



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación
Pública, bajo acuerdo número 2003040 de fecha 24 de Enero de 2003

La justiciabilidad del derecho a la protección de la salud.

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Procesal Constitucional

Sustenta el

Lic. Baltazar Pahuamba Rosas

Director de la Tesis

Dr. Juan Mauel Acuña Roldán

México, D. F.

2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
--------------------	---

CAPÍTULO I

GÉNESIS, CARACTERÍSTICAS Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

1.1. Aproximación al concepto de derechos sociales.....	8
1.2. Naturaleza de los derechos sociales.....	9
1.3. Surgimiento de los derechos sociales.....	10
1.3.1. Los derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917	12
1.3.2. Los derechos sociales en la Constitución de Weimar de 1919	15
1.4. Diferentes posturas respecto a los derechos sociales	16
1.4.1. Los derechos sociales como derechos programáticos	17
1.4.2. Los derechos sociales como derechos prestacionales	18
1.4.3. Los derechos sociales como derechos fundamentales.....	19
1.5. Los derechos sociales y su exigibilidad al Estado.....	27
1.5.1. La solidaridad como elemento para la exigibilidad de los derechos sociales.....	31
1.5.2. El bien común como elemento para la exigibilidad de los derechos sociales.....	32
1.5.3. La dignidad humana como elemento para la exigibilidad de los derechos sociales	33
1.6. Clasificación de Chistian Courtis respecto de las garantías de conformidad al encargado de hacerla efectiva.....	37
1.6.1. Garantía de carácter social	37
1.6.2. Garantía de carácter institucional	39
1.7. Necesidad de leyes reglamentarias idóneas para los derechos sociales	42
1.8. El contenido esencial mínimo de los derechos sociales y fundamentales	45
1.9. El principio de progresividad de los derechos sociales	48

1.10. La prohibición de regresividad	51
1.11. Los derechos sociales y su vinculación con políticas públicas	55
1.11.1. Discrecionalidad de las políticas presupuestarias.....	56
1.11.2. La delegación del legislativo al ejecutivo en materia de derechos sociales.....	58
1.12. Recapitulación.....	59

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, SU REGULACIÓN INTERNA E INTERNACIONAL Y LA REALIDAD EN SU APLICACIÓN

2.1. La diferencia entre derecho a la salud y derecho a la protección de la salud	61
2.2. El derecho a la protección de la salud en la Constitución mexicana, un derecho fundamental	62
2.2.1. La Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4º constitucional	67
2.2.2. Alcance fáctico del derecho a la salud en México.....	71
2.3. El derecho a la salud en el orden internacional.....	76
2.3.1. La Organización Mundial de Salud	78
2.3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos	79
2.3.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	80
2.3.4. El Protocolo de San Salvador	82
2.3.5. La Observación General número 14 del Comité de DESC de la ONU	84
2.4. La problemática del derecho a la salud para su eficacia.....	87
2.4.1. El derecho constitucional a la protección de la salud versus posibilidades económicas del Estado para su atención.....	91
2.4.2. Políticas públicas y el derecho a la salud	97
2.4.3. La cobertura del servicio de salud y las decisiones legislativas a la luz del debate democrático	101

2.4.4. La cobertura del servicio de salud y las decisiones ejecutivas a la luz del debate democrático.....	102
2.5. Las finalidades de la garantía de la salud previstas en el artículo 2º de la Ley General de Salud	104
2.6. Servicios básicos de salud	105
2.6.1. Las actividades preventivas, curativas, de rehabilitación y paliativas como atención médica.....	106
2.6.2. Disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales	107
2.6.3. ¿Es facultad discrecional de la autoridad determinar que medicamentos forman parte del cuadro básico?	109
2.7. El seguro popular y la salud en México.....	111
2.8. Recapitulación.....	114

CAPÍTULO III

LA ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, SU JUSTICIABILIDAD Y BREVES COMENTARIOS A LOS ASPECTOS PROCESALES DEL JUICIO

3.1. El mandato constitucional a la protección de la salud.....	117
3.2. La reforma a la Constitución en materia de Derechos Humanos	120
3.3. La similitud entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales	128
3.4. El derecho a la protección de la salud y sus dos dimensiones	131
3.4.1. La abstención por parte del Estado	132
3.4.2. La acción positiva por parte del Estado	133
3.5. El derecho a la protección de la salud como derecho individual	135
3.6. El derecho a la protección de la salud como derecho colectivo	136
3.7. Principales problemas para la exigencia del derecho a la salud en sede judicial	139
3.7.1. Falta de determinación del derecho.....	139
3.7.2. Falta de recursos judiciales efectivos para su justiciabilidad	140
3.7.3. Su vinculación con políticas públicas.....	145

3.7.4. La falta de difusión y control judicial (pocos casos planteados)....	147
3.8. Una alternativa para la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud. La delimitación del derecho para evitar objeciones de conformidad con la tesis de Rodolfo Arango	150
3.8.1. Un concepto de derecho subjetivo para la aplicación de derechos constitucionales	152
3.9. Establecer requisitos para facilitar la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud y lograr su universalidad	160
a. La afectación grave a la salud	161
b. La falta de cumplimiento del Estado en la protección de la salud.....	164
c. La imposibilidad económica del solicitante para proveerse asimismo .	166
3.10. Breves comentarios sobre los aspectos procesales en la exigencia judicial del derecho a la protección de la salud.....	169
3.10.1. Las medidas cautelares y su importancia en el derecho a la protección de la salud	171
3.11. Recapitulación.....	175

CAPÍTULO IV

PRINCIPALES CASOS RESUELTOS POR EL PODER JUDICIAL FEDERAL EN MÉXICO QUE GARANTIZAN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

4.1. A manera de introducción	176
4.2. RECURSO DE REVISIÓN 2231/97	177
4.3. AMPARO EN REVISIÓN 2543/1998.....	188
4.4. AMPARO EN REVISIÓN 936/2006.....	195
4.5. AMPARO INDIRECTO 1157/2007-II (caso Mini Numa)	204
4.6. AMPARO EN REVISIÓN 173/2008.....	211
4.7. AMPARO EN REVISIÓN 44/2009.....	221
4.8. Recapitulación.....	232
CONCLUSIONES	233
BIBLIOGRAFÍA	237

INTRODUCCIÓN

La salud es uno de los aspectos fundamentales del ser humano para que se pueda desarrollar, por ello, ha resultado necesario que se establezca como un derecho la protección de la salud. Si la persona no cuenta con salud, difícilmente podrá ejercer otros derechos como el trabajo, la educación o la cultura.

La historia nos muestra que el individuo poco a poco ha ido ganando o adquiriendo mayores derechos, lográndose el reconocimiento de los más relevantes por lo regular a través de los movimientos que la sociedad ha realizado. Un ejemplo de ello es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 que se dio después de la revolución francesa de 1789.

No obstante, en esta declaración aun no se contemplaban ciertos derechos fundamentales como es el caso de la salud, porque fue un catálogo de derechos de corte individual, motivo por el cual se les ha identificado como derechos individuales, siendo los más importantes los derechos de libertad y propiedad, que según, se ha dicho, por gran parte de la doctrina “solo implicaban abstenciones por parte del Estado”.

Posterior a ello, se adquieren nuevos derechos en el siglo XX, los cuales se identifican como derechos sociales, entre los cuales se ha catalogado a la salud; es decir, el derecho a la salud o a la protección de la salud está dentro del catálogo de los derechos sociales. Sin embargo, es menester hacer una precisión desde este momento, la connotación en cuanto “derechos sociales”, no debe entenderse como aquellos derechos que pertenecen a la sociedad en su conjunto y los “derechos individuales” al individuo, porque como en el caso del derecho a la protección de la salud, es un derecho que se puede hacer valer en forma individual o en forma colectiva como se verá en la presente investigación.

En efecto, el derecho a la salud o a la protección a la salud que por el momento tratamos en forma indistinta y que sin embargo, son conceptos diferentes como se precisará en su momento, se establece por primera vez con ese carácter en el artículo 2 de la Organización Mundial de la Salud en el año

de 1946, para posteriormente ser incorporado en otros documentos sobre tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso de México, en el año de 1983 se reforma la Constitución en su artículo 4 para establecer el derecho a la protección de la salud de toda persona. Precisamente este es el punto medular de nuestro estudio, analizar si es un derecho universal que se puede exigir vía judicial ante la falta de su cumplimiento, tomando en consideración que es un derecho que se encuentra en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pues aun así, no se ha aceptado del todo que sea un derecho que se pueda exigir en la vía judicial.

De tal forma que nuestra hipótesis central es la siguiente: *El derecho a la protección de la salud es un derecho universal y justiciable que se puede reclamar al Estado.*

De esta hipótesis central, se derivan otras como son: a) *El derecho a la protección de la salud es un derecho complejo que no solo implica atención médica sino también los aspectos preventivos;* b) *Es falso que el derecho a la salud no sea justiciable por ser un derecho prestacional;* c) *La vinculación del derecho a la protección de la salud con las políticas públicas no es impedimentos para su justiciabilidad.*

Por ello, nuestro estudio se enfocará en las características del derecho a la protección de la salud, su naturaleza y sus similitudes con los derechos de raigambre individual de los que si se acepta su justiciabilidad, para posteriormente mostrar que las posturas de las que se ha valido el Estado para no cumplir con su obligación son débiles y han sido superadas tanto por la doctrina como por la práctica de algunos tribunales, aceptándose hoy en día la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, claro está, con el debido cuidado porque no se puede pasar por alto la relación que éste derecho tiene con el diseño de las políticas públicas, competencia de los poderes políticos, aspecto que también se observa, abordándose con delicadeza los parámetros o elementos que debe tomar el juzgador al atender asuntos de reclamos del derecho a la protección de la salud.

CAPÍTULO I

GÉNESIS, CARACTERÍSTICAS Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

1.1. Aproximación al concepto de derechos sociales

Alfonso Noriega nos dice que los derechos sociales son:

Aquellos derechos en virtud de los cuales el titular puede exigir un determinado comportamiento – o bien una prestación – por parte del Estado, que asume una actitud activa y debe intervenir a favor del titular, al servicio de los intereses sociales, del bien general.¹

La definición en cita nos parece una de las más aproximadas a lo que podemos identificar como concepto de los derechos sociales, ya que, no todos los derechos que se les ha identificado como sociales implican una prestación, pero sí un comportamiento que busca la satisfacción de ciertos fines que envuelve la dignidad humana, es decir, todas aquellas necesidades que resultan imprescindibles para el desarrollo del ser humano; sin embargo, ubicándonos en el aspecto fáctico, nos damos cuenta que la exigencia al Estado por el titular del derecho no siempre resulta fácil, sobre todo en casos de derechos como la salud, vivienda o educación, de tal forma que se pone en entredicho si la exigencia en forma general es parte característica del concepto de derechos sociales.

¹ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988, p. 76.

Los derechos sociales traen aparejado el reconocimiento de los grupos sociales que fueron ignorados por el individualismo liberal y, finalmente estaban encaminados a resolver la “cuestión social”², aspecto que se comparte como inherente a los derechos sociales, pues su objetivo principal es una sociedad con un poco de igualdad real en el acceso a derechos básicos para la vida y dignidad del ser humano.

1.2. Naturaleza de los derechos sociales

Son derechos que exigen determinado comportamiento a las instituciones públicas mediante la imposición de metas o fines, son exigencias al Estado en la búsqueda del bienestar social, su naturaleza es un tanto opuesta a las libertades que abanderó el Estado Liberal, donde las libertades marcaban al Estado una abstención, que se traduce en una conducta negativa, por el contrario, los derechos sociales exigen una conducta positiva³.

Una manera de abordar la cuestión de la naturaleza de los *derechos sociales* es a partir de la defensa de la dignidad humana como idea que tradicionalmente ha definido el núcleo conceptual⁴, se configuran como derechos de igualdad, entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no ha defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada⁵, pues consisten en un dar o en un hacer

² CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1995, p. 54.

³ En éste sentido véase PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos sociales y el principio de igualdad”, CARBONELL, Miguel, CRUZ PARECRO, Juan Antonio, VÁZQUEZ, Rodolfo (Compiladores) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, p. 26.

⁴ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, PUV Tirant lo Blanch, 2006, p. 28.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos sociales y el principio de igualdad”, op. cit., p. 23 y 24.

a favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen desigualdades normativas⁶.

La naturaleza de los derechos sociales marca una nueva forma de ver a la igualdad, toda vez que ésta se entiende, no como una igualdad en libertades que surgió en el liberalismo y tuvo como consecuencia la desigualdad fáctica y acumulación de la riqueza en dónde muchos tienen poco y pocos tienen mucho⁷, sino, como una igualdad en el acceso a las necesidades básicas en pro de la dignidad humana.

Las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir igualdades y desigualdades normativas, cuya justificación no puede apelar a la mera facticidad, sino que, partiendo de ésta, ha de construirse mediante un ejercicio argumentativo⁸.

Los derechos sociales están dirigidos particularmente a la realización de la justicia social buscando asegurar a los individuos un nivel decoroso de bienestar por lo que se dirigen a una determinada categoría social⁹, la clase más vulnerable y desprotegida.

1.3. Surgimiento de los derechos sociales

La historia nos ha demostrado como el hombre ha ido conquistando derechos, logrando su reconocimiento por parte del Estado; así tenemos que el 1789, con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se obtuvo el reconocimiento de los derechos que gran parte de la doctrina ha denominado

⁶ Ibidem, p. 28.

⁷ En un sentido similar Teresa Vicente señala que: En la nueva sociedad global, las economías siguen creciendo, pero también sigue creciendo la pobreza y los colectivos en situación potencial de marginación. VICENTE JIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 65.

⁸ PRIETO SANCHÍS, Luís, "Derechos sociales y el principio de igualdad", op.cit., p. 32.

⁹ Véase en este sentido CAMPILO SAÍNZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 82.

naturales¹⁰ y que posteriormente pasaron a formar parte en la mayoría de las Constituciones.

De la misma forma que se logró un catalogo de derechos en la Revolución Francesa, se da el reconocimiento de los derechos sociales. Los derechos sociales al igual que otros, para poder entenderlos deben ser analizados en todo su contexto, atendiendo a los aspectos teleológicos y axiológicos que subyacen en su contenido. La miseria social y el desamparo total de los obreros que no tenían sino su fuerza de trabajo convertida en una mercancía¹¹ generada en el Estado Liberal o Gendarme fue lo que gestó las inconformidades de la sociedad.

Según, Alfonso Noriega, la inconformidad por las condiciones prevalecientes, fueron abanderadas por dos movimientos, las corrientes socialistas de Marx y Engels y las doctrinas de la Iglesia católica por voz del papa León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*.¹²

Sin embargo, los derechos sociales previstos, no como un sistema socialista o comunista, sino, como aquellos que conocemos hoy en día, se establecen por primera vez en una norma suprema en la Constitución mexicana de 1917. Las condiciones que prevalecían en nuestra sociedad, principalmente entre obreros y campesinos, son las que motivaron la Revolución de 1910, como la lucha por mejores condiciones de vida, pensamiento que se consolidó en la Constitución de 1917, dando lugar a la tutela de los derechos sociales en los artículos 27 y 123.

Dos hitos importantes marcan el avance de los derechos sociales: su generalización constitucional, después de la primera guerra mundial y, su

¹⁰ Véase NORIEGA CANTÚ, Alfonso, op. cit., nota 1, p. 70.

¹¹ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, op. cit., p. 71.

¹² Ídem.

internacionalización, después de la segunda guerra mundial¹³. El movimiento de los derechos sociales toma fuerza en la primera posguerra, Estados Unidos, Inglaterra y algunos países europeos se unen a esta tendencia; sin embargo, el auge del Estado Social se da al terminar la Segunda Guerra Mundial¹⁴. Ya no se busca defender los derechos de la clase burguesa, sino de extender los beneficios económicos y culturales a todas las clases sociales, y en especial, a las más necesitadas¹⁵ como una reacción a la política empleada en el Estado Liberal que dio privilegio a unos cuantos. La incorporación de estos nuevos derechos sociales y económicos a los textos constitucionales se generalizaría, promoviendo así la expansión del constitucionalismo social¹⁶.

1.3.1. Los derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917

Ya se ha mencionado del papel que ha jugado México en los llamados derechos sociales, al respecto Alfonso Noriega señala que si bien es cierto, que los constituyentes mexicanos jamás pensaron deliberadamente crear derechos sociales, no llegaron a ellos por casualidad, sino que su creación obedeció a las ideas sociales y económicas bien definidas que lo justifican¹⁷.

La Constitución de Querétaro, como obra cúspide de la Revolución surgida en 1910, inicia su proceso el 14 de septiembre de 1916, cuando Venustiano Carranza expide un decreto convocando a la formación de un Congreso Constituyente para

¹³ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 38.

¹⁴ Véase al respecto NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, op.cit., p. 74.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ ACUÑA, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Universidad Panamericana-PORRÚA- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012. P. 83.

¹⁷ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, op. cit., p. 75.

conocer de las reformas a la Constitución de 1857, proceso que termina con una nueva Constitución, iniciando el Congreso su trabajo el 01 de diciembre de 1916.

1.3.1.1. La Revolución mexicana de 1910.

La revolución mexicana tiene un factor elemental en el contenido de los derechos sociales que se establecieron en la Constitución. En la época en que se gesta la revolución, Porfirio Díaz gobernaba México, precisamente su política económica y social fue la que generó inconformidades. Por un lado estaba el sector campesino, víctimas de despojo de sus propiedades por los grandes hacendados protegidos por el porfiriato, la explotación de los trabajadores llamados “peones” a los que se les pagaba con fichas y vales en las tiendas de raya, que eran propiedades de los hacendados¹⁸, abusos de los terratenientes hacia sus trabajadores que establecían una nueva forma de esclavitud y que cada día crecía más y más.

Por otro lado, estaban los obreros, quienes venían viviendo el mismo grado de explotación con bajos salarios, jornadas de trabajo pesadísimas, aunado con el maltrato físico y psicológico, generando las huelgas de Cananea y Río Blanco, como único medio de protesta a las condiciones que padecían. Las ideas-fuerza que dieron contenido a este movimiento encontraron en su mayor parte, eco en la obra de los constituyentes de 1917¹⁹. Este es un caso evidente de la capacidad creadora de derecho que tienen las revoluciones²⁰.

¹⁸ Véase NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, op, cit., p. 80.

¹⁹ *Ibíd*em, p. 81.

²⁰ *Ibíd*em, p. 99.

1.3.1.2. El artículo 27 constitucional

Una vez que entra en actividades el Congreso Constituyente y que se presenta el proyecto por Venustiano Carranza se buscó dar solución a la problemática que aquejaba a la población. La problemática del campo era una de las más graves de la época, el proyecto presentado por Carranza mencionaba que no se podía afectar la propiedad privada, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización; sin embargo, el texto no llegó a satisfacer a los Constituyentes y ante el éxito obtenido en la redacción en materia del trabajo, los diputados agraristas pidieron al Ing. Rouaix²¹ que iniciara con la redacción del proyecto para lo que hoy conocemos como el artículo 27 constitucional. El proyecto se presentó el 24 de enero de 1917 y se aprobó el 30 del mismo mes y año. En dicho artículo se establecen los derechos sociales de los campesinos, consagra una nueva forma jurídica de propiedad, considerándola como una verdadera función social y despojándola de sus caracteres clásicos de tradición romana²², se estipula la intervención directa del Estado en la restitución de tierras a los campesinos que habían sido despojados y se dota de ella a los que no tuvieran.²³

1.3.1.3. El artículo 123 constitucional

El proyecto del artículo 5º que posteriormente se cambió y queda como el artículo 123 fue presentado el 19 de diciembre de 1916, en forma similar al de 1875. También se presenta un proyecto de adiciones al artículo quinto, entre las que se

²¹ En ese entonces fungía como Secretario de Fomento al lado de Carranza Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y figura fundamental en la redacción del artículo 123 constitucional.

²² NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, op. cit., p. 110.

²³ Véase NORIEGA CANTÚ, Alfonso, Idem.

encuentran garantías para los trabajadores en las jornadas de trabajo y la resolución de conflictos obrero - patronales por medio de comités de conciliación y arbitraje.²⁴

Entre las discusiones suscitadas por el Constituyente, se reiteró que una de las promesas que la Revolución había hecho a la República era que, durante el periodo de lucha, se expedirían las leyes necesarias para redimir a la clase obrera²⁵. Un grupo de diputados y el Ing. Pastor Rouaix, Secretario de Fomento se reunieron para estudiar las propuestas y redactar un artículo especial fuera de las garantías individuales, pues había sido motivo de preocupación de varios Constituyentes el hecho de establecerle derechos a los trabajadores de la magnitud planteada en el artículo 5 constitucional.

La Comisión de Constitución examinó y discutió el proyecto una vez terminado, proponiendo que la sesión llevara por nombre “Del trabajo y de la Previsión Social”, El dictamen de la Comisión se presentó al Congreso el día 23 de enero de 1917, aprobándose el mismo día.

1.3.2. Los derechos sociales en la Constitución de Weimar de 1919

En la Constitución Alemana, al igual que en la mexicana, se le da un importante desarrollo a los derechos denominados sociales, en efecto, el 11 de agosto de 1919 la Asamblea Nacional de Weimar promulgo la Constitución Alemana²⁶.

Como ya se señalo líneas atrás, a inicios del siglo pasado se inicia la constitucionalización de los derechos sociales, acontecimiento que se da después de la primera guerra mundial. En el capítulo V, artículo 151 de la Constitución de

²⁴ Ibídem, p. 103.

²⁵ Ibídem, p. 105.

²⁶ En este sentido véase CAMPILO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 60.

Weimar se establece que “la vida económica debe responder a principios de justicia, con el fin de garantizar a todos una existencia digna del hombre”²⁷. Principio rector que contempla plenamente los derechos sociales, toda vez que es el fundamento de los mismos y que el país alemán ha desarrollado hoy en día bajo el principio de Estado Social de Derecho.

1.4. Diferentes posturas respecto a los derechos sociales

Los derechos sociales han sido concebidos y catalogados de diferente forma, quizá esta variedad en la manera de entenderlos se ha dado por la misma dificultad que se le atribuye en su cumplimiento, por lo que se ha buscado justificar que no impliquen un derecho que pueda ser exigible al Estado; dando diferentes razones, se ha dicho que, entre la garantía a los derechos libertad y derechos sociales hay una gran diferencia, por los costos que implican estos últimos (característica que no es única de estos derechos ya que también hay derechos políticos y civiles que implican un alto costo). Mientras que los derechos individuales en el sentido tradicional, ha anotado justamente BUDEAU, son poderes de prohibir, los derechos sociales son poderes de exigir²⁸, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan o limiten* el disfrute de los derechos, sino también que los *promuevan* eficazmente²⁹, los derechos sociales responden al concepto de justicia social³⁰. Los criterios que suelen ofrecerse para delimitar los

²⁷ Idem.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de derecho administrativo II*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 57.

²⁹ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª ed., México, UNAM-Porrúa, CNDH, 2009, p. 805.

³⁰ CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 48.

perfiles de los derechos sociales son tan variados como heterogéneos³¹, a continuación veremos la forma en que se han catalogado.

