

Análisis Constitucional de la Norma Oficial Mexicana NOM-174-SSA1-1998, Para el Manejo Integral de la Obesidad¹

José Ramón Cossío Díaz*

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho en el ITAM, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F.

Resumen

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de cuatro votos, un amparo en el que había que dilucidar si ciertos artículos de la Norma Oficial Mexicana NOM-174-SSA1-1998, Para el Manejo Integral de la Obesidad resultaban o no violatorios de derechos humanos. En la sentencia aprobada por la mayoría se concluye que las restricciones son contrarias a la libertad prescriptiva o terapéutica, la cual, a su juicio, es parte esencial del derecho al trabajo. El ministro Cossío Díaz votó en contra y emitió un voto particular en el cual estimó que, en primer lugar, la libertad prescriptiva no es parte esencial del referido derecho, sino que funge como criterio orientador de la profesión médica. En segundo lugar, señala que el derecho al trabajo no es absoluto, toda vez que admite ciertos límites, siempre y cuando sean válidos constitucionalmente. Por ello, para determinar si son constitucionalmente válidos los requisitos que establece la Norma Oficial Mexicana (NOM), se debió haber solicitado la opinión de expertos, para poder justificar la introducción de aquéllos en la NOM. Finalmente, manifestó que el estudio debió de ponderar el derecho al trabajo con el de la salud del paciente, toda vez que este último es el que se pretendió tutelar con la NOM impugnada.

PALABRAS CLAVE: Obesidad. NOM. Libertad de trabajo.

Abstract

The First Chamber of the Mexican Supreme Court of Justice decided, by a majority of four votes, on a case where it had to be evaluated if some articles of a Mexican Official Norm (NOM) on obesity violated human rights. The majority in the chamber concluded that the restrictions went against Medics' prescribing or therapeutic rights, and therefore their freedom to work. Justice Cossío Díaz voted against the judgment and wrote a separate opinion where he holds, first of all, that the prescribing right works as a guideline for the medical profession and is not an essential element of the freedom to work. Secondly, he points out that the freedom to work is not an absolute right, for it has certain limits permitted by the Constitution. Consequently, experts' opinions should have been consulted for them to be able to determine if the NOM's requirements were in accordance with the Constitution. Finally, he considers that the judgment should have introduced a balancing test between freedom to work and the patient's health rights, since this last-mentioned right was what the NOM intended to protect. (Gac Med Mex. 2013;149:686-90)

Corresponding autor: José Ramón Cossío Díaz, jramoncd@mail.scjn.gob.mx

KEY WORDS: Obesity. Mexican Official Norm. Freedom to work.

Correspondencia:

*José Ramón Cossío Díaz²

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pino Suárez, 2

Col. Centro, Del. Cuauhtémoc, C.P. 06065, México, D.F.

E-mail: jramoncd@mail.scjn.gob.mx

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión celebrada el 7 de diciembre de 2011, resolvió por mayoría de cuatro votos el amparo directo en revisión 2357/2010, en el que, entre otras cuestiones, había que dilucidar si los artículos 7.2.1 y 7.2.2 de la NOM-174-SSA1-1998, Para el Manejo Integral de la Obesidad resultaban o no violatorios de derechos humanos de la parte quejosa.

De acuerdo con los artículos invocados, el manejo médico de la obesidad comprende, además de otros tratamientos, el quirúrgico, el cual estará indicado exclusivamente en los individuos adultos con obesidad severa e índice de masa corporal mayor de 40, o mayor de 35 asociado a comorbilidad importante, y cuyo origen en ambos casos no sea puramente de tipo endocrino, debiendo existir el antecedente de tratamiento médico integral reciente, durante más de 18 meses sin éxito, salvo las ocasiones cuyo riesgo de muerte justifique el no haber tenido tratamiento previo. Lo anterior, sumado a que la indicación de tratamiento quirúrgico de la obesidad deberá ser resultado de la decisión de un equipo de salud multidisciplinario conformado, en su caso, por cirujano, anestesiólogo, nutriólogo, endocrinólogo, cardiólogo y psicólogo, indicación que deberá quedar asentada en una nota médica³.

Antes de pasar al análisis de lo resuelto por la mayoría de los ministros integrantes de la Primera Sala y a exponer las razones de mi disenso, me gustaría precisar algunos antecedentes relevantes del caso.

