de negar esos recursos a otros pacientes que pudieran necesitarlos y a quienes podrían dedicarse de una manera más provechosa.<sup>38</sup>

Esto no significa que la Corte permitiera justificar cualquier negativa de tratamiento con base en la escasez de recursos, sino que, en términos de Nicolás Espejo, al ponderar la judicialización de derechos sociales, la decisión de la Corte debía superar un “test de razonabilidad” que permitiera un nivel mínimo de “coherencia, generalidad y efectividad”.<sup>39</sup> Precisamente por ello, cuando la misma Corte se enfrentó en 2002 al caso del Ministerio de Salud contra la “Treatment Action Campaign” (Campaña de Acción y Tratamiento), en el que se debatió el suministro de *Nevirapina* como tratamiento del VIH para evitar la transmisión de madre a hijo, la decisión

<sup>38</sup> Traducción propia a partir de la sentencia original. *Ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>39</sup> Espejo-Yaksic, Nicolás, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de derecho: un modelo de justiciabilidad”, en Arcidiácono, Pilar *et al.* (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, p. 182.

fue diferente.<sup>40</sup> Cerca de cinco millones de personas, entre niños y adultos, vivían con VIH en Sudáfrica, lo que provocaba 260,000 muertes anuales y una tasa de prevalencia de 17.7% en adultos; al mismo tiempo, el gobierno no había hecho lo necesario para que el medicamento estuviera disponible, ya que no había siquiera un programa nacional dedicado a intervenir en este problema. El hecho de que el Estado hiciera caso omiso de manera total ante el problema sí implicaba una violación a su obligación constitucional, por lo que la medida obligó al gobierno a diseñar un plan nacional, no sólo enfocado en los demandantes, para intervenir y facilitar el acceso al tratamiento de las madres infectadas.

De esta manera, es claro que no hay un criterio absoluto en el que se niegue o apruebe *ex ante* la judicialización de los derechos sociales como un mecanismo ideal para su aterrizaje en la realidad; pero la intervención judicial debe obedecer a un criterio de razonabilidad casuístico, ya que hay ocasiones en que la interpretación a pies juntillas de un derecho como absoluto puede implicar tensiones inherentes con los derechos del resto de la sociedad y de aquellos que no son parte dentro del juicio particular. El aprendizaje de la experiencia sudafricana sugiere que el “test de razonabilidad” propuesto requiere que toda decisión judicial supere, si pretende hacer justiciables los derechos sociales, seis pruebas:

1. Las medidas deben ser comprehensivas —el programa adoptado por el Estado debe hacerse cargo de todos los aspectos críticos presentes en la realización del derecho social— y coordinadas —el programa debe ser coherente como un todo, debe identificar con precisión los distintos niveles y esferas de responsabilidad de cada institución gubernamental—.

2. Deben existir los recursos financieros y humanos necesarios para implementar las medidas decretadas por el Estado. De lo contrario resultarían meramente formales y por lo tanto fútiles.

3. Las medidas adoptadas por el Estado deben ser razonablemente concebidas y razonablemente implementadas —lo que supone que no sólo sean aprobadas en papel, sino que en efecto se puedan llevar a cabo—.

4. Las medidas que prevé el Estado deben ser balanceadas y flexibles, capaces de responder a la crisis y a las necesidades inmediatas, y de mediano y largo plazo.

<sup>40</sup> Constitutional Court of South Africa, *Case CCT 9/02. Minister of Health v. Treatment Action Campaign and others*, 5 de julio de 2002, disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.pdf> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2017).

5. Las medidas decretadas por el Estado no deben excluir segmentos significantes de la sociedad, ni dejar de considerar aquellos niveles de protección de cada derecho que han quedado fuera del plan. Siempre deben de ser capaces de responder a los niveles de privación extrema de quienes viven en condiciones desesperadas.

6. Finalmente, las medidas adoptadas deben ser transparentes. Esto quiere decir que la población debe tener conocimiento de ellas tanto durante su concepción como cuando ya han sido efectivamente implementadas.<sup>41</sup>

Si no se puede superar alguno de estos requisitos, la decisión judicial necesariamente entrará en conflicto con una esfera más amplia de derechos e, incluso, cuando se pretenda proteger a un solo individuo o grupo, podría haber consecuencias redistributivas negativas considerables, desde perjudicar a quienes de verdad se encuentran más desprotegidos hasta beneficiar de manera desproporcionada a ciertos grupos o individuos mejor posicionados para aprovechar los beneficios de los instrumentos legales disponibles.