1.4.1. Los derechos sociales como derechos programáticos

Para un sector doctrinal, los derechos sociales no son verdaderos derechos, sino que son principios programáticos meramente directivos y ordenadores de la acción política del Estado, lo que supone, entre otras cosas, que sus titulares quedan desposeídos de la acción judicial para hacer valer su pretensión³², de tal modo, que la obligatoriedad del cumplimiento de los derechos sociales queda sometida a la voluntad política, es decir, a los mismos sujetos que están obligados a su realización³³, no estamos ante verdaderos derechos, sino, ante normas que son solo programas que el legislativo y ejecutivo pueden o no hacer caso para desarrollarlas.

Quienes consideran que los derechos sociales son programas más que derechos, sostienen la idea de que no pueden ser exigibles, y en efecto, si son programas y no derechos, no existe una obligación en su desarrollo de la misma manera que cuando se entienden como auténticos derechos. Ante esta postura, el Estado tiene mayores medios de justificación para no desarrollarlos, justificándose principalmente con el argumento de que son solo una directriz que la Constitución da al legislador y, que no existen las condiciones para su desarrollo, sin embargo, si no existe un desarrollo en la concepción de los derechos sociales como verdaderos derechos y más que eso, derechos fundamentales, difícilmente se lograra su eficacia. La programaticidad reviste el carácter de una opción sistémica

³¹ PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos sociales y el principio de igualdad”, *op. cit.*, p. 18.

³² Véase VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, *op. cit.* p. 96.

³³ Idem.

constituyente y no se trata de una característica inherente a los derechos sociales³⁴, sino que es el estilo y forma de la redacción de los derechos fundamentales.

1.4.2. Los derechos sociales como derechos prestacionales

Los derechos sociales también se consideran exclusivamente como prestaciones a cargo del Estado, así por ejemplo Alfonso Noriega señala que, en un principio aparecieron en la teoría y en la realidad de las legislaciones, la concesión de derechos de crédito, enfrente del Estado, derechos a prestaciones a favor de las clases sociales marginadas y económicamente débiles.³⁵ Dicho autor continúa:

Derechos subjetivos de crédito frente al Estado, frente a los demás poderes políticos o frente a otros particulares. Son aquellos derechos en virtud de los cuales el titular puede exigir un determinado comportamiento o que se le facilite determinada prestación por quien esté obligado a ello.³⁶

Como se puede observar, para el autor, los derechos sociales son parte de los derechos de crédito y dicho crédito implica una prestación a cargo del Estado o bien un particular. Sin embargo, cabe cuestionarnos ¿Es lo mismo un derecho de crédito a un derecho prestacional?, nos parece que hay diferencias entre un crédito y una prestación porque el primero implica una obligación en cubrir posteriormente el costo del crédito que puede ser de varias formas, es decir, no se subsidia el costo, quién lo recibe tiene que pagarlo ya sea en forma parcial o bien haciendo un servicio.

³⁴ ACUÑA, Juan Manuel, *“Justicia constitucional y políticas públicas sociales...”*, op. cit., p. 33.

³⁵ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, op. cit., p. 72.

³⁶ Ibidem, p. 73.

Una prestación a cargo del Estado generalmente se caracteriza porque se brinda un servicio a los individuos y, dependiendo de las políticas públicas, éste puede o no tener algún costo en forma directa para el usuario, algunos derechos que se han considerado más elementales para la sociedad por lo general el Estado los brinda en forma gratuita; es decir, no tienen un costo para la persona, como es el caso de la educación o del acceso a la justicia que es una prestación que brinda el Estado y que no le genera un costo directo al usuario.

Conviene advertir que las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos³⁷, de ahí la crítica a la postura que considera a los derechos sociales no exigibles por ser derechos prestacionales, ya que existen derechos como la defensa jurídica o la protección administrativa que exigen en mayor o menor medida una organización estatal³⁸ cuya función se traduce en una prestación, por lo que la consideración prestacional no puede ser señalada como una limitante al desarrollo de los derechos sociales.

1.4.3. Los derechos sociales como derechos fundamentales

Los derechos sociales también se consideran como derechos fundamentales, condición con la que adquieren un carácter de mayor protección estatal, no basta ya para el Estado la mera abstención para asegurar ese fin último de sus funciones, le hace falta, además, una actividad positiva que haga posible la realización del libre

³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos sociales y el principio de igualdad”, op. cit., p. 22.

³⁸ Véase en este sentido PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos sociales y el principio de igualdad”, op. cit., p. 20.

desarrollo de los individuos y le asegure en la práctica su efectividad³⁹. De este modo las diferencias últimas entre derecho autonomía, derecho participación y derecho prestación se difuminan y aparece más bien la realidad de un catalogo completo de derechos fundamentales⁴⁰.

Ahora bien, una pregunta obligada es ¿qué hace a un derecho tener el carácter fundamental? su importancia para el adecuado desarrollo del individuo o el lugar donde se ubica en una Constitución. La doctrina hoy en día se ha inclinado por considerar a los derechos fundamentales cuando se encuentran en la Constitución⁴¹. A continuación trataremos dos posturas de la fundamentalidad de los derechos.

1.4.3.1. El aspecto metajurídico o suprapositividad (iusnaturalismo) como base de los derechos fundamentales.

Las doctrinas del derecho natural anteponen la importancia en aquellos derechos que se consideran naturales, inherentes al ser humano. La idea de suprapositividad se desarrolla principalmente en el estado liberal⁴² apoyada en el iusnaturalismo que concibe como derechos fundamentales aquellos que son inherentes al ser humano y que fueron plenamente desarrollados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁴³. Sin embargo, el corte liberal de la

³⁹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de derecho administrativo II*, op. cit., p. 58.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Cabe mencionar que no todos los derechos que se encuentran en la Constitución son considerados como fundamentales, sino que estos deben encontrarse específicamente en el capítulo correspondiente de derechos fundamentales, en este sentido la postura de BASTIDA, Francisco J., “¿son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, Robert Alexy. *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, pp. 136 y ss.

⁴² Véase BASTIDA, Francisco J., “¿son los derechos sociales derechos fundamentales? ...”, op. cit., p. 107.

⁴³ Es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la que establece que hay derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre (fundamentales), declaración que se da en el Estado Liberal de Derecho por lo que pone especial énfasis en los derechos de libertad, propiedad, seguridad y la resistencia a la opresión que en aquéllos momentos, dadas las circunstancias, fueron considerados como los más básicos. Para

declaración deja fuera ciertos derechos que son de igual forma básicos, para el individuo y que así han sido considerados en otros instrumentos jurídicos⁴⁴. En esta tesitura, teniendo como base para ser un derecho fundamental la importancia para el desarrollo del ser humano, los derechos como la salud, vivienda y educación son derechos fundamentales porque son fuente para que pueda haber un desarrollo del individuo, son derechos básicos, elementales⁴⁵, por lo que hoy en día se lucha por su tutela al igual que se luchó por los derechos de libertad en la revolución francesa, plenamente reconocidos a partir del Estado liberal.

La lucha por la eficacia de estos derechos que hoy se ve difícil, tarde que temprano va dar frutos, pues en su momento, también los derechos de libertad no tenían la aceptación que tienen en nuestro tiempo. Los derechos, van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas⁴⁶.

En el estado liberal de derecho la diferencia entre un derecho fundamental y un derecho simplemente constitucional reside precisamente en esta oposición externa y precisa de los derechos fundamentales⁴⁷, son derechos fundamentales aquellos que pueden valer como *anteriores y superiores* al estado⁴⁸.

Los derechos con éstas características son aquéllos sin los cuales el hombre no puede desarrollarse. La fundamentalidad de los derechos emana del ser del individuo, del ser humano⁴⁹, de su importancia para su desarrollo y no del

un estudio más profundo de la declaración y su contenido véase CARBONNEL, Miguel, *Una Historia de los Derechos Fundamentales*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, pp. 65 y ss.

⁴⁴ Como ejemplo tenemos el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁵ En este sentido se califica los derechos que son fundamentales en el estado liberal. Véase al respecto BASTIDA, Francisco J., ¿son los derechos sociales derechos fundamentales?...”, op.cit, p. 109.

⁴⁶ CARBONNEL, Miguel, *Una Historia de los Derechos Fundamentales*, po. cit., p. 8.

⁴⁷ BASTIDA, Francisco J., ¿son los derechos sociales derechos fundamentales?...”, op. cit., p. 108.

⁴⁸ Ibidem, p. 109

⁴⁹ Idem.

reconocimiento por el estado. No tiene que ver con la supremacía de la constitución, como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico⁵⁰.

1.4.3.2. La constitución como fuente de los derechos fundamentales

No cabe duda que uno de los momentos más brillantes de lo que se ha llamado la “hora inaugural” del Estado constitucional lo representa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵¹. La declaración representa, junto con la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1789, una especie de acta de nacimiento del constitucionalismo⁵². A partir de este acontecimiento, la sociedad establece los principales principios para hacer posible la convivencia social en la constitución, en ella se disponen los derechos y obligaciones del individuo, como las atribuciones del estado y su forma de llevarlas a cabo, trasladándose así, al constitucionalismo varios derechos y principios que tienen su origen en el derecho natural.

El constitucionalismo hunde sus raíces en el modelo iusnaturalista, aunque progresivamente fue afirmando su sentido plenamente positivo al formalizarse en un estado constitucional⁵³ regido por un documento llamado constitución que contiene las normas supremas que dirigirá a la sociedad. Ello significa que la formación de los derechos fundamentales, como la formación del concepto de constitución, no responde desde su inicio a un modelo propiamente positivista⁵⁴.

Las primeras constituciones son netamente de corte liberal que dan primacía a los derechos contenidos en la Declaración Francesa que al paso del tiempo

⁵⁰ Idem.

⁵¹ CARBONEL Miguel, *Una Historia de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 65.

⁵² Idem.

⁵³ BASTIDA, Francisco J., ¿son los derechos sociales derechos fundamentales?...”, op. cit., pp. 105 y 106.

⁵⁴ Ibidem, p. 106.

evolucionan para darle sentido a nuevos derechos que la sociedad considera deben estar en la norma suprema, en este sentido Francisco J. Bastida no duda en afirmar que las constituciones democráticas son históricamente una evolución de las constituciones liberales.⁵⁵

Para nuestro estudio en este apartado, es importante la posición de Bastida cuando señala que aun y cuando en apariencia los derechos fundamentales contenidos en las constituciones democráticas son similares a los de las constituciones liberales, éstos tienen un fundamento jurídico completamente diferente porque en las constituciones democráticas la constitución es la norma jurídica suprema y, como tal, fuente de producción de las demás normas del ordenamiento⁵⁶, mientras que en la corriente liberal decimonónica la constitución es un instrumento político dirigido a los legisladores. La condición normativa (o si se quiere, para mayor exactitud: jurídico-normativa) de la Constitución es hoy una cuestión aceptada por la doctrina más sólida⁵⁷. Este denso contenido normativo, que se expresa en forma de derechos, principios y directrices conforma el paradigma garantista de validez sustancial propuesto por Ferrajoli⁵⁸.

No obstante a compartir la idea de Bastida antes mencionada, diferimos de dicho autor cuando refiriéndose a los derechos fundamentales considera que si la constitución reconoce derechos fundamentales no puede ser como aceptación de una legalidad iusnatural previa, externa e intangible que una constitución lo es por su más alta posición jurídica respecto del resto del ordenamiento y que son fundamentales los derechos porque participan de esa posición de supremacía que tiene la constitución en la que están insertos. Sostiene que el hecho de que ciertos

⁵⁵ Ibidem, p. 110.

⁵⁶ Idem, pp. 111 y 112.

⁵⁷ ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones ciudad argentina, 1995, p. 100.

⁵⁸ ACUÑA, Juan Manuel, *"Justicia constitucional y políticas públicas sociales..."*, op. cit., p. 94.

derechos puedan considerarse inherentes a las personas no es la causa de su deber ser como derechos fundamentales, que ello puede ser el motivo político que impulsa al constituyente a incluirlos en la norma suprema.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la fundamentalidad no solo parte de la posición en la que se ubica determinado derecho, esa posición en la constitución se da por la importancia del derecho y, bajo esta tesitura puede haber derechos que son fundamentales y no están expresamente en la norma suprema sino que se deducen de conformidad a su importancia y en apoyo con otros derechos, lo que permite a los operadores jurídicos en sede judicial tutelarlos⁵⁹ tal es el caso de los derechos implícitos o innominados.

Compartimos la idea que sostiene el Doctor Miguel Carbonell⁶⁰ de que los derechos no se tienen por el solo hecho de considerarse inherentes al ser humano, sino que se ha luchado para su conquista; pero, esa lucha se ha dado porque se tutelen todos aquellos derechos que se consideran básicos e indispensables para el desarrollo del ser humano.

Siguiendo esta línea, tenemos el argumento de que hay ciertos derechos que las normas supremas formalmente no les dan el carácter de fundamentales como es el caso de la Constitución española, y sin embargo, sí lo son, tal es el caso de determinados derechos sociales como la salud, porque nadie puede negar que son importantes, básicos, elementales para el individuo y el orden social.

Ciertamente, el hecho de que determinados derechos estén contenidos textualmente en la constitución facilita la eficacia en su tutela, sobre todo aquellos

⁵⁹ En una postura similar, siguiendo a Robert Alexy, Ricardo García Manrique señala que los derechos sociales, si inicialmente han sido dispuestos como principios rectores y no como derechos, también podrían configurarse como derechos fundamentales por la vía de la creación jurisprudencial, como ha sucedido con el derecho a la autodeterminación informativa. GARCÍA MANRÍQUE, Ricardo, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, p. 37.

⁶⁰ Véase CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 807.

que están con el carácter de fundamentales porque como dice Francisco Bastida la constitución es fuente suprema de eficacia directa⁶¹, la fundamentalidad de los derechos permite concluir que ésta consiste primariamente en la eficacia directa de tales derechos, o sea, en *su potencial disponibilidad inmediata por sus titulares*⁶².

España ubica al derecho a la educación en la sección 1ª del capítulo II (que es un típico derecho social) preceptos de dicha sección que gozan de una operatividad fundamental, con eficacia directa, que puede tutelar el Tribunal Constitucional, mientras que los demás derechos sociales como la salud, se ubican en el capítulo III, bajo la denominación “De los principios rectores de la política social y económica”, o sea, que no están considerados como derechos fundamentales, al no ubicarse en la sesión 1ª, del capítulo II que lleva por título “De los derechos fundamentales y libertades públicas”. En esta tesitura, los derechos sociales como la salud, tanto para la doctrina como para los órganos judiciales españoles no son exigibles en su cumplimiento por no estar identificados como derechos subjetivos, aspecto que sí pasa con los derechos fundamentales⁶³, resultando ser esta la postura de Bastida y de la cual ya mencionamos que no compartimos.

Mantener una postura tajante en la que sólo son derechos fundamentales los que se encuentran en la constitución, expresamente considerados como tales, es enfrascarse en una idea en donde solo gozan de ese carácter los derechos que el constituyente así consideró, negando que la sociedad puede en todo momento cambiar el contenido que le dio el constituyente a la constitución, de no ser así, se

⁶¹ BASTIDA, Francisco J., “¿son los derechos sociales derechos fundamentales?...”, op. cit., pp. 114 y 115.

⁶² Ibidem, p. 115.

⁶³ Véase al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de derecho administrativo II*, op. cit., p. 70.

estaría imponiendo a las futuras generaciones una norma suprema que ya no esté acorde a sus necesidades.

Al respecto, Manuel Aragón señala lo siguiente:

El poder soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o, dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino... Los límites materiales significan, o que el derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones del presente, con lo cual el Estado constitucional no sería del todo Estado democrático, o que la democracia impone a esas generaciones el futuro de la triste obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa dimensión de Estado de derecho, es decir, de Estado constitucional⁶⁴.

Debemos partir de la idea de que los constituyentes no son perfectos y, que aspectos que son de suma importancia para el individuo y en general la sociedad pudieron no ser tomados en cuenta. Si bien es cierto, que para ello está el poder reformador de la constitución, también lo es, que un derecho es fundamental por su importancia para el desarrollo del ser humano y que el hecho de que se encuentre en la constitución como norma suprema es para darles eficacia plena. Es menester aclarar que tampoco nuestra postura es iusnaturalista completamente, lo que creemos, es que los derechos que son de suma importancia para el individuo deben estar recogidos en la constitución y que de no estarlo, no quiere decir, que no tengan que ser tutelados porque implícitamente se pueden encontrar en el sistema normativo, como es el caso del derecho a la salud en Colombia que ha sido tutelado

⁶⁴ ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, PP. 17-19.

a través del derecho a la vida que es un derecho fundamental de eficacia plena. La necesidad y sobre todo las exigencias de una realidad han dado un reconocimiento más solemne a los derechos sociales, ubicándolos en muchos casos en igualdad de rango que los derechos individuales⁶⁵.

Los derechos sociales que menos aceptación tienen como exigibles al Estado, en nuestro país son derechos fundamentales, se encuentran en el apartado de las garantías individuales. Hasta antes de la reforma constitucional de 2011, tal es el caso del derecho a la salud que más adelante desarrollaremos, la vivienda o la educación; así las cosas, si en la dogmática jurídica se afirma que los derechos que se encuentren como fundamentales son completamente exigibles al Estado, tenemos que estos tres derechos antes mencionados, son plenamente exigibles en el estado mexicano. Un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas⁶⁶; sin embargo, la realidad nos indica otra cosa, casi completamente contraria.

1.5. Los derechos sociales y su exigibilidad al Estado

La ideología predominante que abanderó la ilustración fue influenciada por grandes pensadores, con un claro enfoque humanista de ayuda al prójimo en su subsistencia. Alimentación, vestido y salud representa según Montesquieu, los objetivos a satisfacer por el Estado, anticipando de esta forma varios de nuestros

⁶⁵ Véase CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 59.

⁶⁶ BASTIDA, Francisco J., ¿son los derechos sociales derechos fundamentales?...”, op. cit., p. 116.

contemporáneos derechos sociales.⁶⁷ Así tenemos que el artículo 21 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, realizada en Francia, señala: “La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que no están en situación de trabajar”.

Claramente, de la redacción de este artículo no se observa una obligación a cargo del Estado y un derecho por el individuo, sino, que es un principio rector que se deja al arbitrio del Estado y la sociedad en su conjunto, sin embargo, el solo hecho de su declaración es un avance en los cimientos para la construcción de derechos con este contenido, que se construyen en el proceso cambiante de la sociedad en su evolución y forma de satisfacer sus necesidades.

¿Porqué exigir al Estado que cumpla en satisfacer las necesidades de cierto sector de la población? Es un cuestionamiento que por lógica se hace, no hay que olvidar que el Estado es un ente que se construye por la sociedad para hacer posible la convivencia y la subsistencia del individuo, que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios para la sociedad en su conjunto⁶⁸. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solo de nuestro entorno más inmediato⁶⁹, lo que hace necesario aclarar, que por un lado tenemos a una clase social pudiente que no necesita de apoyo para satisfacerse asimismo y, por el otro, aquella que no tiene las posibilidades de proveerse de las necesidades mínimas para la subsistencia, sin embargo, la primera no puede existir sin la segunda, porque todo lo que hace el ser humano, va dirigido para su propia especie, así los empresarios y burgueses necesitan del proletariado,

⁶⁷ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 806.

⁶⁸ Ibidem, p. 802.

⁶⁹ Idem.

en un sistema capitalista la ley de la oferta y la demanda determina que una cosa valga más que otra, provocando el acaparamiento de la riqueza en pocas manos, en detrimento de la inmensa mayoría.

Hay una codependencia en la vida social, por un lado quien ofrece un producto o servicio necesita una población a quien brindársela y, por el otro, si se consume el producto o servicio es porque es necesario. Ante ello, el Estado debe mantener una conducta de observar que estas relaciones se den en un plano racionalmente justo, que no exista un lucro desbordado por un sector de la sociedad y el empobrecimiento de la otra.

Ante este factor, es sumamente importante la regulación de los salarios, que deben cumplir con dar el suficiente poder adquisitivo, el Estado debe velar para que se den estas condiciones porque de lo contrario el trabajo desempeñado por las personas será insuficiente para costear sus necesidades y es aquí, donde encontramos una de las justificaciones de la exigencia al Estado tratándose de derechos sociales.

Miguel Carbonell señala:

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tiene que ver con las técnicas de organización laboral desbordan las formas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos a su vez, deben ser institucionalizados para operar de manera eficiente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales.⁷⁰

⁷⁰ Idem.

Los derechos que inicialmente debía guardar el Estado a la no intervención, identificados principalmente como defensa de la libertad y de la propiedad no han sido suficientes. Claro es, que se debe dejar a salvo las libertades fundamentales, pero esto es solo una parte con la que debe cumplir el Estado, ya que también debe estar al pendiente del cumplimiento de la justicia social⁷¹. Es, en efecto, bien evidente que ya no basta con acotar reductos exentos frente a la acción del poder a los efectos de proporcionar al individuo una protección efectiva⁷², sino que, se requiere de una acción positiva por parte del Estado para satisfacer las necesidades más básicas que las clases desprotegidas no lo pueden hacer por sí mismos. A las libertades públicas que se le reclamaron al Estado en su inicio, así como la participación política, se le suman otros derechos de una estructura más compleja “los derechos sociales”, que implican no solo que el Estado sea garante de las libertades, al ser necesario una acción prestacional de servicios que no han podido ser satisfechos por cierto sector de la población, los desvalidos y los económicamente débiles⁷³, de tal forma que se requiere, de la no menos imperiosa necesidad de una actividad de los entes públicos para suplir aquéllas y garantizar al ciudadano una asistencia vital efectiva⁷⁴.

Derechos prestacionales a cargo del Estado es como se identifican principalmente a los derechos sociales, pero, no necesariamente todos estos derechos implican una prestación como tal, una acción subsidiaria de apoyo por parte del Estado para su eficacia, así tenemos por ejemplo el derecho social relacionado al trabajo, que su enfoque por parte del Estado va más en el sentido de

⁷¹ En este sentido véase CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 56.

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de derecho administrativo II*, op. cit., p. 67.

⁷³ En este sentido CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 47.

⁷⁴ Idem.

velar porque al trabajador se le dé una serie de beneficios por parte de la parte patronal, es decir, bastará con que éste creé las condiciones propicias para que las relaciones de los hombres se ajusten a los dictados de la justicia social⁷⁵. Ciertos derechos como la salud, vivienda o educación si implican una aplicación más difícil a diferencia de aquellos donde el Estado solo funge como guardián para su desarrollo, punto medular de influencia para su realización.

1.5.1. La solidaridad como elemento para la exigibilidad de los derechos sociales

Uno de los valores que implica ayuda mutua y que ha sido base para el apoyo a los más necesitados es la solidaridad, ya desde la declaración francesa se hacía mención en dar ayuda, es decir, apoyar a todo aquél que requiere el auxilio o la ayuda de la comunidad.

La asistencia social se desenvuelve en el campo de que la sociedad debe acudir en ayuda de sus miembros para que puedan hacer frente a las necesidades que no estarían en aptitud de satisfacer con sus propios recursos⁷⁶, cabe aclarar que la asistencia social por lo regular funciona como una acción de buena voluntad y solidaridad.

En esta línea José Campillo define a los derechos sociales como el conjunto de exigencia que el hombre puede hacer valer frente a la colectividad para que ésta le proporcione los medios necesarios para conducir una existencia digna⁷⁷, de tal forma que esta postura engloba a la solidaridad como medio de exigencia de los derechos sociales. El autor en cita menciona que éstos derechos miran de manera particular a la participación de los miembros de la colectividad, sin embargo, la

⁷⁵ CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op.cit., p. 48.