Antecedentes

Un paciente promovió un juicio ordinario civil en contra de un médico, a través del cual manifestó no estar conforme con el tratamiento quirúrgico de obesidad que se le practicó. El juez de primera instancia que conoció el asunto determinó que el médico había incurrido en un hecho ilícito al practicar el procedimiento quirúrgico sin haber agotado los estudios médicos exigidos y sin el consentimiento informado del paciente. Por tanto, resolvió que el profesional de la salud había incurrido en mala práctica médica por actuar en contravención de la NOM Para el Manejo Integral de la Obesidad y lo condenó al pago de los daños causados.

Inconforme con la anterior resolución, el médico promovió recurso de apelación. La Sala Civil que conoció el asunto determinó que los agravios eran infundados y confirmó la sentencia impugnada. En contra de este fallo, el quejoso presentó demanda de amparo directo. El Tribunal Colegiado resolvió amparar al médico

quejoso para el efecto de que se dejara insubsistente la sentencia reclamada y, en su lugar, dictara otra en la que diera respuesta de manera fundada y motivada a la totalidad de los agravios hechos valer por el quejoso.

En contra de la anterior determinación, el médico presentó recurso de revisión argumentando que los artículos de la NOM que le fueron aplicados eran violatorios de sus derechos fundamentales. Estos argumentos fueron los que se analizaron en el fallo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Postura de la mayoría

En la sentencia aprobada con los votos de la mayoría se concluye que dichas disposiciones sí son violatorias de los derechos del quejoso, en virtud de que vulneran lo que llaman «la libertad de prescripción de los médicos». En la resolución se determina que la libertad prescriptiva es un principio científico y ético, que tiene como finalidad orientar la práctica de la profesión médica, otorgando a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud discrecionalidad en su actuar, siempre y cuando éste sea en beneficio del paciente y tomando en consideración las circunstancias especiales de cada caso. Por tanto, se afirma que la libertad prescriptiva forma parte del derecho al trabajo de los médicos, de manera que cualquier restricción a la misma, que no se encuentre justificada, lesiona el derecho a la libertad de trabajo de los médicos, quienes, día a día, deben tomar decisiones con base en su criterio médico.

Para llegar a la anterior determinación, en la sentencia se hizo un análisis del derecho al trabajo y del principio *pro persona* establecidos tanto en el texto constitucional como en tratados internacionales, deduciendo de dicho análisis que la libertad prescriptiva de los médicos constituye una parte esencial de la libertad del trabajo. El estudio se sustenta en diversos preceptos de la Ley General de Salud y en disposiciones reglamentarias, así como en el particular entendimiento de las doctrinas de los filósofos Michel Foucault y Karl Popper.

Para arribar a esta determinación, la mayoría se apoya en el Título Cuarto de la Ley General de Salud, denominado «Recursos Humanos para los Servicios de Salud», en el que se establecen los requisitos para la práctica de la ciencia médica, en específico, el artículo 79⁴, el cual dispone que para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes.

Con base en lo anterior, en la resolución se afirma que, por el alto grado de preparación y especialización que se requiere para la práctica de la medicina, debe presuponerse que toda persona autorizada para ello es apta para su ejercicio profesional, porque, además de contar con la preparación técnico-profesional necesaria, cuenta con el criterio médico suficiente para actuar en una determinada situación. En consecuencia, para la mayoría, pensar que un médico debe actuar de la misma manera, de forma automática, en todos los casos, carece de sustento, pues cada caso médico presenta características propias, por lo que no puede existir una solución uniforme a todos los casos planteados.

Así, para los cuatro ministros que votaron a favor del proyecto, basta con que se cumpla con los requisitos para el ejercicio especializado de la cirugía que establece el artículo 272 Bis de la Ley General de Salud⁵, a saber: contar con una cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes y con un certificado vigente de especialista que acredite capacidad y experiencia en la práctica de los procedimientos y técnicas correspondientes en la materia, de acuerdo con lo que llaman la *Lex artis ad hoc* de cada especialidad.