Esta posibilidad ha comenzado a materializarse en nuestro país en diferentes áreas. El caso que se analiza a continuación pretende mostrar algunas áreas de riesgo de la implementación de la reforma de derechos humanos, ya que, demandando una mayor protección amparado en el principio pro persona y en una argumentación que privilegió los derechos de fuente internacional, se logró distorsionar una política pública fundamental: las prioridades de gasto público en salud. En este episodio, además, los amparos interpuestos por los pacientes fueron organizados por la empresa farmacéutica beneficiada cuando el Poder Judicial obligó a las autoridades a comprar el medicamento en cuestión.

#### IV. EROSIONANDO LA POLÍTICA PÚBLICA: EL CASO DE LOS MEDICAMENTOS HUÉRFANOS

Los medicamentos, materiales y suministros utilizados por los servicios de salud pública en México se encuentran enlistados en un instrumento oficial denominado “Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud”. De acuerdo con la norma, este listado deberá permanecer constantemente actualizado al incluir, modificar y excluir diversos insumos mediante un

<sup>41</sup> Espejo-Yaksic, Nicolás, *op. cit.*, pp. 181 y 182.

procedimiento en el que participan la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), así como diversas instituciones de salud, que conforman la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud. El objetivo es que sólo se encuentren dentro del Cuadro Básico aquellos medicamentos que han comprobado y certificado su eficiencia, seguridad y eficacia terapéutica.<sup>42</sup> De acuerdo con la norma, la exclusión de un medicamento del Cuadro Básico se da cuando hay un comunicado adverso emitido por el Centro Nacional de Farmacovigilancia; cuando existe otro insumo con la misma indicación, pero con mayor eficacia y menor riesgo, o cuando haya otro insumo con la misma indicación que demuestre minimización de costos y mejores condiciones de costo-efectividad, costo-utilidad o costo-beneficio.<sup>43</sup> Una vez que un medicamento forma parte del Cuadro Básico, los derechohabientes de los sistemas de salud tienen derecho a recibirlo como tratamiento.

Hay padecimientos que tienen una incidencia muy baja dentro de la población y, si existen menos de 5 casos por cada 10,000 habitantes, son considerados raros. Dichas enfermedades son difíciles de diagnosticar, han sido poco estudiadas científicamente o tienen escasos datos epidemiológicos. Por ello, en la mayoría de los casos carecen de tratamientos efectivos. Cuando una persona padece alguna enfermedad de este tipo, la mayor parte de los tratamientos resultan paliativos y, sólo en algunos casos, existen medicamentos particulares y efectivos para dichos padecimientos. Cuando los hay, éstos son denominados “medicamentos huérfanos” y deben cumplir con la normatividad de la Cofepris, solicitando un registro sanitario para poder ser distribuidos en el país. Tener la autorización para ser vendido no significa que todos puedan obtenerlo dentro de sus servicios de salud (en particular los públicos), ya que no suelen formar parte del Cuadro Básico, porque su efectividad no está plenamente comprobada aún.

La industria de los medicamentos huérfanos es una de las más prósperas y rentables en los últimos años. En 2016, las farmacéuticas obtuvieron 114,000 millones de dólares por la venta de este tipo de medicamentos, lo que representó 16.4% de sus ventas totales. Se espera que en 2022 sus ventas sean por 209,000 millones y los medicamentos huérfanos representen 21.4% del total de ingresos por venta de medicinas de las farmacéuticas. Dada la poca prevalencia entre la población de los males que mediante

<sup>42</sup> Véase el Reglamento Interior de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud.

<sup>43</sup> *Ibidem*, artículo 32.

ellos buscan remediar, sus precios suelen ser más elevados. El costo del tratamiento por un año de un paciente promedio del mundo es de 27,756 dólares; en contraste, el costo promedio para un paciente con una enfermedad huérfana es de 140,443 dólares, es decir, una diferencia de más de 5 veces.<sup>44</sup>

Uno de los medicamentos más caros del mundo, y que en algún momento encabezó la lista como el más caro de todos, es un medicamento huérfano denominado *Soliris* (cuyo compuesto activo es el eculizumab), fabricado por Alexion Pharmaceuticals y utilizado en el tratamiento de la enfermedad hemoglobinuria paroxística nocturna. Forbes señaló que en 2010 el tratamiento anual con este fármaco era el más caro del mundo, con un costo de 409,500 dólares al año por persona, es decir, alrededor de 7 millones de pesos, al tipo de cambio vigente en ese año.<sup>45</sup> Esta empresa, que para 2016 tuvo ventas por este solo medicamento de 2,843 millones de dólares,<sup>46</sup> fue una de las beneficiadas con la reforma de derechos humanos, ya que logró poner en jaque al sistema de salud mexicano al obligarlo temporalmente a comprar su medicamento y, después, a considerar su inclusión dentro del Cuadro Básico.