⁷⁶ Ibidem, p. 75.

⁷⁷ Ibidem, p. 47.

solidaridad es un valor que no puede exigirse de manera coercible, sino que se basa en una obligación interna y por lo tanto ponemos en entredicho la eficacia de la solidaridad como fundamento de exigencia de los derechos sociales.

1.5.2. El bien común como elemento para la exigibilidad de los derechos sociales

Esta idea del bien común es desarrollada principalmente en el derecho administrativo y consiste en que el Estado debe buscar el bienestar de todos sus habitantes, de tal forma, que con los sectores vulnerables debe poner recursos y su actividad a su servicio. El Estado como órgano rector de la forma de organización de la sociedad debe procurar que el bienestar sea posible por todos los que integran su población, se debe preocupar y buscar la forma de lograr el cometido de que todos los individuos puedan satisfacer sus necesidades básicas, se debe apoyar como dice José Campillo al hombre como tal, cuando requiera la ayuda de la colectividad⁷⁸ ya sea a través de la asistencia social o la prestación de los servicios que se requieren.

El estado de bienestar o Estado Social de Derecho busca la satisfacción para todo individuo de todo aquello que se requiere para su desarrollo, sus esfuerzos van enfocados en lograr una correcta distribución de las cargas y beneficios que de él se derivan⁷⁹.

El bien común está relacionado fuertemente con los derechos sociales⁸⁰, los derechos individuales y políticos están estructurados esencialmente en torno a la

⁷⁸ Ibidem, p. 68.

⁷⁹ Véase CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 74.

⁸⁰ Los derechos sociales surgieron en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho. En el Estado social de Derecho, también llamado Estado de bienestar (*Welfare State*), los poderes públicos asumen, como deberes jurídicos, proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para satisfacer sus necesidades vitales. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 26.

idea de libertad, en cambio, los derechos sociales están dirigidos a la realización de la justicia social y a asegurar a todos los hombres un nivel decoroso de bienestar⁸¹.

1.5.3. La dignidad humana como elemento para la exigibilidad de los derechos sociales

Hablar de dignidad humana es referirse principalmente a valores y principios que ubican al individuo en su integridad en una condición superior y necesaria por la que la sociedad debe dirigirse.

Es la muestra de un logro moral en la historia de la humanidad. Y en este sentido, el reconocimiento jurídico de los derechos humanos implica la incorporación al Derecho de un contenido de justicia⁸², la idea de dignidad humana, que considero la base de la ética pública de la modernidad y que se realiza socialmente a través del derecho en diversos ámbitos y, en este caso, a través de los derechos sociales⁸³ son fundamento de exigibilidad al Estado de estos derechos.

La concepción de la dignidad humana como base para el orden y desarrollo de todo ser humano y por ende de la sociedad, trae aparejada el hecho de que el individuo tiene un mínimo de necesidades que deben quedar satisfechas o de lo contrario la condición humana intrínseca estará menoscabada. El ser racional del hombre debe dar como consecuencia la ayuda para la subsistencia de su propia especie, de ahí que se desarrollen valores y principios basados en la solidaridad y apoyo en el desarrollo de las personas, buscando satisfacer aquellas exigencias requeridas para una vida digna.

⁸¹ CAMPILO SAÍNZ, José, *Ibidem*, p. 82.

⁸² VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 28 y 29.

⁸³ PECES-BARBA, Gregorio, "Reflexiones sobre los derechos sociales", *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009, p. 86.

La dignidad humana debe formar hoy en día tanto en las constituciones como en el plano internacional el eje central sobre el cual se dirige la organización social. Debe ser, la condición que la hace portadora de unos derechos básicos que posibilitan una realización plena de su humanidad, y sobre éste modelo, legitimar y crear una sociedad justa⁸⁴.

El instrumento de los derechos sociales para ayudar a satisfacer necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por sí mismos y que impedirían radicalmente el desarrollo de la dignidad de esas personas⁸⁵ debe fortalecerse en primer lugar en la doctrina de los derechos como en la legislación de leyes. Se trataría de un avance de la evolución ética, desde el nivel individual al nivel social para construir una dignidad común a la humanidad, esto es: *la humanización cultural de la especie humana*⁸⁶.

La afirmación de la dignidad de la especie humana como núcleo conceptual y fundamento de unos derechos universales, significa que estamos reconociendo el destino de los otros y su supervivencia para la conquista de la justicia y la felicidad⁸⁷, es tener presente que hay ciertas necesidades que son imprescindibles para la humanidad y que existe un sector que por sí solo no puede satisfacerlos y, por lo tanto la sociedad debe poner sus esfuerzos para que las condiciones que exige una vida digna sean satisfechas.

Creo que no cabe duda del motivo por el cual surgen los derechos sociales “buscar satisfacer las exigencias para una vida digna de todo individuo”, pues como

⁸⁴ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 29.

⁸⁵ PECES BARBA, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, op. cit., p. 87.

⁸⁶ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 32.

⁸⁷ Idem.

señala Prieto Sanchís⁸⁸, se formulan para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de las relaciones sociales.

La dignidad humana adquiere diferente dimensión como valor superior en las constituciones democráticas, el matiz que se le da varía entre un país y otro, aun y cuando se establece como fundamento del orden político y de la paz social, tal circunstancia se presenta entre España y Alemania, para el primero la dignidad humana no implica un sistema jurídico heterorreferencial, dependiente de un derecho suprapositivo, mientras que para el segundo sí, el Tribunal Constitucional de Alemania ha expresado el reconocimiento jurídico de la igualdad y la libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlos y no por la fuerza de primacía de la Constitución⁸⁹, sin embargo, hay que dejar claro que estas diferencias no versan sobre la aceptación o no de la dignidad humana como fuente de derechos, sino, sobre dicho concepto como fuente superior al derecho positivo.

Peces-Barba al referirse a la dignidad humana afirma:

De ese concepto básico nacen los valores superiores de los ordenamientos jurídicos, las ideas de libertad, de igualdad, de solidaridad (o fraternidad) y de seguridad, que son las categorías normativas básicas, que pasan de la ética pública al derecho para optimizar un sistema de convivencia y de organización social que permita lo más posible el desarrollo de la dignidad humana de la mayor cantidad posible de personas⁹⁰.

⁸⁸ PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos [2] fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 45, cit. por VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 33.

⁸⁹ En este sentido véase BASTIDA, Francisco J., “¿son los derechos sociales derechos fundamentales?...”, op. cit., p. 131.

⁹⁰ PECES-BARBA, Gregorio, “Reflexiones sobre los derechos sociales”, op.cit., p. 88.

Estas ideas son las que se deben difundir para que de esta manera tomen la fuerza necesaria porque hoy en día, la realidad nos muestra la difícil concretización de los derechos sociales, así como la aceptación de la dignidad humana como fundamento de estos derechos, argumentando que los derechos sociales más que derechos son programas sociales y económicos que requieren de una reglamentación que se dará acorde a las posibilidades del estado, lo que refleja aun, la influencia del liberalismo que se viene arrastrando porque este tipo de derechos no resultan más costosos que el acceso a la justicia a la que no se opuso el liberalismo; de tal forma, que el punto medular de su aceptación no es el costo de los derechos sociales el motivo, sino, más bien que no son de necesidad para quienes ostentan el poder.

Un punto referencial que debemos tener claro como sociedad es que en la medida en que la distribución de la riqueza sea más justa, habrá menos necesidad de que el Estado cubra aspectos esenciales para una vida digna de los individuos, habrá mayor desarrollo social y sobre todo seguridad, el aparato gubernamental debe identificarse con todos los miembros de su sociedad y buscar dar soluciones a las necesidades apremiantes por ser su función. Porque es el Estado el que tiene la capacidad y legitimación para tomar las medidas políticas, económicas y jurídicas para favorecer la realización y desarrollo de los derechos sociales⁹¹.

La historia nos muestra claramente la forma en la que evoluciona el derecho, acorde a las necesidades de la sociedad en su tiempo y su espacio. El Estado liberal de Derecho aparece como paradigma inicial, y tiene como aportación principal la organización jurídico institucional del Estado y el reconocimiento y garantía de derechos y libertades civiles y políticas hasta entonces muy

⁹¹ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 67.

desprotegidas⁹², ahora nos encontramos ante el reto de lograr la plena eficacia de los derechos sociales. Desde una visión evolutiva, la conquista de los derechos sociales ha de continuar para incluir a la mayoría aun excluida⁹³.

1.6. Clasificación de Chistian Courtis respecto de las garantías de conformidad al encargado de hacerla efectiva

Para abordar el presente apartado primero debemos tener claro que entendemos por garantía y así poder identificar cuando un factor funge como tal.

La noción de garantía se refiere a aquéllos métodos, mecanismos o dispositivos que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible⁹⁴.

1.6.1. Garantía de carácter social

Para Chistian Courtis hay dos principales formas de garantía de los derechos sociales, que se traduce en su forma de exigibilidad y una de ellas es la de carácter social en las cuales el instrumento o mecanismo de aseguramiento del derecho se confía al titular del derecho que puede ser individual o colectivo, se trata pues, de una garantía vinculada con la propia tutela que hace el o los titulares del derecho⁹⁵. Estas garantías consisten en gran medida en el ejercicio de derechos que hacen posible expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política⁹⁶.

⁹² Ibidem, p. 70.

⁹³ Ibidem, p. 77.

⁹⁴ COURTIS, Chistian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 20.

⁹⁵ Véase COURTIS, Chistian, *El mundo prometido...*, op. cit., p. 20

⁹⁶ Idem.

Courtis señala que estos mecanismos están fuertemente relacionados con ciertos derechos civiles y políticos como la libertad de expresión, la libre manifestación, el derecho de al voto, el derecho de petición entre otros porque son derechos que funcionan como instrumentos de incidencia en la determinación y control ciudadano de las políticas destinadas a satisfacer derechos sociales⁹⁷.

Así tenemos que las garantías de carácter social son las formas de presión que se realizan por los titulares de los derechos ya sea en forma individual o colectiva, y por lo regular es en esta última, de ahí la relación con determinados derechos civiles y políticos, no obstante cabe preguntarnos si realmente este mecanismo es una garantía, porque como ya se señaló antes, una garantía sirve para asegurar la efectividad de un derecho, de tal forma que para ser garantía ya debe haber un derecho por el cual se presiona a los órganos del Estado para su cumplimiento. En la práctica este tipo de mecanismos de presión se dan por lo regular cuando hay exigencias que se quiere estén reguladas por las normas jurídicas, es decir, se conviertan en derechos.

Desde nuestro punto de vista, hay dos momentos en el planteamiento de garantías sociales que hace el jurista Courtis, la primera que se da cuando se desarrolla presión social y política para que se dé satisfacción a ciertas necesidades o exigencias que un sector de la sociedad considera necesarias por lo que se requiere la intervención del Estado , verbigracia, la exigencia del derecho a la no discriminación o el derecho social a la libertad sindical que se logró establecer como un derecho constitucional en nuestro país por las exigencias sociales y políticas tanto en forma individual y colectiva. Por ello, los derechos de libertad de expresión, de organización, de petición, entre otros, adquieren vital importancia porque son los

⁹⁷ Ibidem, pp. 20 y 21.

canales o medios para la conquista o satisfacción de derechos, entre los que podemos encontrar a los sociales, son el mecanismo de actuación para lograr por parte del estado reconocimiento de las exigencias como derechos. Técnicamente, en este caso, nos encontramos ante un mecanismo de exigencia por el reconocimiento de derechos más no de garantías de los derechos.

El segundo momento al que nos referimos, se da cuando derechos ya reconocidos no han tenido la eficacia que deberían tener, en este caso el mecanismo de garantía social si funge como tal, pero solo en forma indirecta. El titular del derecho que exige su cumplimiento solo puede presionar por diferentes medios para que quienes estén obligados a cumplir lo hagan o intervengan personas con las facultades necesarias para influir en ello, pero por lo regular no podrá haber una intervención de forma directa como en el caso de las garantías políticas que influyen directamente en las políticas públicas o la jurisdiccional que por medio de una sentencia puede obligar al sujeto u órgano a dar cumplimiento al reclamo.

1.6.2. Garantía de carácter institucional

Quienes llevan a cabo la articulación de estas garantías son instituciones públicas-aunque exista alguna instancia de iniciativa por parte de los actores sociales⁹⁸, son instituciones formalmente establecidas las que tienen a su cargo emprender acciones que tienen como finalidad garantizar el derecho reclamado. Estas garantías Courtis las clasifica en políticas y jurisdiccionales⁹⁹, las primeras son las que lleva o puede llevar a cabo el Legislativo y el Ejecutivo y las segundas, en manos del poder judicial u órganos cuasi judiciales.

⁹⁸ Ibidem, p. 22.

⁹⁹ Ibidem, p. 22 y ss.

1.6.2.1. Garantías políticas

Courtis relaciona las garantías políticas con el hecho de que gran parte de los derechos sociales se ubican en la Constitución¹⁰⁰, de manera tal, que características como el contenido esencial mínimo, la reserva de ley o el principio de progresividad adquieren gran relevancia en este tipo de control, las cuales solo mencionamos por ahora por ser objeto de estudio más adelante.

Las políticas públicas juegan un papel importante en este tipo de garantías porque dependiendo de las decisiones que se tomen en políticas públicas será la garantía que tengan los derechos sociales. De igual forma, el trabajo del legislativo en elaborar las leyes que desarrollarán los derechos sociales se torna elemental. Con los dos elementos que acabamos de mencionar si se realizan de manera adecuada con la plena voluntad de darle la importancia que merecen los derechos sociales se puede asegurar su garantía.

A diferencia de las garantías jurisdiccionales, en las políticas la presión del sector social sí puede tener una mayor relevancia, de tal forma que estas garantías las resumimos en las formas de presión que se tiene para influir en la exigencia de los derechos sociales.

1.6.2.2. Garantías jurisdiccionales

Las garantías jurisdiccionales son instrumentos-que tradicionalmente adoptan la forma de acciones, recursos, demandas o quejas- que permiten que la persona titular de un derecho acuda a una autoridad independiente¹⁰¹ de quien es por lo regular la parte obligada para exigir el cumplimiento de un derecho.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Ibidem, p. 29.

Para que sea posible la garantía jurisdiccional es imprescindible que exista el derecho del que se reclama su cumplimiento en sede judicial. También tenemos que se requiere una ley en la que se establezca la forma en la que se desarrolla el derecho, su alcance y su forma de exigirlo; no obstante ello, el operador judicial puede entrar al estudio y determinar si se ha incumplido, así como la sanción al obligado, tratándose de derechos de orden constitucional aun y cuando no exista la ley que lo reglamente. Según una afirmación ampliamente difundida en el discurso jurídico, el carácter normativo de las Constituciones contemporáneas residiría en la existencia de un control jurisdiccional de las mismas, capaz de imponer su contenido, llegado el caso, a los propios poderes encargados de desarrollarla¹⁰². Un derecho constitucional tiene una protección especial, que un derecho esté incorporado a una Constitución implica la obligación puesta en cabeza del cuerpo legislativo e, indirectamente de la Administración de respetar ese contenido mínimo esencial¹⁰³ y cuando no se ha respetado el juez puede hacerlo valer, ante las exigencias de tutelas efectivas para abandonar el garantismo formal y aniquilador que en nombre de requisitos desvisten los mandatos protectores de la dignidad humana¹⁰⁴.

Juan Manuel Acuña señala:

Normalmente, y asumiendo un uso adecuado del aparato jurisdiccional, los reclamos sobre derechos sociales, se ventilan en sede judicial cuando las autoridades encargadas de velar por la eficacia de los derechos en general y

¹⁰² PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho", CARBONELL, Miguel, CRUZ PARECRO, Juan Antonio, VÁZQUEZ, Rodolfo (Compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, p. 111.

¹⁰³ Ibidem, p. 23.

¹⁰⁴ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El procedo de hábeas corpus y los derechos fundamentales. Estudios de derecho comparado*, México, UBIJUS, 2010, P 19.

de los sociales en particular, a partir del cumplimiento de las políticas públicas sociales, incumplen sus obligaciones¹⁰⁵.

Sin embargo, cuando un derecho no encuentra su desarrollo en una ley, principalmente los de carácter social hay que enfrentar una serie de obstáculos históricos, vinculados con la posibilidad de articular garantías jurisdiccionales en defensa de derechos sociales¹⁰⁶ por la arraigada consideración de que solo son normas programáticas dirigidas al legislador, postura que ya debatimos con anterioridad, argumentando los motivos por los que se debe dejar atrás estas ideas que tanto han retrasado el desarrollo de derechos tan importantes como la salud, vivienda o educación. Se ha sostenido que la clasificación de las garantías jurisdiccionales se clasifican en dos (directos e indirectos)¹⁰⁷. Las garantías jurisdiccionales serán desarrolladas principalmente en el capítulo III de este trabajo.

1.7. Necesidad de leyes reglamentarias idóneas para los derechos sociales

Si bien es cierto, en principio, las corrientes ideológicas se preocupaban por el reconocimiento de los derechos en las leyes sin la incorporación de instrumentos de tutela procesal, lo que demostró rápidamente su necesidad¹⁰⁸ en el desarrollo de instrumentos procesales para la eficacia de los derechos ya reconocidos. Una tendencia verificada en gran parte de los países de la región es la limitación de las leyes destinadas a reglamentar cláusulas constitucionales que consagran derechos

¹⁰⁵ ACUÑA, Juan Manuel, “*Justicia constitucional y políticas públicas sociales...*”, op. cit., p. XXXV.

¹⁰⁶ PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno...”, op. cit., p. 29.

¹⁰⁷ Véase al respecto GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, UBIJUS, 2010, p. 19.

¹⁰⁸ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El proceso de hábeas corpus y los derechos fundamentales...*, op. cit., p 20.

sociales¹⁰⁹, atienden más a la designación competencial orgánica que al contenido de los derechos, lo que viene a ser un grave problema. Si las leyes en las que debe desarrollarse dicho contenido no lo hacen y por el contrario se enfocan en los órganos competentes del Estado, es donde encontramos el problema mayor, porque, si en el mundo fáctico aun tratándose de derechos civiles y políticos bien desarrollados por las leyes respectivas encontramos dificultad en su aplicación, resulta obvia la complicación en la aplicación de derechos sociales si estos no son desarrollados adecuadamente por las normas que tienen ese deber.

Al respecto García de Enterría señala:

En los supuestos de negativa de la Administración a la implantación de un nuevo servicio u organización prestacional o a la mejora de los ya existentes, el ciudadano permanece prácticamente indefenso, supuesto que las normas aplicables se limitan a habilitar o autorizar en términos generales la actuación de la Administración, dejando a su solo criterio la elección del momento, lugar, forma y extensión de las medidas necesarias, sin llegar a configurar nunca verdaderas obligaciones y, por lo tanto, correlativos derechos del particular¹¹⁰.

Esto no significa, claro, que la ley deba reglamentar hasta el último detalle la concesión de prestaciones y beneficios en materia social¹¹¹ como tampoco pasa con los demás derechos. Pero al menos debe establecer bases claras y generales- incluyendo la objetividad, la claridad en la definición de los destinatarios y en el establecimiento de los beneficios, y los mecanismos de reclamo correspondientes-

¹⁰⁹ PISARELLO, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno...", op. cit., pp. 18 y 19.

¹¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de derecho administrativo II*, op.cit., pp. 78 y 79.

¹¹¹ COURTIS, Chistian, *El mundo prometido...*, op.cit., p. 24.

que debe cumplir todo plan o programa social destinado a distribuir fondos de carácter público¹¹².

Se ha señalado que un problema vinculado con el de la garantía legal de los derechos sociales tiene que ver con la forma de satisfacerlos, especialmente los relacionados con la seguridad social (salud, vivienda, educación) ya que requieren necesariamente un servicio público que garantice ese derecho¹¹³, argumento que no es suficiente para sustentar una tesis de no garantizarlos porque como se ha señalado con antelación, existen derechos civiles y políticos que requieren de una prestación por parte del Estado y que no han tenido esta reticencia para su garantía. Por lo que toca a los derechos sociales, son normalmente un mínimo de garantías que las leyes ordinarias o las restantes fuentes del Derecho sólo pueden mejorar, pero nunca disminuir¹¹⁴. La falta de adecuación de las acciones procesales tradicionales, la falta de desarrollo de garantías específicas o la falta de concreción de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos¹¹⁵ son un factor por el que se debe trabajar para superar la situación para que el titular del derecho cuente con un medio para recurrir a su reclamo. Si no existen recursos que legitimen a los beneficiarios, o a otros actores que posean un interés legítimo, a cuestionar en sede administrativa o judicial la actuación de la administración en este campo¹¹⁶, mientras el legislador de nuestros países no dé pasos en este sentido, y no renueve el arsenal de acciones a disposición de los justiciables¹¹⁷, difícilmente veremos un desarrollo adecuado de este tipo de derechos. El punto clave es: un

¹¹² Idem.

¹¹³ Véase COURTIS, Chistian, *El mundo prometido...*, op. cit., p. 25.

¹¹⁴ CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 84

¹¹⁵ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 103

¹¹⁶ COURTIS, Chistian, *El mundo prometido...*, op. cit., p. 31.

¹¹⁷ Idem.

adecuado desarrollo de los derechos sociales en lo sustancial como en las garantías para poder recurrir ante una insatisfacción.

Que los derechos sociales se desarrollen por leyes y no por reglamentos es imprescindible para que éstos no queden tanto al arbitrio y voluntad de la administración, si se desarrollan en leyes se les da un pequeño blindaje a diferencia de cuando se desarrollan por vía reglamentaria. Además de que por ser derechos de contenido constitucional, su regulación debe ser por ley y no por reglamento en atención al principio de reserva de ley.

1.8. El contenido esencial mínimo de los derechos sociales y fundamentales

Ha sido desarrollada desde dos vertientes, por un lado, el derecho internacional en materia de derechos humanos y, por el otro, la dogmática de los derechos fundamentales. Oscar Parra al referirse al contenido esencial desarrollado por el derecho internacional señala que en la observación 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha señalado que a cada Estado Parte corresponde una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, sin mostrar una delimitación de estos niveles en el que se señalen pautas claras¹¹⁸. El mismo autor señala que el Comité en su observación 14 (que se refiere al derecho a la salud) señala que los elementos esenciales son disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad por reunir las principales preocupaciones para la garantía del derecho como derecho humano fundamental¹¹⁹. La misma observación del Comité hace referencia a unas

¹¹⁸ PARRA VERA, Oscar, "El contenido esencial a la salud y la prohibición de regresividad", COURTIS, Chistian, (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, p. 57 y ss.

¹¹⁹ Idem.

obligaciones básicas, inderogables que un Estado parte no puede en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento¹²⁰. Ahora bien, el contenido inderogable (*contenido mínimo esencial*) es aquél estándar que debe ser garantizado con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables que enfrentan los Estados Parte¹²¹. Mientras que el contenido esencial hace referencia aquello sin lo cual se desnaturaliza un derecho según se indica en la doctrina y la observación 14 del Comité.

Por su parte la dogmática constitucional, más enfocada a los derechos fundamentales y, no solo a los sociales ha desarrollado diversas teorías entre las que se encuentran las temporales, espaciales, absolutas, relativas y mixtas¹²².