Por lo anterior, se concluye en el fallo que cualquier disposición que limite la libertad prescriptiva del médico sin una justificación suficiente debe considerarse inconstitucional, como acontece en el caso, en atención a que:

- Al regularse el tratamiento quirúrgico como de tipo «exclusivo», se atenta contra la libertad prescriptiva o terapéutica de los médicos, ya que un tratamiento como el quirúrgico no debe sustraerse indiscriminadamente y de manera generalizada para un determinado grupo de pacientes.
- El hecho de que la norma sustraiga el tratamiento quirúrgico de pacientes obesos que no cumplan con las características señaladas por la misma regla puede aumentar el riesgo médico para pacientes que, a pesar de encontrarse afectados en su salud por la condición de obesos, no podrán acceder a este tipo de tratamiento.
- La necesidad de tener un índice de masa corporal mayor de 40 o 35 también vulnera la libertad prescriptiva porque parte del supuesto de que todo caso médico es igual, cuando en realidad puede darse el caso de que un paciente no se encuentre dentro del parámetro que fija la norma y necesite una cirugía gástrica para mejorar su estado de salud.
- La condición de que la norma obligue a los médicos cirujanos a tratar al paciente durante los 18 meses

previos a la intervención quirúrgica nulifica la libertad prescriptiva del médico, pues no es función de los cirujanos tratar a sus pacientes durante largos periodos, dado que su función es intervenir quirúrgicamente.

- Ordenar que la indicación del tratamiento quirúrgico para la obesidad debe ser resultado de la decisión de un equipo multidisciplinario impone una carga excesiva para los médicos cirujanos, pues impide que practiquen su profesión hasta contar con la aprobación de cinco especialistas más.
- La omisión de especificar cómo debe tomarse la determinación colegiada, es decir, si esta debe ser unánime o basta una mayoría simple, también vulnera la libertad prescriptiva del médico y su derecho al trabajo, ya que para poder realizar una cirugía de acuerdo con una interpretación estricta de la regla solamente podrá intervenir quirúrgicamente a su paciente cuando exista una determinación unánime.
- Una limitación al derecho de libre prescripción médica no se considera necesaria en la medida en la que su establecimiento no necesariamente puede traducirse en evitar o disminuir el riesgo médico, ya que éste se encuentra presente en toda intervención quirúrgica.
- Las reglas que conforman la litis constitucional no son necesarias para salvaguardar la salud de la población ni para evitar el riesgo médico, ya que todo médico autorizado cuenta con el criterio y responsabilidad suficientes para solucionar un problema determinado.
- Las normas sujetas a análisis no son proporcionales, pues limitan la libertad prescriptiva del médico al generalizar de manera peligrosa la solución para un determinado caso, lo cual no solamente desconoce que la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que tampoco reconoce que cada caso representa características propias y que no puede existir una solución uniforme a todo problema médico.

Por todo lo anterior, la mayoría concluye que el grado de restricción que imponen las reglas en cuestión no se compensa con los efectos benéficos que podrían acarrear en la práctica de la medicina.

Razones del disenso

Mi disenso en contra del fallo mayoritario se fundamenta en dos razones: una metodológica y otra de fondo.

Por lo que respecta a la primera, me parece que, atendiendo al principio de mayor beneficio para el quejoso, el estudio de los agravios planteados por él debió llevarse a cabo en un orden distinto al realizado en la sentencia, ya que, de haber resultado fundados aquéllos en los que alegó que no se cumplieron los requisitos legales para la creación de la NOM por no involucrarse los hospitales privados en dicho proceso, se hubiera podido concluir que toda la NOM impugnada adolecía de vicios de inconstitucionalidad, y no sólo algunas de sus reglas.

La razón de fondo de mi disenso radica en que no comparto la premisa de la cual parte el estudio llevado a cabo en la sentencia. Como se ha adelantado, en la resolución mayoritaria se parte de la premisa de que la libertad prescriptiva de los médicos constituye un elemento esencial del derecho al trabajo⁶. En mi opinión, el hecho de que la libertad prescriptiva sea un criterio orientador de la profesión médica no le da la categoría de derecho humano, como se pretende en la resolución.

La confusión entre dicho principio científico y ético con la libertad de trabajo prevista en el artículo 5.º de la Constitución Federal⁷ ocasiona que el análisis de constitucionalidad realizado en el fallo contraste los requisitos que establece la NOM impugnada con la libertad prescriptiva de los médicos y no con el derecho al trabajo, que, como ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no constituye un derecho absoluto, sino que admite límites constitucionalmente válidos.