En México se sabe que 77 personas padecen la enfermedad hemoglobinuria paroxística nocturna.<sup>47</sup> En muchos de estos expedientes, el diagnóstico se había realizado años atrás, y en algunos casos desde los noventa.<sup>48</sup> En ausencia de un medicamento definitivo para el tratamiento, las autoridades habían establecido una serie de tratamientos paliativos.

*Soliris*, como una medida posible de tratamiento a esta enfermedad rara, obtuvo en agosto de 2010 el permiso por la Cofepris para poder ser importado y comercializado en México.<sup>49</sup> Esta reglamentación fue de la mano

<sup>44</sup> Evaluate Pharma, *Orphan Drug Report 2017*, Londres, Evaluate Pharma, 2017, p. 17, disponible en: <http://info.evaluategroup.com/rs/607-YGS-364/images/EPOD17.pdf> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).

<sup>45</sup> Herper, Matthew, “The World’s Most Expensive Drugs”, *Forbes*, 22 de febrero de 2010.

<sup>46</sup> Evaluate Pharma, *op. cit.*

<sup>47</sup> Véase la Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción del expediente 381/2013, turnado al ministro Luis María Aguilar Morales y resuelto el 30 de abril de 2014.

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, el Amparo en revisión 350/2014, resuelto por la Segunda Sala el 17 de septiembre de 2014, foja 16.

<sup>49</sup> Secretaría de Salud, “México reconoce productos huérfanos en beneficio de 50 mil pacientes”, Comunicado de prensa del 13 de septiembre de 2010.

con la adición de los artículos 224 bis y 224 bis 1 a la Ley General de Salud, en los que se señalaba que

La Secretaría de Salud implementará las medidas y acciones necesarias a efecto de impulsar y fomentar la disponibilidad de los medicamentos huérfanos, haciéndolos asequibles para la población. Asimismo, la Secretaría de Salud podrá emitir recomendaciones a los Institutos Nacionales de Salud para la investigación y el desarrollo de medicamentos con potencial en su efectividad.<sup>50</sup>

Con estas adecuaciones, diversos medicamentos huérfanos comenzaron a ser comercializados en el país a partir de 2010, aunque no podían ser otorgados por las instituciones de salud, ya que no formaban parte del Cuadro Básico. Sin embargo, a inicios de 2012 se comenzó un proceso nacional de acción colectiva coordinado por la farmacéutica interesada en su venta, en la que pacientes diagnosticados con hemoglobinuria paroxística nocturna empezaron a demandarle al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) que les suministrara el medicamento *Soliris*, que era indispensable para su tratamiento. Para incentivar el uso del medicamento, la farmacéutica encargada de la distribución de este producto comenzó por proporcionar el fármaco de manera gratuita a algunos pacientes diagnosticados.<sup>51</sup> En los expedientes se relata cómo la conveniencia de utilizar el medicamento *Soliris* como un tratamiento para la enfermedad no provenía de una recomendación o receta por parte de los médicos, sino de la “iniciativa” de los propios pacientes.<sup>52</sup>

En todos los casos, el IMSS resolvió que no podía otorgar el medicamento, entre otros motivos, porque éste no se encontraba en el Cuadro Básico debido a que la efectividad como tratamiento para su enfermedad aún no estaba plenamente demostrada y porque su prescripción implicaba riesgos de salud pública. Si bien el medicamento tenía un efecto positivo en los pacientes, sus resultados eran paliativos y también implicaban un riesgo para la salud pública. En la ficha de aprobación para su venta, emitida en 2007 por la oficina de Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA, por sus siglas en inglés), se señala de manera prominente: “PELIGRO. Han ocurrido infecciones meningocócicas severas y mortales en pacientes

<sup>50</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 30 de enero de 2012.

<sup>51</sup> Magaloni, Ana Laura, “Los derechos y sus costos”, *Reforma*, 26 de julio de 2014.

<sup>52</sup> Amparo en revisión 350/2014, *cit.*, foja 34.

tratados con Soliris. Las consecuencias pueden tornarse rápidamente mortales o fatales si no son reconocidas y tratadas oportunamente<sup>53</sup>. Enfermedades mortales y contagiosas, como la meningitis o sepsis, son un riesgo asociado con este medicamento. Por ello, la única manera en la que puede ser vendido en Estados Unidos es mediante la aplicación de un programa de evaluación y mitigación (Risk Evaluation and Mitigation Strategy o REMS), que es un riguroso mecanismo administrativo-hospitalario bajo el control de la FDA.