Según las teorías absolutas, el contenido esencial nunca puede ser afectado y el núcleo esencial puede ser definido por los jueces en abstracto, por el contrario las teorías relativas consideran que son admisibles las restricciones en todo contenido del derecho siempre y cuándo se respete el principio de proporcionalidad¹²³.

Compartimos la idea de que esta característica del contenido mínimo esencial de los derechos sociales y fundamentales determina que los derechos deben tener un efecto positivo aunque sea mínimo sobre su contenido, la disposición contenida en el derecho debe tener, cuando menos, una aplicación en menor grado o de lo contrario no estaríamos en la hipótesis de un derecho. Este principio tiene como finalidad proteger prioritariamente a la población más vulnerable si se trata de

¹²⁰ En el siguiente capítulo se hará un estudio completo de la observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹²¹ PARRA VERA, Oscar, "El contenido esencial a la salud y la prohibición de regresividad", op. cit., p. 59.

¹²² Para un estudio más profundo véase BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

¹²³ Véase PARRA VERA, "El contenido esencial a la salud y la prohibición de regresividad", Oscar, op. cit., p. 60.

derechos sociales¹²⁴ porque tratándose de derechos fundamentales como el debido proceso o la libertad de expresión su protección es más general.

Cuando, en ausencia de ley que dé efectividad al derecho fundamental, el contenido esencial de los derechos fundamentales se hace directamente presente¹²⁵ porque una norma constitucional en cuanto norma superior no puede quedarse supeditado al desarrollo legal de la misma¹²⁶ o de lo contrario la supremacía resulta ser solo una falacia. El cumplimiento del contenido mínimo esencial del derecho, similar a la prohibición de afectar la “naturaleza” o “sustancia” del derecho¹²⁷ es un mecanismo de eficacia de los derechos sociales fundamentales, le da operatividad cuando no han tenido un adecuado desarrollo.

Entre las obligaciones que adquieren los Estados en relación con los derechos sociales se encuentra la de garantizar niveles esenciales de los derechos y las obligaciones de progresividad y no regresividad¹²⁸, quedando como una prioridad, que no pueden hacer a un lado los gobiernos, de tal forma que tanto el legislativo como el ejecutivo deben actuar bajo la regla de que los derechos sociales tienen un contenido esencial mínimo que no puede afectarse o quedarse sin reconocimiento.

Ahora, la pregunta es como bien lo señala Oscar Parra ¿cómo se verifica el cumplimiento de dichas obligaciones? Distinguiendo una respuesta, según se trate de normas jurídicas, decisiones judiciales o políticas públicas¹²⁹. Todo parece indicar que la respuesta es dándole una eficacia aunque sea mínima al derecho y la

¹²⁴ En este sentido véase COURTIS, Chistian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios”, COURTIS, Chistian (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, p. 11.

¹²⁵ BASTIDA, Francisco J., “¿son los derechos sociales derechos fundamentales? ...”, op. cit., p. 143.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ COURTIS, Chistian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, op. cit., p. 40

¹²⁸ PARRA VERA, Oscar, “El contenido esencial a la salud y la prohibición de regresividad”, op. cit., p. 53.

¹²⁹ Idem.

tener como punto de partida la misma, donde debe comenzar el desarrollo de su garantía.

1.9. El principio de progresividad de los derechos sociales

El principio de progresividad es el resultado del desarrollo que se ha dado en el derecho internacional en materia de derechos humanos¹³⁰ tanto en el clausulado de estos instrumentos como en la interpretación que le han dado los órganos jurisdiccionales.

Así tenemos, por ejemplo, que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Capítulo III, intitulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, artículo 26 que lleva por título “Desarrollo progresivo”, textualmente se señala lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La Convención a pesar de ser un documento de tutela principalmente de los derechos civiles y políticos, también tutela a los derechos de carácter social, aunque sea de una manera menos intensa al establecerse la obligación de los Estados en la

¹³⁰ En el mismo sentido, pero refiriéndose a la prohibición de regresividad como consecuencia del principio de progresividad Chistian Coutis señala que forma parte del bagaje teórico tanto del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho constitucional doméstico, al menos en materia de derechos sociales. COURTIS, CHISTIAN, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, op.cit., p. 3.

eficacia de estos derechos en la medida de los recursos disponibles, a diferencia de los derechos civiles y políticos que se establecen como derechos de plena eficacia, con garantías para su exigencia. Sin embargo existe la obligación de que la eficacia de este tipo de derechos debe ser progresiva, es decir, se debe avanzar con el paso del tiempo..

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su artículo 2.1 lo siguiente:

Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

De tal forma que, del artículo en comento se desprende claramente el imperativo de progresividad, de avanzar en materia de derechos sociales. Todos los Estados que firmen el Pacto están aceptando el compromiso que se desprende del mismo. Si existe una obligación en realizar progresivamente avances en lo concerniente a derechos sociales, por ende, hay una prohibición en el retroceso de los mismos, incluso en su estancamiento porque hay una obligación de avanzar cada vez en su satisfacción o efectividad y no solo de mantenerlos en la condición ya obtenida.

Adoptar medidas, por todos los medios apropiados hasta el máximo de los recursos de que se disponga para la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Pacto es una obligación para el estado miembro, que implica una

adecuada y justificada realización del gasto público en el que se debe dar prioridad a los derechos ahí contenidos.

El principio de progresividad en materia de derechos sociales requiere la evaluación de las acciones estatales y de sus resultados a lo largo del tiempo- de lo contrario, es imposible afirmar si la situación de un derecho tal como el derecho a la salud o el derecho a la vivienda ha avanzado, se ha estancado o ha retrocedido¹³¹.

Por su parte, el artículo 11.1 del mismo ordenamiento establece lo siguiente:

Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

El principio de progresividad claramente está de nueva cuenta en el presente precepto al disponerse una mejora continua¹³² de las condiciones para un nivel de vida adecuado, de esta forma, no queda duda de la obligación de progresividad en el Pacto. La progresividad es un principio racional porque los Estados no pueden mejorar las condiciones de un momento a otro, por lo tanto, en ningún momento se les está obligando a lo imposible, pero sí a los esfuerzos que se pueden evaluar con las medidas tomadas y los resultados obtenidos, teniendo un panorama claro de cuál es la situación de la que se parte en la evaluación y, cuál en la que se encuentra hasta el momento de su valoración.

¹³¹ COURTIS, Chistian, *El mundo prometido...*, op. cit., p. 26.

¹³² Lo que implica no dar paso atrás en su satisfacción, un avance progresivo o gradual.

La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos¹³³.

La progresividad está definida también en el artículo 5.1 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, estableciendo que:

“Por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”¹³⁴.

Todo lo hasta aquí señalado nos permite conocer a que se refiere el principio de progresividad, la necesidad de su evaluación y como se lleva a cabo, así como su complejidad, pero sobre todo la importancia que tiene el principio en la eficacia de los derechos sociales y fundamentales.

1.10. La prohibición de regresividad

Este principio se deriva del propio principio de progresividad, no en sentido inverso, sino, paralelo toda vez que si existe un compromiso y más que ello, una obligación por parte del Estado en avanzar en materia de derechos sociales, por simple lógica existe una prohibición en tomar medidas que den marcha atrás al alcance que han obtenido tales derechos¹³⁵.

¹³³ COURTIS, Chistian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, op. cit., p. 9.

¹³⁴ Para poder verificar si se está llevando a cabo, el artículo 5.2 de dichas normas establece indicadores de progreso que resulta una necesidad imprescindible, señalando que el progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte la recepción constitucional, el desarrollo gal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil.

¹³⁵ Ana María Suarez señala que las medidas regresivas en sí no son una simple disminución de estándares de protección ya alcanzados, sino que por lo general implican *per se* la negación del contenido esencial del

Por su parte, en el artículo 11 de las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador señala que “por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”¹³⁶.

Se debe tomar en cuenta que necesariamente debe haber un monitoreo, de tal forma, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad no es simple, sino por el contrario, es un trabajo arduo que implica análisis comparativos; toda vez que requiere una visión global sobre los sistemas, actores, instituciones y procedimientos que gobiernan la política pública encaminada a la situación de un derecho social¹³⁷, teniendo en cuenta que la prohibición de regresividad abarca cualquier avance logrado¹³⁸ en la realización de los derechos.

Como bien lo señala Chistian Courtis, la noción de regresividad implica dos grandes vertientes, por un lado, está la noción de regresividad a los *resultados de una política pública (regresividad de resultados)*, que se da cuando los resultados de una política pública empeoran en relación con los de un punto de partida anterior que se elige como parámetro¹³⁹, en ocasiones, no necesariamente la política está diseñada con un retroceso, este se puede dar por otros factores como es el caso de que no funcionó el diseño, las condiciones fácticas a las que iba dirigida cambiaron,

derecho. SUÁREZ FRANCO, Ana María, “Límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania”, COURTIS, Chistian (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006, p. 363.

¹³⁶ Courtis señala que nuevamente, esta noción de regresividad involucra las dos nociones: a) las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho, y b) las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, medible a través de indicadores o referentes empíricos. COURTIS, Chistian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, op. cit., p. 5.

¹³⁷ PARRA VERA, Oscar, “El contenido esencial a la salud y la prohibición de regresividad”, op.cit., p. 54.

¹³⁸ Ibidem, p. 59.

¹³⁹ COURTIS, Chistian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, op. cit., p 3 y ss.

el recurso humano no supo darle el adecuado enfoque o bien, simplemente por la corrupción que es un mal que aqueja a nuestros países¹⁴⁰.

Por otro lado, está la vertiente de noción de regresividad en las normas jurídicas, para determinarla, es necesario compararla con la norma que ha modificado o sustituido y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior¹⁴¹, identificándose de una manera más fácil la regresividad en normas jurídicas que en políticas públicas porque con la sola comparación entre una norma y otra puede observarse y en caso de presentarse tiene que dar como resultado la invalidez o inconstitucionalidad de la norma vigente o que pretende entrar en vigor. Como se trata de un cambio del propio ordenamiento jurídico (que bien puede ser legal o incluso constitucional), la posición o postura de los jueces es sumamente relevante, sobre todo tratándose de la norma constitucional. Cabe también derivar de este compromiso la prohibición de adoptar medidas que impliquen un retroceso en las posibilidades del recurso judicial¹⁴². En este sentido, y en abierta contraposición al discurso tradicional en la materia, el legislador del Estado constitucional de derecho no tiene pleno arbitrio para establecer el contenido de los productos legislativos¹⁴³.

La estrecha relación que hay entre principio de progresividad, prohibición de regresividad y el contenido esencial mínimo de los derechos sociales, fortalece la protección y desarrollo de los mismos, tomando en consideración que cada uno es un mecanismo de blindaje que busca evitar se trunque su desarrollo y eficacia.

Dentro de la fundamentación de la prohibición de regresividad se ha señalado la seguridad jurídica que proyecta estabilidad de los derechos sociales y su alcance

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Ibidem, p. 15.

¹⁴³ ACUÑA, Juan Manuel, "*Justicia constitucional y políticas públicas sociales...*", op. cit. p. 203.

fáctico; otro fundamento es el contenido material del principio de Estado Social que establece como una de sus prioridades la satisfacción de ciertas necesidades básicas del ser humano¹⁴⁴. Asimismo se ha señalado a la racionalidad como un elemento que fortalece la prohibición de regresividad, a la que se le agrega otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica porque aun siendo racional la reglamentación presentada por el legislador o el ejecutivo, esta no puede empeorar las condiciones que brinda el derecho vigente en cuanto alcance y amplitud conseguidas¹⁴⁵.

Para que una norma jurídica o política pública regresiva sea tolerada se debe dar cumplimiento a ciertas exigencias, en atención a ello Chistian Courtis ha distinguido:

Que el Estado solo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta *la totalidad de los derechos previstos en el Pacto*, y b) *que ha empleado todos los recursos de que dispone*, incluyendo los que provengan de la cooperación internacional, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Estas limitaciones resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros *derechos previstos en el Pacto* (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Para un análisis más exhaustivo véase COURTIS, Chistian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, op. cit., pp. 18 y ss.

¹⁴⁵ Véase COURTIS, Chistian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...”, op. cit., p. 22.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 38.

1.11. Los derechos sociales y su vinculación con políticas públicas

Es bastante conocido la relación que se le ha dado a los derechos sociales con las políticas públicas, sin embargo, de conformidad a las observaciones que se han hecho *supra*, esta relación no pasa con todos ellos, si bien es cierto que el diseño de las políticas públicas tienen gran peso en la realización de los derechos sociales, la influencia es principalmente con los que requieren de una prestación por parte del Estado.

Ahora bien, se ha dicho por gran parte de la doctrina que las políticas públicas no pueden ser justiciables y como consecuencia de ello, si los derechos sociales son fuertemente vinculados a políticas públicas, estos no pueden ser reclamados en sede judicial porque un juez no es el apto para resolver este tipo de cuestiones.

Medidas de recorte de determinadas prestaciones en perjuicio de grupos específicos-por ejemplo en el sistema de pensiones, o en el aporte estatal a los seguros de salud-¹⁴⁷ implican violación al principio de progresividad, por lo que las políticas que vayan dirigidas en este sentido se exceden y rebasan los límites y restricciones que tienen en su diseño como es la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, actualizándose con ello la posibilidad de judicialización de las políticas. Lo que se quiere afirmar es que, como en todo escenario constitucional, todas las determinaciones enunciadas, deben partir de los bienes predeterminados constitucionalmente y que la agenda pública deberá necesariamente contemplar¹⁴⁸. La actividad jurisdiccional en ejercicio del control

¹⁴⁷ SUÁREZ FRANCO, Ana María, "Límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania", op.cit., p. 369.

¹⁴⁸ ACUÑA, Juan Manuel, "*Justicia constitucional y políticas públicas sociales...*", op. cit., p. 249.

constitucional, sobre todo, en relación a los aspectos materiales de las decisiones¹⁴⁹ es hoy en día aceptada; es decir, cuando en las políticas públicas se decide sobre contenidos materiales de la Constitución, es en la actualidad cada vez más común que si estas son contrarias a disposiciones constitucionales, se puedan combatir en sede judicial, sobre todo por la fuerza vinculante de la Constitución hacia todos los poderes.

1.11.1. Discrecionalidad de las políticas presupuestarias

El diseño de las políticas públicas está en manos del legislativo y ejecutivo, que son quienes toman la determinación de, en qué y cómo ocuparan el presupuesto del erario público, en otras palabras, determinan como se llevará a cabo el gasto público, las prioridades para su atención y los toques del mismo.

Ahora bien, la forma en que se destinan los recursos, ¿es completamente discrecional?, ¿los encargados del diseño de las políticas públicas realmente, tienen completa libertad en decidir a qué aspectos le dan prioridad y cuales quedarán rezagados?, interrogantes que ponen en duda la discrecionalidad del diseño de políticas públicas, sobre todo si tomamos en cuenta y muy en serio el principio de progresividad, la prohibición de regresividad y el contenido mínimo esencial de los derechos sociales y fundamentales que se ha comentado líneas atrás.

Los derechos sociales ciertamente imponen restricciones al legislador y a la administración en el diseño de tales políticas, imponen mínimos, vías de acción, materias indisponibles y la vigilancia de su cumplimiento en el estado constitucional

¹⁴⁹ Ibidem, p. 173.

de derecho está encargada entre otras instituciones a la jurisdicción constitucional¹⁵⁰.

La asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas constituye una violación a las obligaciones de cumplir que emanan del Pacto¹⁵¹. La desidia o negligencia, la falta de planificación o ejecución, o la corrupción en el empleo de recursos públicos no debe ser el motivo por el cual el Estado deje de cumplir con sus obligaciones en materia social¹⁵².

En este sentido la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que para hacer efectivo a plenitud el acceso al servicio público de salud, es necesario para garantizar la prevalencia del interés general hacer uso adecuado y racional de los recursos destinados a la seguridad social¹⁵³.

Así las cosas, tenemos que la discrecionalidad de las políticas, no es tan discrecional, no es plena porque dicho diseño no puede afectar el desarrollo alcanzado sobre derechos sociales.

Los riesgos de abuso de la discrecionalidad, de empleo arbitrario o interesado de este tipo de programas¹⁵⁴ se seguirán corriendo mientras no se tomen en serio las restricciones que impone el desarrollo de los derechos sociales (el principio de progresividad, prohibición de regresividad y el contenido esencial mínimo). Courtis señala la necesidad de la participación y vigilancia por parte del ciudadano en las políticas públicas, funcionando como una especie de control en su diseño, de tal

¹⁵⁰ ACUÑA, Juan Manuel, *Derechos sociales y jurisdicción constitucional. Comentarios sobre la jurisdicción constitucional para la eficacia de los derechos sociales*, Tesina para obtener el grado de Maestro en Ciencias Jurídicas, México, Universidad Panamericana, 2008, p. 67.

¹⁵¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14 (2000), párr. 52.

¹⁵² En este sentido COURTIS, Chistian, *El mundo prometido...*, op. cit., p. 17.

¹⁵³ Sentencia SU.819/99, citado por ACUÑA, Juan Manuel, *Derechos sociales y jurisdicción constitucional...*, op. cit., p. 67.

¹⁵⁴ COURTIS, Chistian, *El mundo prometido...*, op. cit., p. 19.

forma, que esta participación en aras de la eficacia de los derechos sociales se encuentra fuertemente vinculada con otros derechos fundamentales, como es el derecho de participación, libertad de expresión o el acceso a la información pública¹⁵⁵.

1.11.2. La delegación del legislativo al ejecutivo en materia de derechos sociales

La delegación por parte del Poder Legislativo de gran parte de la facultad final de configuración del contenido de derechos, beneficios y prestaciones en manos del Poder Ejecutivo y de la Administración¹⁵⁶ es una práctica frecuente, es decir, el papel de la ley queda “vaciado” de contenido sustantivo, y opera una delegación a favor de la Administración, con el consiguiente reconocimiento de una esfera de actuación discrecional en la materia¹⁵⁷.

Esta situación es una práctica común tratándose de los derechos sociales, aun cuando estén contenidos en la Constitución, tal es el caso del derecho a la salud que en ocasiones ha tenido un mayor desarrollo de beneficios y prestaciones en sede administrativa, empero, no existe la misma garantía que si se establecieran en ley ya que la administración más fácilmente puede modificar los contenidos reglamentarios, lo que ocasiona una mayor dificultad para su exigencia si la administración decide disminuirlos ya que serán mayores obstáculos a vencer, debiendo fundar el reclamo en el principio de prohibición de regresividad.

El reconocimiento y establecimiento de mecanismos de garantía de los derechos sociales es tarea que debe desarrollar el legislativo, máxime cuando se requiere de leyes reglamentarias que desarrollan preceptos constitucionales o de lo

¹⁵⁵ Ibidem, pp. 20 y ss.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 18.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 19.

contrario se estaría violentando “la reserva de ley” que opera para reglamentar una disposición constitucional. La “reserva de ley” se refiere centralmente a un requisito procedimental- designa el “quién” y en parte al “cómo”- de la reglamentación de derechos fundamentales¹⁵⁸.

La obligación de desarrollar en sentido formal el contenido de cualquier derecho fundamental que se ha establecido en la Constitución o en un pacto de derechos humanos mediante una ley¹⁵⁹ es del Poder Legislativo, solo de esta forma se dará un desarrollo que no se preste a aspectos clientelares o intereses políticos donde solo salen beneficiados los integrantes de su gremio, práctica bastante difundida y fortalecida durante la anterior época priista en nuestro país que otorgaba beneficios a su arbitrio en la mayoría de los casos.

1.12. Recapitulación

En el presente capítulo hemos abordado como surgen los derechos sociales, así como se ha podido identificar a que nos referimos cuando hablamos de derechos sociales, pero sobre todo, se han tocado dos puntos fundamentales entre los cuales se marca la disyuntiva entre seguir considerando a este tipo de derechos como no exigibles en las instancias judiciales ó considerarlos como derechos que gozan de eficacia, que pueden ser exigidos en sede judicial, postura que compartimos y de la que hemos intentado dar razones y justificación para su plena justiciabilidad.

Asimismo se ha abordado cuales son los elementos que pueden ayudar al desarrollo de la justiciabilidad de los derechos sociales, como son el desarrollo de leyes reglamentarias idóneas o la prevalencia de principios como el contenido al

¹⁵⁸ Ibidem, p. 23

¹⁵⁹ Idem, p. 23.

mínimo esencial, el principio de progresividad o la prohibición de regresividad. A continuación y una vez que ya contamos con un panorama del surgimiento, características y posibilidades de exigibilidad de los derechos sociales, pasaremos a analizar la regulación del derecho a la protección de la salud tanto nacional como supranacional, así como la realización de un diagnóstico fáctico de la eficacia en el derecho a la protección de la salud.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, SU REGULACIÓN INTERNA E INTERNACIONAL Y LA REALIDAD EN SU APLICACIÓN

2.1. La diferencia entre derecho a la salud y derecho a la protección de la salud

La salud es el valor fundamental que antecede todo planteamiento del hombre, cuyo significado hace posible la vida humana¹⁶⁰, sin salud se pone en riesgo la vida y difícilmente se pueden ejercer los demás derechos

La mayoría de los ordenamientos internacionales establecen un derecho a la salud. Sin embargo, éste término ha sido mal interpretado o se presta a confusiones por ser identificado con la idea de “ser saludable”. Idea que sería imposible garantizar como derecho. Erradicar la enfermedad va más allá de las facultades y capacidades del Estado¹⁶¹.

Desde las primeras propuestas para incluir este derecho en la Constitución se discutió sobre la terminología adecuada para su consagración. Inicialmente se sugirió usar el concepto de “derecho a la salud”¹⁶², utilizado en el derecho internacional; sin embargo, se consideró que la salud no podía ser garantizada por el Estado¹⁶³, porque esta no solo depende de que se dé atención médica y valorar los factores que influyen en la misma, sino, también de factores como los genéticos

¹⁶⁰ RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., “Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal”, *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 69.

¹⁶¹ MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/pública/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr15.pdf>, fecha de consulta 07 de junio de 2010 a las 21:00 horas, p. 296.

¹⁶² SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luís, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, MUÑOS DE ALBA MEDRANO, Marcia, *Temas selectos de salud y derecho*, México, UNAM, 2002, p. 180.

¹⁶³ Idem.

o desastres naturales, que pueden afectar la salud. Proteger a la salud en lugar de asegurar el goce de la salud, es una postura mucho más sensata y viable¹⁶⁴.

Los esfuerzos en garantizar la protección de salud deben ser como se ha dicho en las disposiciones internacionales “al más alto nivel posible”, pues una sociedad enferma es una sociedad improductiva y sin mayores aspiraciones de desarrollo¹⁶⁵, de tal forma que, el paradigma de que el derecho a la salud como derecho social solo es un derecho programático que no puede exigirse no puede seguir sosteniéndose porque la importancia que el Estado debe dar a los derechos es la misma que tienen para los individuos y para el desarrollo de la sociedad.