Para un mejor entendimiento, cabe recordar que los artículos 7.2.1 y 7.2.2 de la NOM impugnada contemplan cinco requisitos para estar en posibilidad de someter a un paciente al tratamiento quirúrgico de la obesidad⁸:

1. Ser individuo adulto.
2. Contar con obesidad severa e índice de masa corporal mayor de 40, o mayor de 35 asociado a comorbilidad importante.
3. Haber realizado estudios endocrinológicos que comprueben que la obesidad no se genera por padecimientos del sistema endocrino⁹.
4. Haber cumplido con un tratamiento médico integral durante más de 18 meses sin éxito, salvo los casos en que el riesgo de muerte justifique el no haber tenido tratamiento previo.
5. La indicación de tratamiento quirúrgico deberá ser resultado de la decisión de un equipo de salud multidisciplinario, conformado, en su caso, por cirujano, anestesiólogo, nutriólogo, endocrinólogo, cardiólogo y psicólogo, indicación que deberá quedar asentada en nota médica.

A mi parecer, cada uno de estos requisitos debió haberse sometido al test para analizar la validez de las restricciones a la libertad de trabajo en materia médica, establecido por esta Primera Sala en la tesis de jurisprudencia 51/2009 de rubro: «Restricciones a la libertad de trabajo. El artículo 271, segundo párrafo, de la Ley General de Salud prevé una restricción válida a la libertad de trabajo»¹⁰.

En ese criterio jurisprudencial se determinó que, teniendo en cuenta que la libertad del trabajo no es un derecho absoluto, las restricciones que se hagan a la misma deben de ser:

- Admisibles constitucionalmente. El artículo 5.º constitucional establece que las restricciones serán válidas cuando exista resolución judicial, cuando se ataquen los derechos de un tercero o por resolución gubernativa que establezca que se ofenden los derechos de la sociedad.
- Necesarias para garantizar el derecho a la salud.
- Proporcionales. El grado de restricción debe ser compensado por los efectos benéficos que trae dicha medida.

Para estar en aptitud de resolver si estos requisitos (restricciones) superaban el test antes referido, resultaba necesario que la Primera Sala se allegara de conocimiento científico aportado por expertos en la materia, mediante el cual se pudiera justificar su introducción a la NOM, para saber qué riesgos implica la intervención quirúrgica que nos ocupa, sus efectos secundarios, sus consecuencias, etc. De igual forma, la información científica aportada podría habernos permitido dilucidar si estos requisitos tenían como objetivo garantizar el derecho a la salud de los pacientes que se sometían a este tipo de tratamientos quirúrgicos, si resultan necesarios para garantizar su derecho a la salud y si son proporcionales a sus beneficios.

La falta de información científica provocó que no se realizara una valoración objetiva para determinar si los requisitos tenían como finalidad garantizar el derecho a la salud o si, por el contrario, eran una carga injustificada tanto para el profesional de la salud como para el paciente.

Es de dominio público que el sobrepeso y la obesidad son graves enfermedades que aquejan a México. En pocos años se han convertido en el principal problema de salud pública de nuestro país. Estos datos reflejan el gran número de personas que pueden padecer estas enfermedades y que se convierten en pacientes potenciales para someterse a este tipo de tratamientos quirúrgicos, siendo necesario, por tanto, que exista una regulación que garantice su derecho a

la salud. Es muy posible que el hecho de que existan normas de carácter técnico que establezcan requisitos para poder ser apto al tratamiento quirúrgico para combatir la obesidad tenga como finalidad fijar un estándar mínimo en aras de garantizar el derecho a la protección a la salud de los pacientes y reducir el riesgo de que el profesional médico que practica este tipo de tratamientos incurra en mala praxis.

Ello no implica que, tal y como sostuvo la mayoría, se tenga la idea de que todos los médicos deban actuar de la misma manera, de forma automática, sino que lo que se busca es que los pacientes tengan la certeza de que contarán con un estándar mínimo de atención y calidad médica, para no poner en riesgo su salud y garantizar cierto grado de éxito en la intervención quirúrgica, lo cual de ningún modo pierde de vista la libertad prescriptiva a la cual alude la ejecutoria.

En esta misma línea, cabe destacar como gran ausente en el análisis de fondo del asunto el derecho a la salud de los pacientes. Aun cuando en el fallo mayoritario se menciona que el referido derecho se garantiza con la preparación técnico-profesional que deben tener los médicos para poder ejercer su profesión, ello, a mi juicio, tendría que haberse acreditado con elementos fehacientes y no presuponerse dogmáticamente, como si todos los profesionales de la salud contaran con las mismas aptitudes, sin atender a su especialidad y experiencia.