Ante la negativa de atender la demanda para recibir este medicamento en específico, a inicios de julio de 2012 los pacientes de todo el país comenzaron a promover juicios de amparo en 17 diferentes puntos del país, en los que se argumentó que las autoridades sanitarias estaban negando una atención médica integral oportuna y en distintos agravios expresaron la violación al derecho a la salud consagrado en diversos tratados internacionales, por lo que se exigía la inclusión del fármaco en el Cuadro Básico.<sup>54</sup>

El debate legal alrededor de éste y otros medicamentos huérfanos no ha sido exclusivo de México. Por ejemplo, en 2013 el Ministerio de Salud de Bélgica resolvió no proporcionar el fármaco *Soliris* a un niño de 7 años. La decisión no fue revocada legalmente, sino que el Ministerio entró en una negociación política con la farmacéutica para que el medicamento pudiera ser adquirido a un menor precio, ya que, como hemos visto, el costo comercial del tratamiento llegó a ser el más alto del mundo.<sup>55</sup> Igualmente, desde 2015 el gobierno canadiense comenzó una batalla legal con la farmacéutica Alexion, pues la Patented Medicine Prices Review Board (Junta de Revisión de Precios de Medicamentos Patentados) consideró que los precios del tratamiento *Soliris* eran excesivos para sus beneficios, por lo que buscó reducir el precio de compra para poder hacerlo accesible y compatible con su presupuesto de salubridad.<sup>56</sup> Asimismo, en Reino Unido el Servicio Nacional de Salud ha impuesto límites a los precios que pagará por las medicinas, llevando a las farmacéuticas a explorar opciones legales

<sup>53</sup> Food and Drug Administration, “Highlights of Prescribing Information. Soliris”, 2007, disponible en: [https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda\\_docs/label/2017/125166s417lbl.pdf](https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2017/125166s417lbl.pdf) (fecha de consulta: 25 de febrero de 2018).

<sup>54</sup> Amparo en revisión 350/2014, *cit.*, foja 34.

<sup>55</sup> Crow, David, “US Insurers Balk at Expensive «Miracle Drugs»”, *Financial Times*, 27 de febrero de 2017.

<sup>56</sup> Patented Medicine Prices Review Board, “Backgrounder. Excessive Price Hearing: Soliris (Alexion Pharmaceuticals Inc.)”, 2017.

y, en la misma medida, a negociar con el gobierno para llegar a un punto medio.<sup>57</sup> En el agregado, las investigaciones de salud pública han determinado que “el tratamiento con eculizumab no alcanza los criterios estándar de costo-efectividad porque los beneficios son insuficientes para justificar sus altos costos”<sup>58</sup>

Regresando al caso nacional, los días 19 y 20 de julio de 2012 las autoridades intentaron incidir en la estrategia legal de la farmacéutica, por lo que la Cofepris emitió los oficios CAS/OR/01/1071/2012 y CAS/OR/01/1072/2012, con los que se prohibió la importación de *Soliris*.<sup>59</sup> Esta resolución fue retomada inmediatamente por los pacientes, quienes ampliaron sus demandas para incluir una impugnación a la emisión de estos oficios. Esto permite suponer que la farmacéutica estaba detrás de los litigios. Esta presunción se sustenta también en el análisis que posteriormente hizo la SCJN, en el que señaló como una causal de improcedencia del amparo que, “incluso, de las documentales que constan en autos, se desprende que no fue la quejosa, sino la empresa, quien solicitó, en dos ocasiones, esa inclusión [en el Cuadro Básico]”.<sup>60</sup> Dado que la estrategia legal de la farmacéutica intentó argumentar la violación a partir de la prohibición, la Cofepris volvió a autorizar la comercialización, fabricación y distribución del medicamento en septiembre de 2012.<sup>61</sup>

A principios de 2013, y durante el resto del año, los diversos juicios comenzaron a ser resueltos por los tribunales federales, otorgando la razón a los pacientes, por lo que las autoridades de salud estaban obligadas a otorgar el medicamento huérfano demandado.<sup>62</sup> Al analizar la argumentación de los jueces de distrito, puede apreciarse que la aplicación de algunos elementos de la reforma de derechos humanos jugó un papel determinante, ya que se explica que otorgan el amparo, entre otros razonamientos, porque se vulneraban diversos ordenamientos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como

<sup>57</sup> Neville, Sarah, “UK Drugs Groups Seek Court Block on NHS Price Limits”, *Financial Times*, 10 de julio de 2017.

<sup>58</sup> Coyle, Doug *et al.*, “Opportunity Cost of Funding Drugs for Rare Diseases. The Cost-Effectiveness of Eculizumab in Paroxysmal Nocturnal Hemoglobinuria”, *Medical Decision Making*, vol. 34, núm. 8, julio de 2014, p. 1026.