2.2. El derecho a la protección de la salud en la Constitución mexicana, un derecho fundamental

El derecho a la protección de la salud, típico derecho social, en México goza de un estatus privilegiado¹⁶⁶ al ubicarse en el apartado de lo que la Constitución mexicana había denominado garantías individuales que a través de las reformas de junio de 2011 cambió a “De los Derechos Humanos y sus Garantías” y como se ha señalado en la doctrina, dicho capítulo en realidad se refiere a lo que en otras latitudes así como la doctrina llaman derechos fundamentales. Desde los principios del constitucionalismo moderno, dos formas de derechos sociales empezaron a afirmarse: por un lado, el derecho a la educación y, por el otro, el derecho a la

¹⁶⁴ SOTO REYNA, René, “Derecho a la protección de la salud: naturaleza y alcances”, *Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, Durango, No. 22-23, abril-septiembre, 1986, p. 47

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ La Ministra Olga Sánchez Cordero ha señalado que en México la protección de la salud en México ha tenido siempre un lugar preponderante en la discusión académica y política; sin embargo, recientemente ha tomado una desusada importancia debido, por un lado, a que constituye la respuesta a una necesidad fundamental del individuo y, por otro, a la enorme complejidad que reviste tanto en los aspectos económicos, técnicos, asistenciales, jurídicos y humanos, SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, Colección Discursos, No. 6, noviembre, 2000, p. 5.

asistencia¹⁶⁷. El constituyente mexicano determinó darle supremacía a determinados derechos sociales y en otros casos, el poder reformador de la constitución, como es el caso del derecho a la protección de la salud, que en el año de 1983 reformó el artículo cuarto constitucional para establecer el derecho a la protección de la salud. Al incorporarse este derecho en la Constitución mexicana el constituyente consideró como más realista la expresión “derecho a la protección de la salud” por sobre la que estaba en boga en los foros científicos y políticos: “derecho a la salud”¹⁶⁸, dicha reforma estableció lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XXVI del artículo 73 de esta Constitución.

La cláusula constitucional determina que toda persona, sin hacer distinción alguna, tiene derecho a la protección de la salud, remitiendo a la ley reglamentaria la forma en que se tendrá dicho acceso, sin que la misma pueda restringir a determinadas condiciones el goce del derecho o dejar fuera de protección algunos sectores como los que no cuentan con seguridad social, toda vez que la disposición constitucional determina que toda persona, sin exclusión alguna. Otro punto, que es importante tomar en cuenta porque forma parte del contenido de la reforma en comento, es la concurrencia que se establece, con lo que se trata de asegurar que se lleve a cabo lo dispuesto por el artículo cuarto constitucional ya que al quedar obligadas autoridades de la federación y estatales en la protección de la salud, se

¹⁶⁷ CAMPILLO SÁINZ, José, *Derechos fundamentales e la población humana*, op. cit., p. 58.

¹⁶⁸ RUIZ MASSIEU, José Francisco, “Estudios nacionales sobre la Constitución y el derecho a la salud”, *Derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*, Organización Panamericana de la Salud, Publicación científica, No. 509, Washington D. C., 1989, p. 356.

busca apoyo entre una y otra y de forma indirecta la vigilancia en el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de sus respectivas competencias entre cada autoridad.

José Campillo señala que cuando los trabajadores cobran sentido de clase, se integran como fuerzas reales de poder y se va haciendo sentir la necesidad de un reconocimiento más solemne que confiera a los derechos sociales el mismo rango que el de los derechos individuales, rodeándoles de las mismas garantías, otorgándoles el carácter de derechos fundamentales¹⁶⁹. Los derechos sociales se basan en dotar a los desfavorecidos de los instrumentos necesarios para que de hecho, puedan participar y desarrollar sus facultades en la sociedad que les corresponde¹⁷⁰, tal es el caso del derecho a la protección de la salud, que, al estar en la Constitución tienen una protección especial por gozar de la supremacía constitucional, porque de hecho, el motivo de establecerlos como parte de una Constitución es su obligatoria observación por todos los poderes públicos y de cualquier índole, dependiendo del derecho que se trate, así como la de dotarlos de una especie de blindaje para que sea difícil su modificación.

Sin lugar a duda, el derecho a la protección de la salud en México es un derecho fundamental, y por ende, goza de todas las características de los demás derechos fundamentales de índole individual como la libertad de expresión, la igualdad o la propiedad. Los mecanismos de garantía de los derechos individuales fundamentales también le son aplicables al derecho establecido en el párrafo tercero del artículo cuarto constitucional como es el caso del amparo, medio de garantía jurídica por excelencia.

¹⁶⁹ CAMPILO ZÁINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, op. cit., p. 59.

¹⁷⁰ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p.. 67.

La supremacía constitucional significa que los derechos operan “como sí” encarnasen decisiones superiores a cualquiera otras de órganos estatales, incluso el legislador¹⁷¹, de tal forma que, todos los derechos que gocen de esta supremacía tienen garantizada su observancia y un mínimo de eficacia que corresponde al intérprete constitucional velar su cumplimiento. En otras palabras, la Constitución en virtud del artículo primero, vale por sí misma, como un mínimo de derechos que deben ser respetados y, en su caso, protegidos si son violados¹⁷².

Ahora bien, el apartado de la Constitución mexicana denominado a partir de las reformas de 2011 “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, que en realidad es lo que se ha desarrollado por la dogmática constitucional o derecho doméstico como “derechos fundamentales”, hoy en día ya no debe contemplarse solo como garantías de los clásicos derechos conocidos como individuales, sino, también de aquellos que se conocen como sociales y que se encuentran dentro de los primeros veintinueve artículos de la Constitución. El motivo de su denominación anterior “Garantías Individuales” ha sido el peso del discurso tradicional liberal que consideró únicamente como exigibles jurídicamente a los derechos individuales¹⁷³.

Se ha señalado en el capítulo anterior, que uno de los principales motivos por el que se niega el carácter de auténticos derechos y, máxime, como derechos fundamentales a los derechos sociales, causa de que no se incluyan en la Constitución, o bien, se incluyan dentro, pero, como principios, como es el caso de España que los reconoce con la denominación de principios rectores de la política

¹⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos sociales y el principio de igualdad”, op. cit., p. 16.

¹⁷² GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El perfil humano de la justicia constitucional en México. La protección de derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano”, *Justicia constitucional en México. Memoria del Primer Congreso Nacional*, México, SCJN, 2008, P. 271.

¹⁷³ El discurso liberal niega abiertamente el carácter de auténticos derechos a los derechos sociales y limita su reconocimiento al carácter de principios proyectivos y políticos que dependen de las posibilidades económicas del Estado y son defendidos como bondades filantrópicas, el argumento es que estos derechos no otorgan verdaderos poderes jurídicos y, por ello, no son jurídicamente defendibles. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., pp. 67 y 68.

social y económica; es la característica que se les atribuye de ser prestacionales, postura que como ya se ha comentado, carece de validez porque no es única de estos derechos ya que también la comparten varios derechos individuales¹⁷⁴.

En el caso de México, no es necesario un desgaste para determinar si el derecho a la salud es un derecho fundamental o no porque a diferencia de lo que hace España o Colombia que lo ubican en un apartado diferente a los derechos fundamentales, en nuestro país, es un auténtico derecho fundamental o mejor dicho, es un derecho humano que goza de supremacía constitucional. Empero, aun y cuando el derecho en comento goza de tal categoría, no podemos decir que tenga el mismo desarrollo que los derechos fundamentales de corte individual toda vez que no es del todo aceptado su justiciabilidad¹⁷⁵, principalmente en la década de los ochentas, que es en la época que se realiza la reforma a la Constitución para incluir el derecho a la protección de la salud. La doctrina manejaba a este derecho como un derecho programático carente de exigibilidad judicial¹⁷⁶; sin embargo, poco a poco se ha avanzado en su eficacia y muestra de ello son los casos que se han desarrollado ante el Poder Judicial de la Federación¹⁷⁷, de los que más adelante se

¹⁷⁴ De hecho, el ejercicio y efectividad real de los derechos civiles y políticos conlleva la existencia de obligaciones positivas por parte del Estado, esto es, las obligaciones vinculadas a la creación y mantenimiento de los servicios públicos e instituciones políticas, judiciales, de seguridad, y de defensa necesarias para la realización de estos derechos, las cuales demandan gran cantidad de recursos de los fondos público. Ibidem, p. 97.

¹⁷⁵ No obstante a ello, teníamos la postura que sostenía en el año 1989, en el libro *Estado social y derechos de prestación* el Ministro José Ramón Cossío Díaz y que toma la Ministra Olga Sánchez Cordero en la que se establecía: que si bien, los derechos sociales no permiten reconocer, desde la Constitución, el otorgamiento de prestaciones, es decir, el reconocimiento de un derecho subjetivo oponible al Estado que garantice su exigibilidad, no por ello carecen de eficacia normativa, al punto de convertirse en meros enunciados programáticos, a lo que agrega la Ministra que en el preciso momento en que el legislador desarrolló los principios fundamentales en esta materia surge el derecho para exigir en el ámbito legal el cumplimiento de su derecho constitucional. Véase SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, op. cit., p. 20 y 21.

¹⁷⁶ Véase RUIZ MASSIEU, José Francisco, "Estudios nacionales sobre la Constitución y el derecho a la salud" op. cit., p. 352.

¹⁷⁷ Sin embargo, pocos serían los sujetos, salvo algunas excepciones muy claramente identificables, que aceptarían que el derecho a la salud, por ejemplo, pueda exigirse de manera directa ante los tribunales. CHARVEL OROZCO, Sofía, "El derecho a la salud como derecho social", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 42.

hará un análisis. La incorporación de los derechos sociales a la Constitución como derechos fundamentales del [ciudadano] permite *una ciudadanía social*¹⁷⁸, que trata de satisfacer las necesidades mínimas de su sociedad que exige la dignidad humana.

Hablar de la eficacia de los derechos sociales es, sin lugar a dudas, un tema difícil¹⁷⁹, aun siendo reconocidos en la Constitución, principalmente porque gran parte de la doctrina y la jurisprudencia dominante los considera como programas y además costosos; otro aspecto que se suma a ello es la falta de estudio sobre el tema o la escasa producción de criterios en esta materia como lo señala la Ministra Olga Sánchez Cordero.

2.2.1. La Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4º constitucional

El 7 de febrero de 1984, se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Salud, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la reforma hecha al artículo cuarto constitucional. El artículo primero de la ley en comento siguiendo la redacción constitucional señala que la ley es reglamentaria del derecho a la protección de la salud que tiene toda persona, que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud.

Como podemos ver, se establece el “cómo” el Estado desarrollará el derecho a la protección de la salud que tienen las personas, más no contiene una forma eficaz de exigibilidad cuando cualquier persona no vea protegida su salud sea cual sea el motivo que causa la vulneración, toda vez que la única disposición que establece una vía para el reclamo del derecho a la protección de la salud es la que

¹⁷⁸ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 21.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, op. cit., p. 20.

desarrolla el artículo 43 Bis 3 de la ley, al señalar que las quejas que los usuarios presenten por la atención médica recibida, deberán ser atendidas y resueltas en forma oportuna y efectiva por los prestadores de servicios de salud o por las instancias que las instituciones de salud tengan definidas para tal fin. Una de las instituciones es la Comisión nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) que puede resolver quejas por posibles irregularidades en la prestación del servicio en la atención médica, ya sea por medio de la conciliación, o bien, por el arbitraje si no es posible la conciliación¹⁸⁰, pero, sin que sus decisiones sean obligatorias, por lo tanto el prestador del servicio puede o no respetar la decisión de la CONAMED. Sin embargo, al ser la Ley General de Salud una ley secundaria o de organización que establece derechos y obligaciones entre un sujeto acreedor y uno deudor¹⁸¹ que es el Estado, surge también la vía administrativa para su reclamo; es decir, la justicia administrativa, o bien, el juicio de amparo.

Por otra parte, cuando el legislador decide crear una ley que desarrolle o amplíe el contenido del derecho a la protección de la salud, deberá salvaguardar la dimensión esencial de dicho derecho, ya que, el particular que se vea afectado podrá válidamente reclamarla en juicio de amparo, alegando la inconstitucionalidad de la misma¹⁸², pero, el problema surge cuando se quiere reclamar el más alto nivel de protección de la salud porque en ello la ley reglamentaria es vaga y no precisa en forma clara hasta que punto protege, aunque de una lectura integral de la ley se deduce que hay una protección amplia.

José Luís Soberanes señalaba que la ley desarrolló únicamente la regulación administrativa de los servicios de salud, sin especificar a qué servicios y

¹⁸⁰ Véase MELJEM MOCTEZUMA, José, "El papel de la Comisión Nacional de Arbitraje en México", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 188 y ss.

¹⁸¹ En este sentido PRIETO SANCHÍS, Luís, "Derechos sociales y el principio de igualdad", op. cit., p. 25.

¹⁸² SANCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, op. cit., p.24.

tratamientos tiene derecho la población y en consecuencia ha qué está obligado el Estado¹⁸³. Para dotar a los mexicanos de un efectivo derecho a la protección de la salud es necesario que la ley determine las prestaciones que comprende este servicio y quiénes están obligados a proporcionarlos¹⁸⁴. Realizando un estudio, como ya se dijo integral de la ley hoy en día, sí encontramos los servicios, así como su clasificación y cuales se consideran básicos. Así tenemos por ejemplo, que se clasifican los servicios en atención médica, salud pública y de asistencia social y se consideran como básicos la atención médica integral, la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, la asistencia social a los grupos sociales más vulnerables, entre otros. De tal forma, que sí tenemos por ley una atención médica completa y, al señalarse la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales, significa que la ley establece como obligación del Estado y derecho de la persona, disponer de todo lo que sea indispensable para la protección de su salud.

La Ley General de Salud, desde su entrada en vigor ha tenido varias reformas, sin embargo, la más importante es la que se dio en mayo de 2003, en la que se reforma y adiciona la misma, y que agrega el Título Tercero Bis, referente a la protección social en salud, mejor conocido como el seguro popular. La esencia de esta reforma fue la creación del Sistema de Protección Social en Salud y del componente de aseguramiento: el Seguro Popular¹⁸⁵. Con las modificaciones a la ley, se busca proteger a la mayor cantidad de personas en nuestro país en salud, con independencia de las posibilidades económicas de las personas para cubrir las cuotas de aportación y gozar de protección en salud; por lo que se establece que las

¹⁸³ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luís, “La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, op. cit., p. 181.

¹⁸⁴ Idem, p. 181.

¹⁸⁵ RENDÓN CÁRDENAS, Eunice, “Limitantes estructurales del sistema de salud”, *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 85.

aportaciones particulares dependen de la situación económica del asegurado, anteriormente solo tenían acceso las familias de trabajadores asalariados, es decir, quienes cotizaban en el IMSS o ISSSTE, sistemas de seguridad social especial, o bien, personas integradas a los programas oportunidades o IMSS- Oportunidades.

El gasto público en salud favorecía principalmente a los empleados que ocupaban los deciles de ingreso más altos y la capacidad de pago era el criterio que determinaba el grado de protección que tenía un mexicano, sobre todo si éste no estaba asegurado¹⁸⁶. Una medida utilizada hasta antes de 2003, fue la del programa de aseguramiento voluntario en el que se cubría a la población no asegurada que así lo decidiera bajo un sistema de prepago en función de la capacidad económica¹⁸⁷, siendo requisito indispensable la aportación por parte del beneficiado, con lo que se dejaba fuera a las familias más necesitadas de apoyo para la protección de su salud.

A partir de 2003, las instituciones del sector salud se han fortalecido, se han definido funciones para entidades ya existentes y desarrollado otras¹⁸⁸. Si bien estos programas, en principio, podrían pensarse como adecuados y suficientes, hace evidente que la tarea pendiente del Estado en esta materia es ampliar los servicios de protección a la salud¹⁸⁹, sobre todo en eficacia y eficiencia.

¹⁸⁶ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, "El derecho de protección a la salud", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 21.

¹⁸⁷ En este sentido HERNÁNDEZ, ÁVILA, Mauricio, *Ibidem*, p. 22.

¹⁸⁸ RENDÓN CÁRDENAS, Eunice, "Limitantes estructurales del sistema de salud", *op. cit.*, p. 85.

¹⁸⁹ PADRÓN INNAMORATO, Mauricio, ROMÁN REYES, Patricia, *Exclusión social y exclusión en salud: apuntes teórico-conceptuales y metodológicos para su estudio social*, visible en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex128/BMD000012808.pdf>, fecha de consulta 25 de junio de 2011 a las 19:30 horas, p. 827.

2.2.2. Alcance fáctico del derecho a la salud en México

Entre las obligaciones del Estado está garantizar, de modo continuo y efectivo, el derecho a la salud. En este sentido, el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica¹⁹⁰.

Mauricio Hernández haciendo énfasis a la complejidad que encierra la protección a la salud señala: En la práctica médica sabemos que poco sirve tratar a un chico que llega a un hospital por una desnutrición grave. Se puede resolver el problema agudo que atenta contra la vida, pero eventualmente, al salir del hospital, está destinado a regresar a ese mismo entorno de pobreza¹⁹¹, hay que decir que no hay enfermedad más seria que la pobreza¹⁹², lo que nos deja claro, la protección de la salud no debe estar focalizada solo a la atención de enfermedades, sino también al entorno que influye en su causa.

Manuel Ruiz señala:

La presencia y preservación de la salud es resultado de más de un factor en donde intervienen aspectos tan diversos como la higiene, la alimentación, la educación, la vivienda, el ingreso, la disponibilidad de servicios básicos (agua, luz, drenaje, entre otros), la seguridad física y emocional, el afecto, la cultura, el sentido de pertenencia al grupo social, por citar sólo algunos de los satisfactores más importantes¹⁹³.

Si bien desde 1983, el derecho a la salud ha estado vigente jurídicamente, no fue sino hasta mayo de 2003, que adquiere mayores alcances en la práctica con el

¹⁹⁰ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, "El derecho de protección a la salud", *op. cit.*, p. 14.

¹⁹¹ Ibidem, p. 17.

¹⁹² RAMÍREZ BARBA, Éctor Jaime, "Como legislar para conseguir el pleno ejercicio del derecho a la salud", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 46.

¹⁹³ RUIZ CHÁVEZ, Manuel H., "Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal", *op. cit.*, p. 69.

seguro popular que surge con la finalidad de ampliar la protección social en salud¹⁹⁴. En nuestra realidad nacional esto significa la búsqueda de un mayor acceso a la atención médica para personas que no pertenecen a los sistemas de seguridad social o que no tienen recursos económicos para acudir a los servicios médicos privados¹⁹⁵. Pero a pesar de ello, existe el problema de la disponibilidad del personal de la salud: hay el personal, pero no en los lugares en donde debería estar¹⁹⁶, la calidad de servicios varía radicalmente de una institución a otra y de región en región¹⁹⁷, la gente de mayor marginación sigue careciendo de la protección a la salud, principalmente de las poblaciones alejadas.

Para hablar de la protección de la salud en los hechos, se requiere valorar lo que se hace y lo que falta por hacer.

Hay que reconocer los avances que ha tenido nuestro país en materia de salud, se ha reducido la tasa de mortalidad en menores de cinco años de casi 64 muertes a menos de 23 por cada mil niños nacidos registrados en los últimos 25 años, se ha eliminado enfermedades como la polio, la difteria y el sarampión, ha habido mejora en la nutrición de los niños debido a las acciones que ha tomado el Estado¹⁹⁸, pero, hacen falta esfuerzos en otros rubros, la protección de la salud también se lleva a cabo con la educación, la cultura o el medio ambiente, con políticas públicas que vayan dirigidas a educar en salud, cuidar el medio ambiente y social en el que nos desarrollamos, buenos hábitos en higiene y alimentación, la protección a la salud no es solo la atención médica, aun no se tiene los resultados que esperamos, de hecho falta mucho por hacer, es una tarea que corresponde

¹⁹⁴ En este sentido HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, "El derecho de protección a la salud", op. cit., p. 21.

¹⁹⁵ SOTO REYNA, René, "Derecho a la protección de la salud: naturaleza y alcances", op. cit., p. 46.

¹⁹⁶ MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, "Experiencia internacional en la demanda y cumplimiento del derecho a la protección de la salud", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 49.

¹⁹⁷ SOTO REYNA, René, "Derecho a la protección de la salud: naturaleza y alcances", op. cit., p. 42

¹⁹⁸ Véase HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, "El derecho de protección a la salud", op. cit., p. 24 y 25.

tanto al Estado como a la sociedad porque tampoco la responsabilidad recae únicamente en el Estado, sino en cada uno de nosotros.

Se debe reconocer y hacer valer el contenido en cobertura que maneja la Ley General de Salud, si bien es cierto, no establece de manera clara y detallada su alcance, pero, si dispone el derecho a la protección de la salud de toda persona, que es la base de la que se desprende, desde la acción más simple a la más compleja siempre y cuando sea necesaria para proteger el bien tutelado “la salud”. Asimismo, establece un sistema nacional de salud integrado por entidades de la Administración Pública Federal y Estatal, cuyo sistema tiene como objetivos proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, así como atender a los factores que condicionen y causen daños a la salud. Ahora bien, en su artículo 23 dispone que se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; el artículo 24 señala que los servicios de salud se clasifican en atención médica, salud pública y asistencia social; por su parte el artículo 27 establece que se consideran servicios básicos de salud la atención médica integral que comprende las actividades preventivas, curativas, paliativas y de rehabilitación; la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud; la asistencia social a los grupos sociales más vulnerables, esto sólo por citar algunos de los servicios que se han señalado como básicos en la ley.

A grandes rasgos, se han mencionado algunas de las disposiciones de la ley que rige la materia de salud, de tal forma, que de una interpretación integral de dicho cuerpo normativo, tenemos que, al menos en cuanto contenido legal, si se encuentra una amplia cobertura para la protección de la salud, toda vez que el

servicio de salud debe proteger, promover y restaurar la salud de la persona y la colectividad, comprendiendo una amplia gama de acciones a las que tiene obligación en satisfacer el Estado, contando con los medicamentos y otros insumos que sean esenciales para la salud, todo este contenido es la base para el reclamo al Estado en caso de que no cumpla en proteger la salud de la población, reclamo que puede ser en forma individual o colectiva, dependiendo de la afectación o de los afectados.

Resulta preciso mencionar que aún y cuando la disposición normativa en salud sea aceptable y de amplia garantía, la realidad de la eficacia en el derecho es opuesta a lo que se muestra en la legislación, tenemos el problema de las condiciones reales de los centros de salud, que en los servicios de salud se expresa como deterioro de la planta física, obsolescencia del equipamiento, insuficiencia e inadecuación de las instalaciones, acompañada de una simplificación en la interpretación de las causas que producen enfermedad¹⁹⁹. El derecho no es la ley solamente²⁰⁰, el sistema estructural de los centros de salud presenta un retroceso, decrece de 1.2 consultorios por 1000 derechohabientes en 1982 a 0.4 en 2006 y de 1.7 camas por 1000 derechohabientes en 1992 a 0.83 en 2006²⁰¹, según estudios del IMSS en el año 2007, ante esta circunstancia Olivia Arellano y José Blanco señalan que los problemas de salud crecen y se complejizan, mientras la capacidad del Estado para resolverlos se reduce.²⁰² La misma situación sucede con las personas, las desigualdades sociales se profundizan, la población pobre aumenta y

¹⁹⁹ LÓPEZ ARELLANO, Oliva y BLANCO GIL, José, "Avances y límites para hacer realidad el derecho a la protección de la salud en México", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 59.

²⁰⁰ MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, "Experiencia internacional en la demanda y cumplimiento del derecho a la protección de la salud", op. cit., p. 51.

²⁰¹ LÓPEZ ARELLANO, Oliva y BLANCO GIL, José, "Avances y límites para hacer realidad el derecho a la protección de la salud en México", op.cit., p. 60.