Consecuentemente, desde mi perspectiva, el estudio debió incluir el derecho a la salud de los pacientes, pues es éste el que se busca proteger con la NOM impugnada. Sólo realizando dicho análisis hubiéramos estado en aptitud de valorar si las restricciones a la libertad de trabajo impuestas a los médicos por la NOM eran constitucionalmente válidas, al resultar necesarias para garantizar el derecho a la salud y proporcionales atendiendo a sus efectos benéficos.

Dicho de otro modo, las conclusiones que se hubieran obtenido de dicho estudio nos habrían servido como parámetro para el análisis de cada uno de los requisitos que se establecen en las disposiciones de la NOM impugnada.

Agradecimientos

El autor agradece a Lorena Goslinga Remírez y a Rodrigo Montes de Oca Arboleya su colaboración en la preparación de este documento.

Bibliografía

1. Extraído del voto particular formulado en el amparo directo en revisión 2357/2010.
2. Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho en el ITAM.
3. 7. Del manejo médico [...]
 - 7.2 Del tratamiento quirúrgico
 - 7.2.1 Estará indicado exclusivamente en los individuos adultos con obesidad severa e índice de masa corporal mayor de 40, o mayor de 35 asociado a comorbilidad importante y cuyo origen en ambos casos no sea puramente de tipo endocrino. Deberá existir el antecedente de tratamiento médico integral reciente, por más de 18 meses sin éxito; salvo ocasiones cuyo riesgo de muerte justifique el no haber tenido tratamiento previo.
 - 7.2.2 La indicación de tratamiento quirúrgico de la obesidad deberá ser resultado de la decisión de un equipo de salud multidisciplinario conformado, en su caso, por: cirujano, anestesiólogo, nutriólogo, endocrinólogo, cardiólogo y psicólogo; esta indicación deberá estar asentada en una nota médica.
4. Artículo 79.- Para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería, trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas, y las demás que establezcan otras disposiciones legales aplicables, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes. Para el ejercicio de actividades técnicas y auxiliares que requieran conocimientos específicos en el campo de la atención médica prehospitalaria, medicina, odontología, veterinaria, enfermería, laboratorio clínico, radiología, terapia física, terapia ocupacional, terapia del lenguaje, prótesis y órtesis, trabajo social, nutrición, citotecnología, patología, bioestadística, codificación clínica, bioterios, farmacia, saneamiento, histopatología y embalsamamiento y sus ramas, se requiere que los diplomas correspondientes hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes.
5. Artículo 272 bis.- Para la realización de cualquier procedimiento médico quirúrgico de especialidad, los profesionales que lo ejerzan requieren de:
 - I. Cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes.
 - II. Certificado vigente de especialista que acredite capacidad y experiencia en la práctica de los procedimientos y técnicas correspondientes en la materia, de acuerdo con la Lex Artis Ad Hoc de cada especialidad, expedido por el Consejo de la especialidad según corresponda, de conformidad con el artículo 81 de la presente Ley.

Los médicos especialistas podrán pertenecer a una agrupación médica, cuyas bases de organización y funcionamiento estarán a cargo de las asociaciones, sociedades, colegios o federaciones de profesionales de su especialidad; agrupaciones que se encargan de garantizar el profesionalismo y ética de los expertos en esta práctica de la medicina.

El Comité Normativo Nacional de Consejos de Especialidades Médicas y los Consejos de Especialidades Médicas para la aplicación del presente artículo y lo dispuesto en el Título Cuarto de la presente Ley se sujetarán a las disposiciones que emita la Secretaría de Salud.
6. Páginas 42 a 58 de la sentencia citada.
7. Artículo 5.º.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La Ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.
8. En el artículo 7.2.5 se indica que las técnicas quirúrgicas autorizadas para el tratamiento de la obesidad serán de tipo restrictivo: derivación gástrica (*by-pass* gástrico), con sus variantes, gastroplastía vertical, con sus variantes, y bandaje gástrico, con sus variantes.
9. Los padecimientos de tipo endocrino pueden ser, entre otros, por diabetes o tiroideos.
10. Semanario Judicial de la Federación, 9.ª, 1.ª Sala, XXIX, pág. 507.