<sup>59</sup> Amparo en revisión 350/2014, *cit.*, foja 26.

<sup>60</sup> *Ibidem*, foja 28.

<sup>61</sup> *Ibidem*, foja 32.

<sup>62</sup> “Genera polémica medicamento huérfano”, *Reforma*, 7 de diciembre de 2013.

la Observación general núm. 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.<sup>63</sup>

La farmacéutica había logrado que su producto tuviera que ser adquirido por el Estado mexicano a un costo por paciente de 7 millones de pesos y suministrado, aun bajo la negativa de los propios médicos y sin haber pasado por el procedimiento de verificación de los criterios de costo-eficiencia, seguridad y eficacia terapéutica necesarios para ser incluido en el Cuadro Básico. Ante esta irregularidad, las autoridades involucradas apelaron las decisiones de los tribunales federales, señalando, entre otros argumentos, que “la concesión de amparo pone en riesgo la vida de la quejosa y de la comunidad en general por su alto nivel de contagio”,<sup>64</sup> ya que la administración del medicamento tenía aparejada una serie de riesgos sanitarios. Dada la complejidad de los casos, éstos fueron atraídos por la Segunda Sala de la SCJN, que resolvería en bloque 14 juicios de amparo.

La resolución no llegaría sino hasta un año después, en septiembre de 2014. Durante este tiempo, las autoridades de salud tuvieron que seguir comprando el fármaco a la empresa que los había derrotado en juicio. En algunos casos, esto significó pagar a la compañía el tratamiento por cerca de 18 meses, es decir, alrededor de 10 millones de pesos por persona; multiplicado por 14 casos (considerando sólo los resueltos por la Corte), esto implicó, al menos, un gasto extraordinario de 140 millones de pesos. Antes de hacer una evaluación de la resolución de los jueces, vale la pena tener una dimensión de la implicación de este gasto no considerado dentro de las políticas públicas de salud: esos 140 millones equivalen a 20% del presupuesto que el IMSS asignó para “Investigación y desarrollo tecnológico en salud”, que fue de 727 millones de pesos. Igualmente, si se considera que el costo unitario de una sesión de quimioterapia es de 7,169 pesos, esto equivale a cerca de 19,555 tratamientos.<sup>65</sup>

En septiembre de 2014, la Segunda Sala de la SCJN, finalmente, discutió este grupo de amparos. La primera línea de análisis consistió en verificar si realmente existía una vulneración al derecho a la salud. La Corte detectó que, al buscar ampararse para revertir la negativa de la comercialización y la inclusión en el Cuadro Básico, en realidad “ningún perjuicio

<sup>63</sup> Amparo en revisión 351/2014, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN, foja 23.

<sup>64</sup> Amparo en revisión 350/2014, *cit.*, foja 36.

<sup>65</sup> IMSS, “Aprobación de los Costos Unitarios por Nivel de Atención Médica actualizados al año 2018”, disponible en: <http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/acuerdos/4165.pdf> (fecha de consulta: 17 de febrero de 2018).

generó en la esfera jurídica de la quejosa..., porque a ésta no fue a quien le negaron la posibilidad de comercializar, distribuir, importar, almacenar, fabricar o acondicionar el producto denominado”.<sup>66</sup>

En segundo lugar, la Corte analizó la situación de la inclusión o no de algún medicamento en el Cuadro Básico. De acuerdo con su reflexión y con la normatividad vigente, solicitar la inclusión de un medicamento al Cuadro Básico sólo es posible a través de la petición de ciertas autoridades designadas<sup>67</sup> y mediante un procedimiento riguroso de evaluación, por lo que no era posible que una persona pudiera solicitar su inclusión o que se impusiera por medio de una simple sentencia, más cuando la misma empresa ya lo había intentado y había fracasado.

Finalmente, la Corte señaló que sí existe una obligación por parte del Estado para garantizar el derecho a la salud, por lo que “la atención médica respecto de padecimientos que por sus características se consideren raros y que requieran de medicamentos huérfanos para su tratamiento, inciden directamente en el derecho fundamental de protección a la salud y, desde luego, en la esfera jurídica de los derechohabientes”.<sup>68</sup> Así, el tratamiento ante enfermedades raras no puede ser negado, pero esto no es equivalente a que la autoridad esté obligada a utilizar medicamentos que no han aprobado los procedimientos necesarios que demuestren su efectividad, así como su costo-eficiencia y costo-utilidad. “El derecho humano a la protección de la salud, no implica que el Instituto Mexicano del Seguro Social esté obligado a suministrar cualquier medicamento que le sea solicitado por sus derechohabientes y beneficiarios”.<sup>69</sup> Al hacer una evaluación de las pruebas presentadas por todas las partes, el máximo tribunal concluyó que

...la quejosa no acreditó de manera contundente y plena una mayor seguridad, eficacia terapéutica y eficiencia del medicamento soliris [eculizumab], entonces no demostró la violación al derecho del nivel más alto de salud; ya

<sup>66</sup> Amparo en revisión 350/2014, *cit.*, foja 42.