²⁰² Ibidem, p. 61.

70% de los habitantes del país tiene dificultades para satisfacer sus necesidades esenciales²⁰³.

Ante esta circunstancia no podemos hablar de que las personas tienen a su alcance el derecho a la protección de la salud, la mayoría de la población no recibirán un cuidado preventivo adecuado y un tratamiento oportuno, lo que genera problemas más serios ya que la atención de la salud será cuando se complica el padecimiento, que de hecho parece ser que forma parte de la conducta de nuestra sociedad, sin embargo, si analizamos bien las cosas, su razón de ser, está en la cuestión económica, pues, las familias de bajos recursos, que es la mayoría, acude a los servicios de salud cuando las cosas se han complicado por falta de recursos, ya que no hay para prevención, cuando el padecimiento se ha complicado es cuando se ven en la necesidad de desatender otras necesidades como es incluso la alimentación²⁰⁴, la población pobre no tiene para atención preventiva, los que se encuentran en los deciles más altos tienden a invertir más en consultas que en medicamentos, mientras que en los deciles más bajos, en términos generales sucede lo contrario²⁰⁵, de tal forma que la intervención por parte del Estado es fundamental.

Para que el sistema mexicano de salud pueda cumplir su meta de hacer efectivamente universal el derecho a la protección de la salud es necesario invertir, es decir, ampliar los presupuestos destinados a la salud²⁰⁶ o de lo contrario el

²⁰³ Ibidem, p. 64.

²⁰⁴ Es necesario, por ello, que haya una focalización hacia los grupos de menores ingresos. Porque un trabajador de bajos ingresos, sobre todo si está debajo de la línea de pobreza, que es el caso del primer 20% en línea de pobreza alimentaria, va a preferir dedicar sus recursos a comer que ahorrar en forma forzada para su pensión o a comprar un seguro de salud obligatorio. SCOTT ANDRETTA, John, "El debate internacional y medidas emprendidas", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 170.

²⁰⁵ PADRÓN INNAMORATO, Mauricio, ROMÁN REYES, Patricia, *Exclusión social y exclusión en salud...*, op.cit., nota____, p. 825.

²⁰⁶ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, "El derecho de protección a la salud", op. cit., p. 27.

imperativo que la Constitución impone al Estado no se estará cumpliendo, resultando como siempre, desfavorecidos los más pobres.

Tratándose del alcance fáctico de la protección a la salud merece importancia reconocer la labor que en materia de salud realizan las organizaciones filantrópicas conocidas como Asociaciones Civiles u Organismos No Gubernamentales (ONGS), las cuales buscan fortalecer y fomentar el goce y ejercicio de los derechos humanos, dando apoyo a quienes lo requieren con orientación y gestiones ante las autoridades correspondientes para atender las necesidades sociales²⁰⁷.

Por otro lado, es oportuno y necesario señalar que hablar de salud y en quién recae la responsabilidad para preservarla, toda vez que ésta es tanto del Estado como de las personas, ya que el individuo no puede tener una conducta irresponsable respecto a su salud y cargarle al Estado la responsabilidad de su protección, por lo tanto, las personas también tenemos obligación en el cuidado de nuestra salud y debemos asumir el papel que nos corresponde para dejarle al Estado aquellas situaciones que no estén en nuestras manos y que sean necesarias para proteger la salud.

2.3. El derecho a la salud en el orden internacional

Según el artículo 133 constitucional, la Constitución y las leyes federales, así como los tratados internacionales son Ley Suprema de la Unión, lo cual indica que tienen validez en todo el territorio del país y deben ser acatados por todas las

²⁰⁷ Un ejemplo de ellas es la Fundación Mexicana para la Salud: Es una organización de la sociedad civil, establecida en 1985. FONSALUD ha podido contribuir a fortalecer las capacidades personales e institucionales en beneficio de la sociedad; su contribución a las políticas de salud la identifica como un centro independiente y de reflexión crítica; su capacidad para administrar recursos financieros a favor de la salud y para llevar a cabo consultorías en materia de salud, le dan una posición destacada entre las empresas, el sector público y el sector académico. VALDÉS OLMEDO, José Cuauhtémoc, "Instituciones para la promoción y defensa de la salud. Fundación Mexicana para la Salud", en MUÑOS DE ALBA MEDRANO, Marcia (coordinadora), *Temas selector de salud y derecho*, México, UNAM, 2002, P. 206.

autoridades, sin importar si son federales, estatales o municipales²⁰⁸, de tal forma que, los tratados internacionales en materia de salud son aplicables en nuestro país, siempre y cuando hayan sido firmados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado.

Es importante aclarar que, antes del desarrollo del Derecho a la Salud dentro de los organismos interaccionares, el concepto se enfocaba en la idea de curar la enfermedad y los gobiernos hacían frente a los problemas de salud, desde la beneficencia pública²⁰⁹. A partir de la consagración de la salud como derecho en el ámbito internacional, se define en forma más amplia, y como una prioridad que los Estados están obligados a cumplir, por ser la salud indispensable para poder ejercer los demás derechos. En la actualidad es ya incuestionable que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de operatividad; es decir, se debe garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos como autoejecutivos (*self executing*)²¹⁰.

Respecto a la aplicabilidad y validez de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en sede interna el Dr. Marcos del Rosario señala:

Bajo tales consideraciones, resulta evidente la merma de la supremacía normativa de la Constitución, ante la consolidación de los Derechos Humanos como factores reales de supremacía Sutra estatal, pues desde el punto de vista normativo, no puede existir nada por encima de la norma constitucional.

Este debilitamiento es paradójico ya que de forma paralela se consolida y fortalece como nunca antes la supremacía constitucional, pero desde la óptica

²⁰⁸ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "El perfil humano de la justicia constitucional en México...", op. cit., P. 270.

²⁰⁹ MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México...*, op.cit., p. 293.

²¹⁰ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", DAMSKY (h) Isaac Augusto, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (coordinadores), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, Universidad Autónoma de México, 2007, p. 584.

axiológica o sustancial. ¿En qué sentido se explica esto? En la medida que el marco constitucional incrementa su espacio material, con la inclusión y reconocimiento de principios fundamentales y Derechos Humanos. Con esto, su primacía se hace mucho más solvente, puesto que se beneficia directamente a la dignidad de la persona²¹¹.

2.3.1. La Organización Mundial de Salud

La Organización Mundial de Salud fue adoptada por la Conferencia Internacional Sanitaria, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmándose en esta última fecha por los representantes de 61 Estados, estableciéndose como un organismo especializado de conformidad con los términos del artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas.

El artículo primero dispone que la finalidad de la Organización Mundial de Salud será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud, señalando en su artículo 2, inciso c), que las funciones de la organización serán ayudar a los gobiernos a su solicitud, a fortalecer sus servicios de salubridad. En esta tesitura, los países miembros se comprometen en ayudarse mutuamente y la OMS en facilitar la ayuda a los Estados que la necesiten.

Al referirse la organización al grado más alto posible de salud, estamos ante metas muy altas que se fijaron en materia de salud, que difícilmente se alcanzan de un momento a otro; sin embargo, estas disposiciones son de mucha utilidad para fundar exigencias a los estados porque son parámetros que fijan metas.

²¹¹DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *Universalidad y primacía de los Derechos Humanos. Ensayos en torno a la consolidación de los Derechos Humanos como factores supremos en el sistema constitucional mexicano*, México, UBIJUS, 2012. P. 48.

Una de las actividades que ha realizado la OMS y que se traduce en beneficios para los países principalmente no desarrollados, es el hecho de que compra medicamentos y se los vende a precios más bajos a los países en vías de desarrollo, con la finalidad de garantizar la protección de la salud²¹².

México como integrante de la Organización Mundial de la Salud, en el año de 1977, suscribió un acuerdo en el que se comprometió a asegurar una distribución más equitativa de los recursos para la salud y conseguir que todos los ciudadanos alcancen un nivel de salud que les permita llevar una vida social y económicamente productiva²¹³, lamentablemente este acuerdo no se ha respetado por nuestro país porque la forma en que se gasta el dinero destinado al rubro de salud es desfavoreciendo a quienes menos tienen, son las comunidades más pobres las que menos cuentan con un servicio de salud.

La OMS establece que la equidad en salud implica que cada uno reciba atención según sus necesidades²¹⁴, lo que significa que la población más vulnerable reciba mayor apoyo estatal en la atención de su salud, que si requiere medicamentos o tratamiento costosos y no tiene para pagarlos, el Estado acuda en su apoyo.

2.3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos

Dada la importancia de la salud, esta declaración²¹⁵ consideró que era necesario hacer referencia a ello como un derecho, estableciendo lo siguiente:

Artículo 25.

²¹² HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, "El derecho de protección a la salud", op. cit., p. 32

²¹³ En este sentido RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., "Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal", op. cit., p.70.

²¹⁴ RENDÓN CÁRDENAS, Eunicio, *Limitantes estructurales del sistema de salud*, op. cit., p. 96.

²¹⁵ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

I.Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios médicos sociales necesarios...

Esta nueva concepción de salud, implica una mayor protección del ser humano, así como un mayor compromiso administrativo y económico por parte de los Estados²¹⁶, y quizá más que un mayor compromiso, es el inicio de esa obligación, porque como ya se dijo, antes del desarrollo en el derecho internacional, solo se tomaba a la salud como un aspecto de beneficencia que desarrollaba principalmente la iglesia, siendo hasta en la declaración cuando se establece como un derecho.

De manera general la DUDH no especifica ni delimita las características o alcance del derecho a la salud. Sin embargo, el mencionarlo entre sus artículos, establece las bases para que sea desarrollado con mayor detenimiento en otros documentos internacionales y regionales²¹⁷. El contenido del artículo 25 marca el inicio que establecería obligaciones de los Estados, relacionados con la salud de su población, así como la importancia de esta para el desarrollo de los mismos.

2.3.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Otro ordenamiento de orden internacional que desarrolla el derecho a la salud es el PIDESC que se celebró el 16 de diciembre de 1966, años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, nuestro país no es parte del mismo desde sus inicios, sino que realiza la adhesión al Pacto el 23 de marzo de 1981 y

²¹⁶ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", op. cit., p. 294.

²¹⁷ Véase MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México...*, op. cit., p. 295.

entra en vigor el 23 de junio del mismo año, instrumento que en materia de salud dispone lo siguiente:

Artículo 12.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Como podemos ver, de la redacción empleada en cada una de las disposiciones internacionales, en el Pacto también se habla de una amplia protección a la salud, aunque en el punto uno es muy parecido a la redacción del artículo primero de la OMS, que en forma general hablan del más alto nivel posible de salud que debe gozar el ser humano y que al ser otro ordenamiento internacional que establece este derecho como lo es el PIDESC en su artículo 12, da fuerza en su consolidación. No obstante, en el artículo no se logra establecer de manera precisa la trascendencia que tendrá el Derecho a la Salud y sus características generales²¹⁸, sin embargo, de su contenido se desprende que para los Estados al reconocer

²¹⁸ MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México...*, op. cit., p. 296.

este derecho va implícita la obligación de tomar todas las medidas necesarias para lograr el más alto nivel posible o de lo contrario, si no se hacen los esfuerzos necesarios, no podemos estar hablando del más alto nivel posible.

La interpretación del derecho a la salud, regulado en el artículo 12 del PIDESC, ha sido realizada por el Órgano de Naciones Unidas que supervisa la aplicación del mencionado Pacto, esto es, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹⁹, circunstancia que ha ayudado al desarrollo de los derechos contenidos en el Pacto porque el Comité funciona como especie de observador en el cumplimiento de estos derechos por parte de los Estados y de acuerdo a ello emiten sus observaciones. Así las cosas, el Comité tomando en consideración la postura de que es imposible garantizar un derecho a la salud por estar fuera de las posibilidades del Estado ha dicho que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino como un derecho que entraña libertades y derechos, entre los cuales se encuentra el derecho a un sistema de protección a la salud²²⁰, como se verá en el apartado correspondiente a esta observación.

De esta manera, hablar de “Derecho a la Salud” es solo una forma de sintetizar, para usos prácticos, toda la gama de libertades y derechos que implica la protección de la salud como un derecho fundamental del ser humano²²¹.

2.3.4. El Protocolo de San Salvador

Este documento adicional a la Convención Americana se firma el 17 de noviembre de 1998, formando parte México en la misma y, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999. En dicho instrumento se muestra la influencia del PIDESC;

²¹⁹ VILLANUEVA FLORES, Roció, *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*, Santa Rosa de Lima, Palestra, 2008, p. 29.

²²⁰ Véase párrafo 8 de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²²¹ MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México...*, op. cit., p. 296.

sin embargo, logra desarrollar más el contenido del derecho a la salud en su artículo 10, señalando:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendido como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y el tratamiento de los problemas de salud, y
 - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Entre los puntos a destacar está el bienestar social que maneja, lo que se traduce en las condiciones óptimas en las que se desarrolla el individuo y que contribuyen a gozar o no de una buena salud, por ejemplo, si no hay seguridad, la gente vive como mayor estrés, si no se tiene empleo no hay ingresos y por ende no se puede tener una adecuada alimentación o vivienda y todo ello contribuye negativamente en la salud.

Asimismo, al disponer la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos vulnerable o de más alto riesgo, se busca la igualdad de hecho respecto a la protección de la salud, buscando que quienes no tienen los recursos para hacer frente a ello reciban apoyo del gobierno y contrarrestar que el factor económico sea determinante en la protección de la salud. Otro aspecto al que le da importancia el Protocolo es a la educación, entendiendo que la protección a la salud no es solo la atención médica, sino el conocimiento que las personas tengan para prevenir y tratar problemas de salud, relacionándose fuertemente con la conducta del propio individuo.

2.3.5. La Observación General número 14 del Comité de DESC de la ONU

Uno de los documentos que ha representado un gran avance en el derecho a la protección de la salud es la Observación General número 14 que se realizó en el año 2002.

El Comité DESC así como otros órganos de los tratados de Naciones Unidas tienen la facultad de hacer observaciones y recomendaciones generales, lo que ha sido aprovechado para interpretar artículos específicos de los tratados sobre derechos humanos²²², y de esta forma darle mayor desarrollo al contenido de este tipo de instrumentos Internacionales.

Las altas Cortes de América Latina se han pronunciado sobre la importancia de las observaciones y recomendaciones generales de los Comités de Naciones Unidas en la interpretación de derechos constitucionales²²³ que se toman como directrices que resultan vinculatorias también para los Estados en particular. Cuando

²²² VILLANUEVA FLORES, Rocío, *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*, op. cit., p. 29.

²²³ Idem.

los Estados adoptan un tratado internacional de derechos humanos, no sólo quedan obligados por su texto, sino también por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de contralor establecidos por el propio tratado²²⁴.

El Comité en la Observación número 14 se refiere al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y toma en cuenta a los factores determinantes de la misma; es decir, dedica su estudio al desarrollo del artículo 12 del PIDESC.

Uno de los puntos fundamentales de la Observación es la que se señala en el punto ocho, donde aclara que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, que el derecho a la salud entraña libertades y derechos, libertades de controlar su salud y su cuerpo, así como el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud²²⁵. Se establece en el punto nueve que el más alto nivel posible de salud implica el goce de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones en las que se debe tomar en cuenta las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona²²⁶.

La interpretación del Pacto que realiza el Comité en el punto 11, es fundamental porque con ello se da un giro a lo que se venía considerando como el derecho a la salud, que se basaba en la atención médica. En este punto se dice que el Comité interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una

²²⁴ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chistian, "La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales", CANTÓN, J. Octavio, CORCUERA C. Santiago, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 16.

²²⁵ Véase punto 8 de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²²⁶ Punto 9 de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

La observación en comento menciona que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación y desarrollo dependerá de cada Estado parte ²²⁷; sin embargo, ello no implica que el Estado argumente no tener condiciones para satisfacer estas necesidades ya que no solo con decir que no tiene condiciones se libera de la obligación, tiene que demostrar porque no puede hacerlo y que efectivamente está haciendo todo lo que está en sus manos. Los Estados deben satisfacer los elementos esenciales que integran el derecho a la salud como parte de la obligación que adquiere en el Pacto como es el garantizar los niveles esenciales de la protección de la salud. En este sentido, el punto 43 de la Observación que nos ocupa señala que es una obligación fundamental de los Estados parte asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto.

Un aspecto de la Observación General 14, que vale la pena enfatizar, es la aclaración de que lo señalado en el punto 2 del artículo 12 del PIDESC, es solo una forma de ejemplificar las diversas medidas que deben adoptar los Estados parte

²²⁷ En el punto 12 se establecen como elementos esenciales los siguientes: a) Disponibilidad. Cada Estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas; b) Accesibilidad. Que presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación; ii) Accesibilidad física; iii) Accesibilidad económica (asequibilidad); y iv) Accesos a la información; c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate y; d) Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud, deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

para asegurar la efectividad del derecho a la salud²²⁸, de tal forma que su contenido es en sentido enunciativo más no limitativo.

2.4. La problemática del derecho a la salud para su eficacia

Hablar de la eficacia en el derecho a la salud es realmente complejo, se requiere de una legislación adecuada en la que se desarrolle los derechos y obligaciones de las personas, así como las obligaciones del Estado; una designación idónea de presupuesto para hacer frente a los retos que implica la protección de la salud; monitoreo para evaluar resultados y el empleo adecuado de los recursos y acciones; políticas que tomen en cuenta los factores determinantes en la salud. Todo ello es necesario para un buen desarrollo para proteger la salud y mientras no se lleven a cabo, o se ponga demasiado énfasis en unos, descuidando otros, la protección de la salud no se estará llevando a cabo adecuadamente porque solo tomando en cuenta todos estos factores se podrá hablar que se está trabajando para dar cumplimiento lo dispuesto en el párrafo tercero, artículo 4 de la Constitución.

En el derecho a la protección de la salud, otro aspecto a considerar, es la especial atención que requieren los grupos vulnerables que no pueden satisfacer por sí solos sus necesidades de salud y, por ende, los esfuerzos en ampliar la cobertura deben ser con especial atención a estos grupos; aún falta mucho por hacer para eliminar las marcadas desigualdades en la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios²²⁹.

²²⁸ Punto número 2 de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²²⁹ RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., "Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal", op. cit., p. 73.

En la actualidad, un importante reto para los sistemas de salud está en reconocer el derecho a la salud como un derecho que integra, además de la idea curativa, la posibilidad de mantener la salud mediante la prevención de la enfermedad y la promoción de la salud²³⁰. Se requiere tomar en cuenta todos aquellos factores que influyen en el padecimiento de enfermedades para que se tomen las medidas necesarias en contrarrestarlos, hay que darle más importancia a la prevención, mientras no se combata la desnutrición, falte una educación y cultura en salud en la que se le enseñe a la gente hábitos de higiene y correcta alimentación, seguiremos teniendo problemas.

La prevención la podemos describir desde dos puntos, por un lado, prevención médica que es acudir ante un especialista en salud para una revisión ante el riesgo de sufrir enfermedades, y por el otro, prevención exterior o primaria referida al medio en que los individuos se desarrollan y que se vinculan con la información, educación y la cultura en salud, la alimentación, viviendas y empleos adecuados, entre otros²³¹. Por lo tanto, se vuelve fundamental definir una estrategia integral de la protección a la salud, que se base en el conjunto de riesgos que la población tiene para enfermar²³² y no solo en la atención médica, hay que proteger la salud con acciones que eviten lo más posible el padecimiento de enfermedades porque la falta de consideración de estos aspectos es uno de los problemas graves que enfrenta nuestro país.

²³⁰ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, "El derecho de protección a la salud", op. cit., p. 14

²³¹ En la exposición de motivos que realiza el Presidente de la República para reformar el artículo 4º de la Constitución y utilizar el término "protección" se decía que este concepto "tiene el mérito de connotar que la salud es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la Sociedad y los interesados. En particular, es de llamarse la atención que sin la participación inteligente formada, solidaria y activa de los interesados, no es posible que se conserve, recupere, incremente y proteja la salud: en este terreno no se puede actuar en contra de la conducta cotidiana de los ciudadanos.

²³² PADRÓN INNAMORATO, Mauricio, ROMÁN REYES, Patricia, *Exclusión social y exclusión en salud...*, op.cit., p. 824.

También, dentro de la problemática de la protección a la salud, no está de más mencionar los desafortunados acontecimientos que se han dado en la legislación relativa a la materia; así tenemos el desfinanciamiento acelerado del IMSS en el seguro de enfermedades y maternidad a partir de la reforma de 1997²³³. Por otro lado, tenemos la transición de las enfermedades que sufre la sociedad mexicana, si bien, se ha tenido buenos resultados en combate de enfermedades epidemiológicas como sarampión o tuberculosis, hoy en día, la principal causa de padecimiento se enfoca en problemas crónicos y degenerativos como el cáncer, la diabetes mellitus, la hipertensión arterial, la artritis y las enfermedades cardiológicas²³⁴.

El sistema de salud es complejo y se compone de una red de actores que participan en su funcionamiento: médicos, enfermeras, técnicos, administrativos²³⁵, que deben tener las capacidades necesarias, porque sí el personal operativo no tiene la formación y la conducta adecuada, aun y cuando se tenga una infraestructura y recursos, no será posible la protección de la salud. Si el acceso a los servicios de salud forma parte fundamental del derecho a la protección de la salud, resulta claro que la calidad con la que se ofrecen y la satisfacción de los usuarios están incluidos en el concepto²³⁶, la atención médica correcta no sólo comprende los conocimientos y destrezas del profesional, sino también el consentimiento informado y buen trato al paciente, así como el uso racional de los recursos disponibles para la atención de la salud²³⁷.

²³³ Véase LÓPEZ ARELLANO, Oliva y BLANCO GIL, José, "Avances y límites para hacer realidad el derecho a la protección de la salud en México", op. cit., p. 59.

²³⁴ En este sentido véase RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., "Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal", op. cit., p. 76.

²³⁵ RENDÓN CÁRDENAS, Eunicio, *Limitantes estructurales del sistema de salud*, op.cit. p. 95.

²³⁶ MELJEM MOCTEZUMA, José, "El papel de la Comisión Nacional de Arbitraje en México", op. cit., p. 118.

²³⁷ FERNÁNDEZ VARELA MEJÍA, Héctor, "El papel del médico en el estudio de las controversias médico-paciente", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 134.

Así las cosas, tenemos que aunado a los problemas que se derivan del presupuesto, hay una vulneración a la protección de la salud por la conducta de los que integran la parte operativa (médicos, técnicos, administrativos), sobre todo en las instituciones de salud pública y con las personas más desprotegidas que no saben ejercer sus derechos por tener poco o nulos estudios, ser de zonas rurales o indígenas, donde llega a haber insultos, humillaciones y toda clase de vejaciones, se les tiene horas esperando un turno donde al final no se les hacen los estudios íntegros o adecuados para un diagnóstico correcto, o bien, se les dice que no hay personal, que los médicos aun no llegan cuando su hora de entrada es dos o tres horas antes. A las personas que integran el sector salud y que están para prestar sus servicios, se les olvida que los usuarios son contribuyentes directa o indirectamente y que con sus impuestos, ellos son quienes les pagan sus salarios, por lo que se deben a ellos y la mejor manera de cumplir es dando un trato digno. La garantía de calidad la ofrece el equipo de salud por su capacidad científica, técnica, humanística y no sólo por los recursos tecnológicos con que cuente²³⁸.