<sup>67</sup> Artículo 27 del Reglamento Interior de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud: “Podrán solicitar actualizaciones de los insumos en el Cuadro Básico y Catálogo, las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud, las organizaciones científicas, las academias y consejos de especialidad, los proveedores, las instituciones gubernamentales, así como los miembros de la Comisión, el Secretario y el Presidente del Consejo de Salubridad General”.

<sup>68</sup> Amparo en revisión 350/2014, *cit.*, foja 83.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 114.

que, incluso, tampoco demostró que el tratamiento que recibe de las autoridades no haya sido seguro, eficaz y eficiente.<sup>70</sup>

Por lo tanto:

...la negativa de otorgar el citado medicamento no contraviene el derecho a la salud que está protegido a nivel constitucional, porque si este derecho humano implica para el Estado garantizar la disponibilidad de medicamentos que resulten eficientes, seguros y eficaces; entonces, este derecho se protege de igual manera, en sentido negativo, cuando no se suministra un medicamento que no ha comprobado su eficacia, seguridad y eficiencia, porque de lo contrario se estaría poniendo en riesgo la salud de las personas y, de esa manera, violentando el derecho humano a la salud.<sup>71</sup>

Así, la resolución de la Corte retiró la obligación de continuar otorgando el medicamento; empero, una parte de su argumentación concluyó que el IMSS sí tenía la facultad y la obligación de tomar las medidas adecuadas para procurar la disponibilidad de “medicamentos que curen y alivien las enfermedades que aquejan a las personas”, por lo que, a pesar de retirar el amparo, la Corte obligó al IMSS a iniciar el procedimiento para evaluar la inclusión del medicamento en cuestión en el Cuadro Básico. Hasta el momento de escribir este artículo, el medicamento no ha sido aprobado por la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud, pero el impacto presupuestario y sus consecuencias en las políticas públicas durante el año y medio que tuvo que ser adquirido de manera forzosa no fueron menores, además de que abrieron un precedente para que otras empresas siguieran el mismo camino. A diferencia de los ejemplos internacionales en los que la política pública ha tratado de hacer frente al precio desmedido de estos fármacos mediante compras negociadas a menores costos, esta clase de resoluciones judiciales llevan a que los principales beneficiarios de la reasignación del gasto público no sean los propios pacientes, sino, en buena medida, las compañías farmacéuticas.

Como una respuesta institucional a este problema, en enero de 2017 el gobierno creó la Comisión de Evaluación, Registro y Seguimiento de Enfermedades Raras, que estará integrada por el titular de la Cofepris, así

<sup>70</sup> Amparo en revisión 351/2014, *cit.*, foja 46.

<sup>71</sup> *Ibidem*, foja 47.

como por un representante de las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, del IMSS, del ISSSTE y de Pemex. También habrá un representante de la Subsecretaría de Prevención y Promoción a la Salud; de la Comisión Coordinadora de Institutos Nacionales de Salud y Hospitales de Alta Especialidad, y de la Comisión Nacional de Bioética, así como un representante de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la Academia Nacional de Medicina, del Instituto Politécnico Nacional y de las academias mexicanas de Cirugía y de Pediatría.<sup>72</sup> El objetivo de este órgano es tener un seguimiento preciso de las enfermedades raras en México, así como discutir de manera regular la posibilidad de recomendar la inclusión o no de nuevos fármacos para su tratamiento. Aún deberá darse seguimiento a los trabajos de esta institución para evaluar los resultados e implicaciones de sus decisiones; sin embargo, creemos que es un paso correcto el haber pasado de la política pública basada en la decisión judicial a un proceso decisional que, tal como recomienda el test de razonabilidad propuesto, se apalanque en una estrategia coordinada con la administración pública para la materialización de los derechos de las personas fuera del papel.

## V. CONCLUSIONES

El Poder Judicial tiene como misión garantizar los derechos de los mexicanos, incluidos los sociales. De lo contrario, no serían derechos, sino meros deseos. Sin embargo, si el Poder Judicial no considera los alcances de sus decisiones, estamos ante dos riesgos: 1) que la reforma de derechos humanos no sirva más que en casos extremos y, en general, asociados con quienes tienen dinero para navegar el complejo entramado de la justicia mexicana, y 2) el desbordamiento de peticiones ante las ya frágiles capacidades del Estado mexicano para proveer servicios educativos, de salud y otros asociados a derechos sociales que terminen siendo resueltas judicialmente sin una perspectiva de política pública.

A partir de las reformas en materia de derechos humanos, casi cualquier política pública puede ser afectada por un amparo. En 2012, una organización indígena en Guerrero se amparó por la mala calidad de la escuela en la zona de la montaña en el municipio de Atlixtac y demandó la construcción

<sup>72</sup> “Crean comisión para estudiar las enfermedades raras en México”, *Enfoque Noticias*, 19 de enero de 2017.

de un centro preescolar.<sup>73</sup> El gobierno dice que no tiene dinero para mejorarla. ¿Cómo puede cumplir la sentencia? Sacando dinero de otro lado. En un caso como éste, parecería que sobran partidas inútiles frente al derecho a la educación de un niño;<sup>74</sup> sin embargo, aun en estas situaciones, los jueces deben ponderar las implicaciones presupuestales y distributivas de sus decisiones, así como el impacto en las políticas públicas y en la capacidad del gobierno de explorar otras opciones, como en los casos internacionales relatados.

Por ello, creemos que la SCJN debe pensar en la definición e implementación de reglas como las derivadas de la experiencia de Sudáfrica y el “test de razonabilidad”, para que éstas tengan que considerarse dentro de las decisiones del resto de tribunales federales cuando se trate de judicialización de derechos sociales y políticas públicas. Si regresamos a la primera de las seis pruebas, era claro que el otorgamiento en primera instancia del medicamento huérfano no hubiera superado este test, ya que no se planteó una estrategia coordinada con las instituciones de salud involucradas, las cuales ya se encargaban del tratamiento de los pacientes antes de la intervención jurídica de las farmacéuticas. De haber superado la primera prueba, la intervención judicial también se hubiera enfrentado a la segunda, o sea, la presupuestal, en la que su decisión hubiera requerido de un diálogo sobre los elementos presupuestales y materiales con los que se realizaría. Finalmente, la discusión sobre costo-efectividad de la medida tampoco hubiera sido superada. Si queremos que la judicialización de derechos sociales pueda tener una perspectiva de política pública, hacer que el juez considere cómo materializar sus decisiones de la mano con el resto de la administración pública puede abrir la puerta a un ejercicio para beneficiar a la mayor cantidad posible de personas con su intervención.

Tener esto en consideración es fundamental para aterrizar la reforma en materia de derechos humanos. Las buenas intenciones de ésta son innegables, pero las dinámicas de nuestro entramado jurídico también representan un desafío que merece ser incluido en los análisis para diseñar mecanismos que realmente ayuden a cumplir los propósitos de mejorar, en la práctica, los derechos humanos de los más necesitados y no sólo de unos cuantos.

<sup>73</sup> Otero, Silvia, “Comunidad indígena gana amparo; quieren una escuela”, *El Universal*, 10 de julio de 2012.

<sup>74</sup> Para ver el redireccionamiento del gasto para algunas partidas indeseables, consultese Núñez González, Leonardo, *¿Y dónde quedó la bolita? Presupuesto de Egresos ficticio. Cómo el gobierno hace lo que quiere con nuestro dinero*, México, Aguilar, 2017.

Finalmente, existen muchos otros temas de gran impacto que derivan de la aplicación de la reforma en materia de derechos humanos y que no fueron ni han sido debidamente considerados como un potencial problema. No tienen que ver con políticas públicas y la justiciabilidad de derechos como la educación y la salud, sino con algo incluso más elemental: la seguridad pública. Por ejemplo, ¿debe un juez soltar a un criminal confeso por un error procesal o sólo debe reponerle el proceso?

Lo primero está sucediendo con alarmante regularidad con casos de peligrosos criminales confesos o capturados en flagrancia que han quedado en libertad.<sup>75</sup> Por supuesto, son importantes los derechos humanos de todos y el debido proceso de cualquier juicio, mas no parece que estas reformas, hasta ahora, hayan tenido un impacto positivo para la mayoría de los mexicanos; en cambio, sí lo está teniendo en presos de alta peligrosidad con el dinero para pagar buenos abogados que han sabido navegar en estas nuevas aguas judiciales y obtener beneficios cuestionables. Se pensaba que, al obligar a los ministerios públicos a respetar el debido proceso, llevaría a la profesionalización de éstos y a la elaboración de mejores investigaciones para que los jueces no liberen a quienes apresen; sin embargo, esto no está sucediendo. Basta con ver que el porcentaje habitual de errores cometidos por el Ministerio Público que llevan a la negación de la justicia en 2015 fue de 6.4%, comparado con una proyección de 20% al siguiente año, en el que los acusados no fueron vinculados a proceso, principalmente, por “violaciones al debido proceso, vulneración de los derechos humanos o una incorrecta integración del expediente”<sup>76</sup>