En cuanto al tratamiento, se cometen violaciones por el inadecuado ejercicio de la libertad prescriptiva, cuando el médico tratante está siendo subvencionado o está recibiendo una serie de estímulos o gratificaciones de algún laboratorio para prescribir medicamentos de determinada marca²³⁹ y, esto es causa de violación a la protección de salud, porque no se está prescribiendo el medicamento más adecuado, provocando retraso, gastos o incluso mayores complicaciones por el tiempo sin atención adecuada, en el mismo sentido tenemos la negligencia médica.

Otro punto que influye en la protección de la salud y que se ha tratado en menor medida es la salud pública, los elementos externos al individuo que

²³⁸ Ibidem, p. 135.

²³⁹ MORALES ACHÉ, Pedro, "La tutela del derecho a la protección de la salud y su demanda individual", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 102

condicionan su salud como la potabilización del agua o la calidad del aire, de todos estos temas se encarga la salud pública, cuya visión es colectiva a la vez que preventiva²⁴⁰ y su atención no va dirigida a un individuo en especial. Si no tenemos agua potable, un control de los contaminantes o de los alimentos que consume la población, así como un presupuesto que permita hacer frente a las obligaciones que el Estado tiene constitucionalmente seguiremos teniendo problemas de salud.

2.4.1. El derecho constitucional a la protección de la salud versus posibilidades económicas del Estado para su atención

En el concepto del derecho a la protección de la salud está implícita la responsabilidad indisoluble del estado de disponer de los recursos necesarios para asegurar la protección de todos los mexicanos²⁴¹, es una obligación positiva estatal que supone la articulación de políticas públicas que dependen para su existencia de partidas presupuestales suficientes²⁴², pero, ¿realmente el derecho a la protección de la salud es contrario a las posibilidades económicas del Estado?

En efecto, como se ha comentado en el presente trabajo, se requiere de que el Estado destine un presupuesto adecuado para dar cumplimiento a la protección de la salud, pero, no creemos que el derecho a la protección de la salud sea contrario a las posibilidades económicas del Estado, porque ello implica posturas antagónicas en donde una prevalece por encima de la otra, lo que sí es cierto; la protección de la salud depende de un presupuesto considerable, requiere ser debidamente valorado por quienes diseñan las políticas públicas, que le otorguen su

²⁴⁰ MOTTA, María de Lourdes A., "Derecho a la protección de la salud pública en México", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 107.

²⁴¹ SOTO REYNA, René, op. cit., p. 48.

²⁴² En un sentido parecido véase DE LA TORRE TORRES, Rosa María, *Derecho a la salud*, visible en <http://www.bibliojurídica.org/libros/5/2253/16.pdf>, fecha de consulta 01 de junio de 2010 a las 9:30 horas, p. 310.

justa dimensión, atendiendo a la importancia del derecho y la obligación constitucional que se le impone al Estado.

Hablar de las posibilidades económicas del gobierno requiere de un estudio de la forma en que se distribuyen los recursos, FUNDAR realiza un interesante análisis del presupuesto que el gobierno mexicano destina a la salud entre los años 1998 y 2002 ajustando las cifras a la inflación, buscando que los recursos asignados entre dichos años sea en términos reales; es decir, que el dinero en 2002 tenga el mismo valor que en 1998²⁴³.

En dicho estudio se establece que el gasto en salud por el Estado no tiene un seguimiento y por ende una idea clara de la importancia en salud, pues de 1998 a 1999 hay un ligero incremento, mientras que de 1999 a 2000 decrece para posteriormente de 2000 a 2001 aumentar en forma considerable y de 2001 a 2002 bajar nuevamente, incluso hasta casi llegar al presupuesto de 1998²⁴⁴. Otro punto grave lo tenemos en la forma de distribuir el presupuesto, la diferencia entre los recursos asignados a la población que goza de seguro social y la que no lo puede hacer, entre los que se encuentran trabajadores en sentido formal pero sin gozar de las prestaciones como son los que trabajan por medio de un contrato de prestación de servicios, o bien, los trabajadores como son jornaleros o campesinos. Los mexicanos bajo la protección de la red de seguridad social reciben casi el doble de recursos de lo que recibe la “población abierta”²⁴⁵, del presupuesto para salud en 2002 se asignó un 65% del gasto total en salud a los que cuentan con seguridad social y un 35% a la población abierta²⁴⁶, esto, claro está, hasta antes de las

²⁴³ El estudio al que nos referimos es de HOFBAUER, Elena, *El derecho a la salud en México: de los “derechohabientes” a los “nada-habientes”-un análisis, visible en* <http://www.colbio.org.mx/seminario/Hobbeaur.pdf>.

²⁴⁴ Véase HOFBAUER, Ibidem, p. 2.

²⁴⁵ Ibidem, p. 3.

²⁴⁶ Idem.

reformas en 2003 en salud. Sin lugar a duda, el presupuesto otorgado como la forma de distribuirlo es a todas luces contraria al mandato constitucional que se complementa con la Ley General de Salud y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en los que se establece la prioridad de los grupos vulnerables y que resultan obligatorios para México desde antes de la reforma de 2003.

Siguiendo en el análisis del presupuesto en salud, Elena Hofbauer señala que una forma de evaluar la asignación de recursos al rubro salud es contrarrestar el gasto total en salud con estadísticas macroeconómicas como es el Producto Interno Bruto (PIB) y el gasto total del gobierno conocido como Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), porque no es suficiente que aumente el recurso destinado a salud, sino que, éste recurso tiene que ser incrementado tomando en cuenta el PIB obtenido y PEF, con las prioridades que le marcan los organismos internacionales en derechos humanos; es decir, el Estado mexicano no puede decir que está incrementando el presupuesto en salud, si dicho aumento no corresponde al incremento del PIB, así como a lo que va gastar, que se determina en el PEF, así como al incremento que se da a otros rubros. Un ejemplo claro de que dicho aumento no ha sido acorde a dichos parámetros está en los datos que refleja la cuenta pública entre 1988 a 2002²⁴⁷.

Si todos los rubros sufren una reducción presupuestaria en la misma magnitud, su proporción con respecto al gasto total permanece constante. En realidad la proporción del gasto en salud como parte del gasto total se redujo, los recursos que pudieron estar disponibles para la salud se asignaron a otras áreas²⁴⁸. Tal es el caso, que la Cuenta Pública en 2001 revela que las Secretarías de

²⁴⁷ El porcentaje del gasto en salud con relación al PIB en estos años muestra una clara baja que va de 2.40 en 1988 a 2.15 en 2002, mientras que el porcentaje del gasto en salud con relación al PEF muestra una situación similar de poco más de 11 puntos a menos de 9. Véase graficas en HOFBAUER, Elena, *Ibidem*, p. 6.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 7.

Finanzas, de Relaciones Exteriores y de Turismo gastaron más de lo que originalmente les fue asignado²⁴⁹, con lo que se evidencia la poca importancia que el gobierno mexicano le da a la salud, permitiendo gastos en otros rubros que podrían ser destinados al sector salud y, tal vez tengan importancia para operar en los rubros que se hicieron, pero, que no pueden tener comparación con la importancia en procurar la salud de la población.

Aunado a todo lo antes comentado (la forma precaria de destinar recursos al sector salud por el gobierno) y como si eso fuera poco, tenemos otro problema más, directamente con la administración del sector salud que sabiendo las necesidades de la población, la precaria infraestructura de las unidades de salud, la falta de insumos, de personal, entre otras cosas, no aplica en forma completa el poco presupuesto que se destina a salud, conducta que debería ser sancionada administrativa y políticamente porque no es posible que no se utilice el dinero que se tiene para procurar hacer frente a la problemática que en este rubro vive nuestro país, cuando otras áreas como la Secretaría de Finanzas o Relaciones Exteriores gasta más del presupuesto asignado, al igual que las Secretarías de Marina y de la Defensa.

Mientras que las Secretarías de Marina y de la Defensa aumentaron su gasto en infraestructura en 24.9% y 17.2% respectivamente, comparado con su presupuesto original, la Secretaría de Salud no utilizó 51.4% del dinero asignado al desarrollo de infraestructura²⁵⁰, una realidad, que permite decirlo “absurda”, toda vez que resulta increíble que las Secretarías de Marina y Defensa gasten más de lo

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ Véase HOFBAUER, Elena, Ibidem, p. 8

aprobado en infraestructura que la Secretaría de Salud que lo requiere más, y que de hecho, es urgente dicha inversión²⁵¹.

En el mismo sentido tenemos a la Dirección General de Salud Reproductiva que no utilizó el total de presupuesto que tiene a su disposición. Por otro lado, tenemos la forma inadecuada de destinar el presupuesto por Parte del programa PAC (Programa de Ampliación de Cobertura) que está destinado a las comunidades más pobres de los Estados con niveles más altos de marginación²⁵²; sin embargo, un punto importante, es que la situación de marginación no es la misma en los estados del norte que la de los estados del sur del país.

Si tomamos en cuenta que dicho programa se dirige a la población más necesitada, por lógica tenemos que se debe invertir más en los estados del sur, pero la realidad no ha sido así, la actitud del gobierno fue diferente, con el PAC gastó más en estados con mayores recursos. Aún más sorprendente, el gobierno gastó en promedio sólo 33.9 pesos por persona dentro del PAC en estados con niveles muy altos de marginación, mientras que gastó más del doble –84.5 pesos por persona—en estados con niveles medios de marginación²⁵³.

Las políticas para distribuir el recurso con el que cuentan los diferentes programas de la Secretaría de Salud son erróneas. Dado que los estados más pobres son aquellos con los porcentajes más altos de “población abierta” y por lo tanto, es crucial que se asignen recursos adicionales para el desarrollo de las capacidades inexistentes²⁵⁴; es decir, no solo que la forma en que se lleva a cabo el gasto del PAC se invierta en forma igual, sino, designando mayores recursos a las

²⁵¹ Véase grafica 7 “Presupuesto ejercido en infraestructura en relación con el presupuesto aprobado en 2001, en HOFBAUER, Elena, Idem.

²⁵² Véase HOFBAUER, Elena, *Ibidem*. 10 y 11.

²⁵³ Fuente basada en la Secretaría de Salud, la Dirección de Equidad y Desarrollo en la Salud, la Cuenta Pública 2001 y el Índice de Marginación Municipal del Consejo Nacional de Población (CONAPO), 2000. HOFBEAUR, Elena, *El derecho a la salud en México...*, op. cit., p. 11.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 21.

poblaciones de mayor pobreza, destinando recursos adicionales. La designación del dinero en materia de salud se trata, como lo hemos comentado, de una acción que busca una igualdad de acceso a la salud en los hechos y no solo una igualdad normativa. La situación fáctica en referencia nos muestra como el Estado ha sido irresponsable en la garantía de la protección de la salud, sobre todo no por la falta de recursos sino por la forma en la que lo destina y da preferencias

Con lo que hemos visto en el presente apartado, se observa que el derecho a la protección de la salud no es tan contrario a las posibilidades económicas del Estado, claro que tiene relevancia esta relación, si no hay condiciones económicas para hacer frente a una crisis grave de salud, es imposible que el Estado cumpla. El gobierno nos vende la idea de que no puede hacer frente a las necesidades de salud por falta de recursos al decirnos que si no responde a las necesidades que el sector salud requiere para una protección adecuada es por falta de dinero, lo que resulta una falacia, empero, ya observamos que en gran parte el problema no es la falta de recursos, sino, la forma de destinarlos y ejercerlos; no se puede hablar de falta de dinero cuando el gobierno destina más a otros rubros, cuando no se gasta el que se asigna y, el que se ejerce, se hace de manera errónea.

En los últimos años el gobierno ha dejado de dirigir mayores recursos presupuestarios al sector salud al tiempo que el gasto total del gobierno ha aumentado²⁵⁵, muestra de que la problemática que vive el sector salud no es por falta de dinero, sino, por falta de ser tomado en cuenta con su justa importancia y dimensión, por lo que se requiere una visión diferente y responsable.

Es necesario un enfoque diferente en la forma de realizar el gasto público y las prioridades en él. Que los encargados de decidir las políticas nacionales, estén

²⁵⁵ Ibidem, p. 22.

convencidos que la salud de la población, es un factor indispensable para el desarrollo de la nación y que, lejos de ser un gasto público es una inversión²⁵⁶ un cambio en la forma de ver las cosas al elaborar las políticas públicas es el primer paso a dar.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la programación del presupuesto es un acto eminentemente político interpretado en la práctica judicial como una cuestión no justiciable, lo que representa un obstáculo para quienes en ejercicio de una prerrogativa exigen el reconocimiento y protección de la salud²⁵⁷, quedando claro que hablar de la protección a la salud y lo que ello conlleva como es su relación con el presupuesto, es un tema complejo, pero eso no quiere decir que el Estado puede distribuir el presupuesto de su gasto en forma irresponsable, priorizando aspectos que tal vez no tengan la importancia que les atribuyen para aumentar el gasto como se hizo en la Secretaría de Finanzas o la Secretaría de Relaciones Exteriores. El presupuesto para la Secretaría de Salud tiene prioridad a las dos que acabamos de mencionar, así como su ejercicio adecuado. México tiene compromisos internacionales en mejorar la eficacia de los derechos humanos, entre los que se encuentran los económicos, sociales y culturales, y en forma concreta el derecho a la protección de la salud.

2.4.2. Políticas públicas y el derecho a la salud

En materia de salud, las políticas públicas no solo deben enfocarse en el aspecto del presupuesto, sino, también a todos aquellos factores determinantes de la misma, de tal forma que el Estado debe diseñar un cumulo de políticas donde queden contemplados todos los aspectos que indiquen en la salud. De ahí que contar

²⁵⁶ MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México...*, op. cit., p. 308.

²⁵⁷ DE LA TORRE TORRES, Rosa María, *Derecho a la salud*, op. cit., p. 310.

con suficiente infraestructura sanitaria y asegurar el acceso a los servicios de salud sea sólo una parte de las condiciones que se requieren²⁵⁸, se necesita diseñar políticas e invertir en proyectos para informar y educar sobre salud.

Es común que las políticas de salud se avoquen, considerablemente, al tratamiento de las enfermedades o algunas intervenciones de salud pública costosas, dejando, muchas veces de lado la prevención y el ataque decidido y frontal de las “causas de las causas”²⁵⁹. Un ejemplo claro de ello, lo tenemos en la atención al VIH, con las reformas a la Ley General de Salud para el suministro de antivirales se ha mejorado la calidad de vida de las personas con este padecimiento, mientras que la prevención no ha tenido la misma atención. Se invierte 120 millones de pesos (mdp) en atención, pero no llega 100 mdp la inversión en programas de prevención²⁶⁰.

Es necesario realizar mayores inversiones en el área de salud, pues los presupuestos y niveles de gasto destinados, aún están por debajo de los niveles recomendados²⁶¹. Éste llega apenas a 5.4% del PIB y los apoyos son muy limitados, cuando se trata de programas de orden preventivo, o de desarrollar investigación o formar más y mejores recursos humanos²⁶², por lo que urge que se destinen recursos a estas áreas y no solo a la atención médica.

México no invierte en salud, su gasto en este rubro es precario y no acorde a estándares internacionales ya que es, todavía por debajo de lo que se recomienda invertir de acuerdo a nuestro PIB, en comparación con otros países similares a

²⁵⁸ RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., “Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal”, op. cit., p. 69.

²⁵⁹ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, “El derecho de protección a la salud”, op. cit., nota____, pp. 18 y 19.

²⁶⁰ Ibidem, p. 32.

²⁶¹ Ibidem, p. 27.

²⁶² RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., “Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal”, op. cit., p. 78.

México²⁶³; de nuestra inversión en salud, se puede citar la evolución del gasto público en el periodo 1982-2004, que decrece de 3.7% del PIB a 2.7% en 2004²⁶⁴.

El problema no se tiene solo con el bajo presupuesto que se destina. La cuestión de financiamiento no se limita al monto que se gasta sino también a la manera en que se gasta²⁶⁵, y como hemos visto con el PAC, el poco recurso que se tiene lamentablemente no llega a ocuparse donde se requiere, no llega a beneficiar a los más necesitados, aun siendo un imperativo que se establece en los tratados Internacionales de Derechos Humanos y en la Ley General de Salud. Las políticas públicas en salud no han avanzado, caracterizándose la notoria presencia del “síndrome del cangrejo”, en lugar de ir hacia adelante, vamos para atrás.

Un ejemplo más de lo que acabamos de mencionar está en la inversión para la producción de vacunas. La única productora de biológicos que pertenece a la Secretaría de Salud es Birmex, que en la década de los 80 producía seis vacunas. Ahora, la única que produce es el inmunógeno contra la polio²⁶⁶, con esta realidad no podemos decir que nuestras políticas son buenas, producir es mejor a tener que comprar con laboratorios privados y en México en lugar de tener más laboratorios con los que se busque dar abasto a las necesidades de salud cada vez se producen menos por las empresas de gobierno.

En materia de salud, otro punto que es importante es el control de los productos y que se traduce en el control sanitario. En cierta forma, la industria reclama espacios de negocios, en ocasiones sin poner mucha atención a las posibles externalidades sobre la salud de los consumidores de los productos que le

²⁶³ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, “El derecho de protección a la salud”, op. cit., p. 28.

²⁶⁴ LÓPEZ ARRELLANO, Oliva y BLANCO GIL, José, “Avances y límites para hacer realidad el derecho a la protección de la salud en México”, op. cit., p. 59.

²⁶⁵ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, “El derecho de protección a la salud”, op. cit., p. 28.

²⁶⁶ Ibidem, p. 32.

son redituables comercialmente²⁶⁷ y ante situaciones de este tipo, las decisiones en normas sanitarias es crucial, es facultad y obligación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios vigilar que los productos que se ponen al alcance de la población cumplan con normas de calidad y ciertos beneficios para el consumidor, de tal forma que si la comisión no cumple con esta obligación, el Estado está fallando en la protección de la salud que tiene como una obligación constitucional.

Asimismo, las políticas públicas deben poner especial atención a las principales causas de muerte en nuestro país, de acuerdo a la información oficial de la Secretaría de Salud, son tres que concentran más de 33% de los fallecimientos en mujeres y 26% en los hombres: la diabetes mellitus, las enfermedades isquémicas del corazón y las enfermedades cerebrovasculares²⁶⁸, asociados a nuevos modelos sociales de comportamiento en un mundo globalizado.

Políticas públicas en salud es la forma en que el gobierno decide hacer frente a las obligaciones para la protección a la salud, son desde el recurso que se destinará, la forma de distribuirlo, la forma de educar en salud, el fomento de la cultura en salud, como informar en salud tanto para inculcar higiene como una correcta alimentación, el cuidado del aire, el agua, el depósito de contaminantes en forma adecuada; en pocas palabras es hablar de todo aquello que influye en la salud y que se han mencionado como factores determinantes. Se trata mediante campañas de salud, que el individuo modifique sus conductas y adopte estilos de vida saludables²⁶⁹ y no solo proteger la salud mediante la atención médica, toda vez que resulta más costoso que prevenir.

²⁶⁷ Ibidem, p. 29.

²⁶⁸ RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., "Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal", op. cit., p. 78.

²⁶⁹ MOTTA, María de Lourdes A., "Derecho a la protección de la salud pública en México", op. cit., p. 110.

2.4.3. La cobertura del servicio de salud y las decisiones legislativas a la luz del debate democrático

La actividad legislativa, concretamente la realizada en la Cámara de Diputados, debería ser, atendiendo a la voluntad del pueblo porque formalmente éstos son representantes del pueblo, el pueblo los nombra para que en su representación tomen las decisiones, pero, esta facultad que se deposita en ellos no puede en ningún momento estar por encima de la voluntad que manifiesta el pueblo. En el mundo real, las cosas no suceden así, los representantes populares atienden y actúan más acorde a los intereses partidistas y particulares que a los del pueblo.

Hoy en día se maneja en la doctrina diferentes formas de democracia como son la representativa, participativa, deliberativa, en aras de darle una mayor participación al pueblo. El debate democrático significa escuchar a todos, aun a aquellos que no comparten nuestra postura y debe jugar en el sentido de que las decisiones se tomen acorde a la voluntad del pueblo y más optimas, que se tomen acorde a las necesidades que éste tiene y no en forma oscura, escondida, sin sacar a la luz pública el porqué de sus decisiones. Es claro que la sociedad, lo que desea es que los recursos públicos se empleen de manera correcta y de que se dé prioridad a ciertos rubros como es la salud; es decir, que las decisiones que se tomen vayan en el sentido de darle una mayor importancia al derecho a la protección de la salud.

El trabajo legislativo debe tomar en cuenta los esfuerzos hechos por instituciones relacionadas con la salud como es el caso de la CONAMED que con la

finalidad de mejorar la relación médico-paciente puso en marcha un proyecto que concluyo con la Carta de los Derechos Generales de los Pacientes²⁷⁰.

La participación ciudadana en este asunto público es, no solo una alternativa para la racionalización de la acción pública²⁷¹, sino que puede convertirse en un mecanismo de sanción reflejado en los procesos electorales ante las malas decisiones o las omisiones de los actores políticos como lo es el Pode Legislativo, pero para ello se requiere que la población esté informada, lo que requiere un cambio de cultura en nosotros como sociedad.

2.4.4. La cobertura del servicio de salud y las decisiones ejecutivas a la luz del debate democrático

Como se expresó, el debate democrático implica escuchar a todos y en base a ello tomar decisiones, las cuales no pueden ser sin justificación, escudándose en el poder de la discrecionalidad como ha pasado no pocas veces en el Poder Ejecutivo. Podemos mencionar también el diseño de instrumentación de políticas públicas arbitrarias, por ejemplo, el seguro médico Nueva Generación, que asegura a los recién nacidos a partir del 1º de diciembre de 2006, pero excluye a los nacidos incluso un día antes²⁷², lo que se traduce en una flagrante violación a la no discriminación.

En el Plan de Planeación Democrática se prevé la participación y consulta de los diversos grupos sociales, con el propósito de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan Nacional de

²⁷⁰ Véase ULLOA LUGO, Sergio, "El derecho de los pacientes a medicamentos de innovación", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, pp. 129 y ss.

²⁷¹ MANUEL LLE, Gabriel, ROMERO MENDEZ, Josefina, SOTELO, Gabriel, "El papel de la ciudadanía en el derecho a la protección de la salud", *Cuadernos de derecho y ciencia*, México, No. 1, Vol. 1, 2010, p. 154.

²⁷² MORALES ACHÉ, Pedro, "La tutela del derecho a la protección de la salud y su demanda individual", *op. cit.*, p. 101.

Desarrollo y los programas sectoriales²⁷³, pero, las opiniones no tienen mucha relevancia en la en la decisión final.

La participación que regulan las disposiciones sanitarias es del tipo “participación simbólica”, porque solo pretende informar, consultar y conciliar a la ciudadanía; escucharla y darle voz, pero sin asegurar que sus perspectivas e intereses serán tomados en cuenta²⁷⁴, no obstante esta situación, ello no debe ser motivo de que la población no se involucre en la toma de decisiones, al contrario, se debe luchar por ir generando espacios de expresión que sean tomados en cuenta.

Para la participación, también es necesario avanzar hacia la transformación cultural para aumentar el involucramiento activo y efectivo de la ciudadanía y producir así un cambio en la organización²⁷⁵, si el pueblo no defiende y ejerce sus derechos, si no se involucra, con justa causa se actualiza la máxima de que “el pueblo tiene el gobierno que merece”, un gobierno que solo busca servirse del pueblo y no servir al pueblo como es su obligación.