Igualmente, de 2015 a 2016 hubo una disminución, en la Ciudad de México, de 42% en los juicios iniciados en materia penal y 40% en justicia para adolescentes; sin embargo,

...obviamente no se trató de una saludable y milagrosa reducción de la criminalidad sino de la falta de preparación de las instituciones policiales y de procuración de justicia que llegaron al día de la implementación de la reforma como si no les concerniera también a ellos. Fue un año ideal para cometer delitos y salirse con la suya (todavía más que lo habitual).<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, Martí, Alejandro, “Con «procesos indebidos», liberan a secuestradores”, *El Universal*, 2 de mayo de 2016.

<sup>76</sup> Fondevila, Gustavo, “La reforma pendiente”, *Reforma*, 30 de enero de 2017.

<sup>77</sup> *Idem*.

Por ejemplo, de 2014 a agosto de 2017 disminuyó en 10,276 reos los presos de los penales de la Ciudad de México. En 2014 ingresaban, en promedio, 55 reos al día. En 2017, la cifra había caído 82%, hasta 10 diarios.<sup>78</sup> Estas cifras no se relacionan con un entorno de mayor paz, sino que han evolucionado de manera paralela a un recrudecimiento de la violencia criminal con las peores cifras, al menos desde 1997.<sup>79</sup>

La relación entre estos dos fenómenos aún debe ponerse a prueba; no obstante, en la opinión pública, la discusión rápidamente se dirigió por la clase política a vincularlas causalmente y a culpar a la reforma en el sistema de justicia penal (e indirectamente a la reforma de derechos humanos) como la responsable de crear un sistema de “puertas giratorias” para los criminales y alimentar las alzas en los crímenes. Esta expresión fue utilizada por la Conferencia Nacional de Gobernadores y por el propio secretario de la Defensa Nacional.<sup>80</sup> En su versión más resumida, el jefe de Gobierno de la Ciudad de México expresó que la reforma y el “hipergarantismo” eran la causa principal en el incremento de los delitos en la capital.<sup>81</sup> La opinión pública se ha dividido abiertamente ahora que hay un responsable, lo que ha llevado a que se plantee una contrarreforma para ajustar al sistema penal propuesta desde el propio Poder Ejecutivo.<sup>82</sup>

Esta vinculación entre reformas que pretenden beneficiar a todos, pero que sólo son aprovechadas por unos cuantos, y peor todavía cuando esos pocos son presuntos criminales de alta peligrosidad, puede volver políticamente insostenible las reformas de 2011 en materia de derechos humanos y provocar un retroceso autoritario en la materia. Se requiere, por ello, abrir una agenda de investigación para estudiar con mayor cuidado cómo lograr un adecuado balance entre la defensa de los derechos de todos y la capacidad de sancionar con prisión a los delincuentes más violentos, así como evitar que grupos en posiciones ventajosas, como las élites económicas con acceso preferencial al sistema de justicia, utilicen las nuevas

<sup>78</sup> Ruiz, Joel, “Liberan a 10 mil reos de cárceles de la capital”, *El Universal*, 7 de agosto de 2017.

<sup>79</sup> Hope, Alejandro, “La matanza de nunca acabar”, *El Universal*, 24 de julio de 2017.

<sup>80</sup> Vela, David Saúl, “Nuevo sistema de justicia, «puerta giratoria» para delincuentes: Cienfuegos”, *El Financiero*, 8 de diciembre de 2016.

<sup>81</sup> Domínguez, Pedro, “Aumento de delitos, por nuevo sistema penal acusatorio: Manzera”, *Milenio*, 22 de marzo de 2017.

<sup>82</sup> López, Lorena, “Alista Peña su propuesta de reformas al sistema judicial”, *Milenio*, 4 de agosto de 2017.

posibilidades jurídicas como instrumentos para tomar ventajas injustificadas que le cuesten a la colectividad. Para que este cambio de paradigma realmente beneficie a quienes debe, es necesaria más investigación y una discusión con mayor vinculación empírica hacia nuestro sistema de impartición de justicia y su relación con las políticas públicas. Los derechos no se materializan ni se hacen efectivos con meros cambios en el papel y, por el contrario, cargarlos de buenos deseos sin considerar posibles efectos negativos ni las dinámicas esperables a la hora de implementarlos pueden llevarnos dos pasos atrás de donde originalmente estábamos.



*Fecha de recepción:* 30 de octubre de 2017.

*Fecha de aceptación:* 23 de enero de 2018.