Por otro lado, las administraciones públicas y sus integrantes deben estar abiertos a la innovación y a la formulación de nuevas formas de participación ciudadana en el entorno democrático y participativo²⁷⁶. Las administraciones públicas también deben invitar a la ciudadanía a vincularse con el gobierno²⁷⁷ y no solo a imponer decisiones.

²⁷³ MANUELL LLE, “El papel de la ciudadanía en el derecho a la protección de la salud”, op. cit., p. 158.

²⁷⁴ Ibidem. p. 159.

²⁷⁵ Ibidem, p. 163.

²⁷⁶ Ibidem, p. 164.

²⁷⁷ Idem.

2.5. Las finalidades de la garantía de la salud previstas en el artículo 2º de la Ley General de Salud

Dicho precepto establece que el derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;

III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

El bienestar físico y mental del hombre es una condición que requiere de varias acciones que van desde prevenir en lo posible las enfermedades, asimismo, la prolongación y mejoramiento de la calidad de vida humana, son condiciones que se logran con políticas no ante la presencia de enfermedades, sino, anticipadas para evitar las mismas. En la salud hoy en día son factores determinantes el consumo de alimentos industrializados, el tabaquismo, alcoholismo, la violencia, el abuso tecnológico, el estrés²⁷⁸ y ante esta realidad, dentro de las finalidades del derecho a la protección de la salud deben estar acciones dirigidas a disminuir las conductas negativas en la salud.

²⁷⁸ En este sentido RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., "Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal", op. cit., pp. . 76 y 77.

Para todo ello, el gobierno debe enfocarse en dar a conocer a la población información sobre salud, educar en salud, generar una cultura de hábitos higiénicos y sanos, dar publicidad a los servicios de salud que se tiene para que la población tenga conocimiento y haga uso de ellos.

2.6. Servicios básicos de salud

La Ley General de Salud prevé los servicios básicos en su artículo 27, dirigiéndose a acciones que comprenden tanto actividades en los factores determinantes de la salud, como a la atención médica. Un servicio básico es aquél que es indispensable, de tal forma que, si hablamos de salud, tendrán esta consideración todos aquellos que son necesarios para mantener o proteger la salud, el numeral en comento establece lo siguiente

Artículo 27. Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

- I.** La educación para la salud, la promoción del saneamiento básico y el mejoramiento de las condiciones sanitarias del ambiente;
- II.** La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes;
- III.** La atención médica integral, que comprende actividades preventivas, curativas, paliativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias;
- IV.** La atención materno-infantil;
- V.** La planificación familiar;
- VI.** La salud mental;
- VII.** La prevención y el control de las enfermedades bucodentales;
- VIII.** La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud;
- IX.** La promoción del mejoramiento de la nutrición, y
- X.** La asistencia social a los grupos más vulnerables y, de éstos, de manera especial, a los pertenecientes a las comunidades indígenas.

Así las cosas, si toda persona tiene derecho a la protección de la salud y para ello se establecen los servicios básicos para satisfacer este derecho, es obvio, que cada una de las fracciones del precepto que nos ocupa es una obligación mínima a la que el Estado está obligado brindar a las personas, siendo objeto de reclamo si no se cumplen. La forma de redacción de la Ley General de Salud permite deducir que existe una protección de la salud amplísima y el artículo 27 no es la excepción.

2.6.1. Las actividades preventivas, curativas, de rehabilitación y paliativas como atención médica

El capítulo II de la Ley General de Salud está dedicado a la atención médica, señalando en su artículo 32 que se entiende por atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud. La clasificación de la atención médica se describe en el siguiente artículo de la ley en comento.

Artículo 33. Las actividades de atención médica son:

- I.** Preventivas, que incluyen las de promoción general y las de protección específica;
- II.** Curativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno;
- III.** De rehabilitación, que incluyen acciones tendientes a corregir las invalideces físicas o mentales, y
- IV.** Paliativas, que incluyen el cuidado integral para preservar la calidad de vida del paciente, a través de la prevención, tratamiento y control del dolor, y otros síntomas físicos y emocionales por parte de un equipo profesional multidisciplinario.

La atención médica es el servicio que presta un profesional con el ánimo de revisar que la salud de la persona que acude a solicitar el servicio esté en óptimas condiciones y de no ser así, se tomen las medidas necesarias para mejorar el estado de salud a través de la atención o tratamientos médicos. El paciente deposita

en manos del médico sus bienes más preciosos, pues sobre ellos, particularmente sobre la salud, descansan todos los demás valores de los que el hombre es portador²⁷⁹, por ello la importancia del profesionalismo del médico entre lo que se comprende una conducta ética de todo el personal.

La forma de actuar del personal médico que va desde médicos, enfermeras, recepcionistas y en general toda el área administrativa de las unidades de salud son parte fundamental para la salud de las personas; en muchos casos, la atención médica puede constituir la diferencia entre el bienestar y la desgracia, o entre la vida y la muerte²⁸⁰, de forma tal que las actividades preventivas, curativas, de rehabilitación y paliativas que integran lo que es la atención médica para cumplir su propósito de proteger la salud, dependen en gran medida de la conducta y ética del profesional de la salud.

2.6.2. Disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales

Como se ha señalado, la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud se considera un servicio básico de conformidad al artículo 27 de la Ley General de Salud; por su parte el artículo 17, fracción V de dicha ley establece que es facultad del Consejo de Salubridad General elaborar el Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud. Lo hasta aquí expuesto y dispuesto en la ley de la materia hace suponer que la disponibilidad de medicamentos y otros insumos que sean esenciales para la salud es una obligación indispensable que el Estado está obligado a brindar a la persona, sin más requisitos que el de ser esencial para la salud.

²⁷⁹ GIL CORRALES, Miguel Ángel, "La legislación sanitaria en México", *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, Octubre 1986-Marzo 1987, No. 24-25, p. 158.

²⁸⁰ SOTO REYNA, René, "Derecho a la protección de la salud: naturaleza y alcances", op. cit., p. 46.

En efecto, en la ley no se establece que los medicamentos del cuadro básico que deben estar a disposición del usuario en los centros de salud, deben tener un costo límite y que de pasar una cierta cantidad de dinero, el medicamento o insumo ya no será obligación del Estado para proporcionarlos. Afortunadamente esta limitante no se contempla en la Ley General de Salud, por lo tanto el costo del medicamento no importa, toda vez que lo que se debe tomar en cuenta es únicamente que el medicamento sea esencial para la protección de la salud, quedando el Estado obligado a proporcionar todo medicamento que sea idóneo para la preservación de ésta, o bien, teniendo la carga de la prueba de demostrar que no está en condiciones de otorgar el medicamento por el alto costo y que no cuenta con recurso disponibles, de conformidad a las obligaciones internacionales que ha adquirido y que ya hemos señalado. Identificar cuando un medicamento es esencial, se puede resolver con el hecho de que sea el que brinde los mayores beneficios en la salud.

No obstante a que en el artículo 29 de la ley que nos ocupa se señala que “Del cuadro Básico de Insumos del Sector Salud, la Secretaría de Salud determinará la lista de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, Esta disposición debe entenderse en el sentido de que la facultad que tiene la Secretaría de Salud para determinar la lista de medicamentos y otros insumos, es solo en la forma de elegir entre varios medicamentos que contienen la misma sustancia o compuesto activo y que proporcionan los mismos beneficios, pero, no para elegir entre medicamentos con distintos niveles del componente activo o que por el solo hecho de ser más barato se elija uno que no otorga los mayores beneficios. El medicamento preferido debe ser el que proporcione más beneficios, por lo que la determinación de la que habla el artículo 29 se limita a la selección entre marcas o

patentes, el componente activo del medicamento seleccionado debe ser en cantidad y calidad comprobada para lograr la finalidad que se busca y otorgar un mejor bienestar al paciente.

2.6.3. ¿Es facultad discrecional de la autoridad determinar que medicamentos forman parte del cuadro básico?

Para responder esta pregunta primero debemos identificar cuál es la autoridad que determina el cuadro básico de insumos y después, en qué consiste el mismo. El artículo 28 de la Ley General de Salud establece que habrá un Cuadro Básico de Insumos para el primer nivel de atención médica y un Catálogo de Insumos para el segundo y tercer nivel, elaborados por el Consejo de Salubridad General. Así tenemos que la autoridad encargada de elaborar el Cuadro Básico es el Consejo de Salubridad General.

Sin embargo, el artículo 12 del Reglamento del Consejo de Salubridad General señala que para apoyar sus actividades, el Consejo contará con comisiones y comités, entre los que se encuentra la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud; de tal forma que, será esta Comisión la que realmente determina el contenido del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos.

Por su parte el artículo 2 del Reglamento Interior de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud²⁸¹ establece:

Artículo 2. El Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud es el documento en el que se agrupan, caracterizan y codifican todos los

²⁸¹ El Reglamento es elaborado por la propia Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud, publicado en el DOF el 22 de junio de 2011.

medicamentos, el material de curación, el instrumental, el equipo médico y los auxiliares de diagnóstico empleados por las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud para otorgar servicios de salud a la población. El Cuadro Básico de Insumos aplica en el primer nivel de atención y el Catálogo de Insumos en el segundo y tercer nivel. Tiene por objeto colaborar en la optimización de los recursos públicos destinados a la atención de los problemas de salud del país, mediante el empleo de insumos que han probado su seguridad, eficacia terapéutica y eficiencia.

Lo hasta aquí expuesto, señala que el Comisión será la encargada de elaborar el Cuadro Básico y Catálogo de Insumos, el cual consiste en un documento que contiene la lista de medicamentos y demás material que podrá utilizar el sector salud en el servicio que brinda a la población²⁸².

Asimismo, el artículo 5 del Reglamento Interior de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud señala lo siguiente:

Artículo 1. El presente ordenamiento tiene por objeto reglamentar la manera en que se elabora, actualiza y difunde el Cuadro Básico y Catálogo de Insumos del Sector Salud, con la finalidad de que contribuya a mejorar la calidad, seguridad y eficiencia de la atención a la salud que otorgan las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud. Establece los principios éticos y compromisos deontológicos de la Comisión Interinstitucional del

²⁸² Los Cuadros Básicos de Insumos para la Salud se rigen por el ACUERDO por el que se establece que las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud sólo deberán utilizar los insumos establecidos en el Cuadro Básico para el primer nivel de atención médica y, para segundo y tercer nivel, el Catálogo de Insumos. Signado en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veinte días del mes de diciembre de dos mil dos por Vicente Fox Quesada y por el Presidente del Consejo de Salubridad General, Julio José Frenk Mora. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 2002. En *Guía de actualización de los cuadros básicos en las unidades médicas*, en http://www.imss.gob.mx/transparencia/CuadrosBasicos/Documents/Uso_CB_HOJA_15.pdf, fecha de consulta 25 de mayo de 2011 a las 17:30 horas, p 5.

Cuadro Básico y Catálogo de Insumos Sector Salud encaminados a lograr procesos transparentes, eficientes y con base en evidencias científicas que complementen las actividades y responsabilidades del Consejo de Salubridad General con las de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud, para evitar duplicidades.

Como se observa de lo expuesto, la normatividad que regula lo relacionado al cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud no señala que exista facultad discrecional para la elaboración del mismo, así como tampoco para la inclusión de medicamentos al cuadro y catálogo de insumos. Por el contrario, se señala que tanto la elaboración como la actualización del cuadro y catálogo tienen como finalidad mejorar la calidad y eficiencia de la atención a la salud por las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud, de tal forma que no hay facultad discrecional sino más bien lineamientos y directrices que obligan a la autoridad a elegir los medicamentos que den como resultado una mejor calidad y eficiencia en la atención médica, por ende, no puede ser cualquier medicamento, sino solo aquellos que sean de calidad para que el servicio pueda ser eficiente.

2.7. El seguro popular y la salud en México

Con las reformas y adiciones hechas a la Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 2003, se establece el Título Tercero Bis, con la denominación “De la Protección Social en Salud”, mejor conocido como Seguro Popular, modificaciones a la ley que representan un gran paso en materia de salud; no obstante a ello, la población sigue teniendo problemas con los servicios que se requieren en la protección de la salud. Entonces, a pesar del gran avance que significa el Seguro Popular, el acceso oportuno a servicios de salud de calidad todavía no es una realidad para muchos mexicanos que viven en la

pobreza²⁸³, sobre todo cuando nos damos cuenta de la forma en que se destinan los recursos en materia de salud como se ha señalado *supra*.

El contenido del Título Tercero Bis, es bueno, y maneja varios puntos. Tiene también entre sus objetivos, reducir las desigualdades en el acceso a la salud para que no sea un factor determinante la condición económica²⁸⁴, la práctica es la que no corresponde a lo dispuesto en la ley porque la discriminación la sigue habiendo, resultando perjudicada la población más vulnerable.

El aseguramiento público es una alternativa que permite conducir el incremento en la cobertura universal bajo principios de solidaridad, equidad y eficiencia²⁸⁵, entendiendo el aspecto universal como el acceso al derecho a la protección de la salud, más no que el Estado cubra la totalidad de los costos en todos los casos “atención gratuita para todos”, porque entonces el sostenimiento no sería posible, por lo que el criterio para costear los gastos, como bien lo señala la ley, debe ser en atención a las condiciones económicas de la persona, atendiendo a una igualdad de hecho más no de derecho²⁸⁶.

Hasta el año de 2003, la población no cubierta por la seguridad social, especialmente el sector poblacional más marginado, era considerada como un grupo residual atendido por la Secretaría de Salud²⁸⁷, con las modificaciones al plexo normativo en comento se ha incrementado el número de familias afiliadas y los beneficios que cubre²⁸⁸.

²⁸³ HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, “El derecho de protección a la salud”, op cit., p. 22.

²⁸⁴ En este sentido HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, Ibidem, p. 24.

²⁸⁵ RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., “Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal”, op. cit., p. 73.

²⁸⁶ En este sentido PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos sociales y el principio de igualdad”, op.cit., p. 32.

²⁸⁶ Véase en este sentido CAMPILO SAÍNZ, José, op. cit., p. 82.

²⁸⁷ RENDÓN CÁRDENAS, Eunice, “Limitantes estructurales del sistema de salud”, op. cit., p. 84.

²⁸⁸ En este sentido RENDÓN CÁRDENAS, Eunice, Ibidem, p. 89.

Los institutos de seguridad cubren a los trabajadores asalariados del sector formal, en tanto que el Seguro Popular cubre a una parte de la población que trabaja en el sector informal y a los trabajadores formales no asalariados²⁸⁹

Sin embargo, la falta de información, las trabas administrativas de los centros de salud, así como la accesibilidad geográfica a estos últimos siguen siendo un inconveniente para que la cobertura de la protección de la salud sea a todos los mexicanos. Las autoridades deben discutir la posibilidad de hacer obligatorio el seguro de salud²⁹⁰ y dar mayor información a la población sobre los beneficios, así como diseñar técnicas para cuidar la conducta del personal de los centros de salud, tomando en cuenta que ello es un factor determinante.

El contenido legal del capítulo referente a la protección social de salud marca la obligación del Estado en brindar todos los medios necesarios como son infraestructura; personal, medicamentos y equipos adecuados para poder cumplir con el imperativo de la ley. Significa no solo que exista una afiliación de la población a un seguro médico, sino que cada uno de los nuevos afiliados tenga acceso efectivo a los bienes y servicios de salud²⁹¹.

Las reformas de 2003 representan un gran avance en el sistema de salud en México y quizá puede ser el inicio de una nueva organización²⁹², con miras hacia un sistema único.

²⁸⁹ Ibidem, p. 94.

²⁹⁰ Ibidem, p. 90.

²⁹¹ MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México...*, op.cit., p. 311.

²⁹² John Scott señala: Lo que se necesita es un sistema que realmente sea universal, en el sentido de integrar los sistemas existentes en uno solo. En otras palabras, el Seguro Popular debe ser una transición hacia el sistema de salud universal, el cual debe ofrecer un paquete básico de salud. En Inglaterra, por ejemplo, se ofrece un paquete básico muy amplio, el cual depende del financiamiento fiscal disponible, financiado casi enteramente por medio de impuestos generales y de contribuciones. SCOTT ANDRETTA, John, "El debate internacional y medidas emprendidas", op. cit. p. 171.

Históricamente, los distintos sistemas de gobierno han reconocido que un país que no tenga suficiente cuidado con la salud de sus habitantes, es una nación predispuesta a la ruina y falta de desarrollo²⁹³ y México no es la excepción.

2.8. Recapitulación

El presente capítulo nos ha dado un panorama de la forma en que está regulado el derecho a la protección de la salud tanto en México como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como de los criterios que han desarrollado los organismos competentes para la interpretación de dichos tratados. Por otro lado, también se ha señalado cuál es el estado fáctico de la eficacia del derecho a la protección de la salud en México, porque si bien es cierto, que en el aspecto normativo existe un adecuado desarrollo, también lo es, que la realidad suele ser muy diferente como es el caso de México, que establece en la Constitución y en la Ley Reglamentaria una amplia cobertura en la protección de la salud y, sin embargo, no se cumple el contenido de la ley reglamentaria, porque no todas las personas tienen acceso a la protección de la salud, sobre todo, quienes más padecen de ella, son las clases sociales más vulnerables.

Otro punto a destacar que también se trató es el relativo al señalamiento de que el derecho a la protección de la salud no solo se compone de la atención médica, sino que este comprende también los aspectos educativos, culturales, el medio ambiente en el que se desarrollan las personas, así como la información con la que cuenta la población para generar hábitos en beneficio de su salud.

Esta circunstancia nos muestra que aun y cuando exista el derecho a la protección de la salud a través de la legislación, hace falta todavía más desarrollo

²⁹³ MEJORADO OLAGUEZ, Ángel Ismael, *"Aspectos histórico-jurídicos del derecho a la protección de la salud,"* Durango, *Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, No. 22-23, abril-septiembre, 1986, p. 53.

informativo de la población para generar hábitos en beneficio de su salud, así como el desarrollo tanto de la doctrina como de la jurisprudencia para explicar que es un derecho fundamental que todo estado debe garantizar si quiere que su sociedad se desarrolle y, que se deben dejar atrás las ideas de que es un derecho caro para que el Estado lo garantice, porque puede ser perfectamente un derecho del que goce toda persona como lo dispone la Constitución, solo que se tienen que desarrollar las formas en las que el Estado estará obligado a garantizarlo en forma directa, para lograr una igualdad de hecho en el acceso a la protección de la salud, aspecto del que nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

LA ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, SU JUSTICIABILIDAD Y BREVES COMENTARIOS A LOS ASPECTOS PROCESALES DEL JUICIO

En el presente capítulo se tocará cuales son los aspectos que integran el derecho a la protección de la salud. En el desarrollo de este trabajo se ha señalado cuándo existe la necesidad de protección de este derecho, así como las normas en las que esta contenido. En concreto, de lo que se ha venido hablando es de dos aspectos (uno de hecho y otro de derecho) como elementos básicos para su reclamo en sede judicial. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales toca la cuestión de *cuándo* un individuo puede exigir una acción fáctica-positiva del Estado por vía judicial²⁹⁴.

El supuesto de hecho hace hincapié a la condición en la que se encuentra el justiciable que reclama el derecho a la protección de la salud (afectación a su salud), mientras que el supuesto de derecho no es otra cosa que la norma o el conjunto de normas en donde se contiene como derecho la protección de la salud. Así las cosas, en el presente apartado se analizará la estructura que integra el derecho a la protección de la salud; en otras palabras, se tocará el punto de cómo está integrado este derecho, de cuáles son los elementos que son parte intrínseca y de los aspectos que han dificultado su justiciabilidad, así como de aquellos que pueden facilitar su reclamo judicial y por ende darle eficacia los derechos humanos. Pues hoy en día el Estado *per se* ha dejado de ser el ente soberano, para darle ese lugar a los Derechos Humanos²⁹⁵

²⁹⁴ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 119.

²⁹⁵ DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, “*Universalidad y primacía de los Derechos Humanos...*”, op. cit., p. 15.

3.1. El mandato constitucional a la protección de la salud

La protección de la salud en cuanto mandato constitucional dirigido al Estado ya se ha venido desarrollando páginas atrás tanto como derecho fundamental o mejor dicho humano que es, así como su desarrollo en la ley reglamentaria. Ya se ha realizado un estudio de normas tanto en el orden constitucional, legal y supranacional en materia de salud, por lo tanto ya contamos con un panorama para darnos cuenta si se ha cumplido más o menos la obligación constitucional en la protección de la salud.

Como se señaló en su momento al hacer el análisis del párrafo tercero del artículo cuarto constitucional y la Ley General de Salud, así como de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, la normatividad en comento no establece un límite en la obligación que tiene el Estado en esta materia. En efecto, el precepto constitucional establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, más no dice, “toda persona tiene derecho a una protección básica de salud”, aspecto que nos permite mantener la postura que en cuanto la protección de la salud como derecho de la persona y obligación del Estado es procedente su justiciabilidad, sin importar costos.

El derecho a la protección de la salud es un derecho que en la dogmática constitucional se conoce como derecho fundamental²⁹⁶ y que en nuestro país con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 se denomina derecho humano²⁹⁷, con la característica de universalidad que se desprende de la forma en que está redactado, así como del artículo primero de la Constitución.

²⁹⁶ La denominación de derechos fundamentales se le otorga a los derechos que se encuentran contenidos en la parte dogmática de una constitución, sin embargo, hay constituciones que denominan como fundamentales o les otorgan esta categoría solo a ciertos derechos como es el caso de la Constitución española.

²⁹⁷ Esta denominación se ha desarrollado principalmente en el ámbito internacional. Nuestro país ha tomado esta terminología en lugar de derecho fundamental.

Sin embargo, el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho fundamental ¿realmente puede exigirse al Estado en todos los casos en que la persona vea afectada su salud? Dada la propia naturaleza del derecho en comento, para su eficacia, se requiere contar con presupuesto porque lo que se busca del estado es una acción positiva, un hacer. Suponer que todas las personas en todos los casos, tienen derecho a exigir del Estado la protección de su salud, es hasta cierto punto ilusorio porque el Estado no tendría recursos para garantizar en forma directa a todas las personas su salud. La Constitución cuando habla de que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, no se refiere a que cuando una persona se vea afectada y requiera de atención médica, tratamiento o medicamento acuda al Estado a exigirle que cumpla en garantizarle la protección a su salud, se podrá hacer, y sin que exista un límite en cuanto tope máximo de gastos a menos que el Estado muestre que no tiene las posibilidades, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. La razón subyacente del derecho constitucional en comento es, que no sólo las personas que puedan pagar para proteger su salud, gocen de la misma.

Tomando en cuenta la fortaleza que ha tomado el principio de dignidad humana²⁹⁸ en los estados modernos de occidente y que la desigualdad económica y social que prevalece ocasiona que gran parte de la población no pueda satisfacer por sí mismo sus necesidades, es en estos caso cuando entra la obligación del Estado, sin que ello implique un violación al principio de universalidad. La universalidad debe interpretarse en cuanto a que toda persona pueda gozar de una protección en su salud, más no que el Estado cubra los costos siempre. Tampoco

²⁹⁸ La *dignidad humana* es, sin duda, uno de los conceptos más problemáticos de la Filosofía y de la ética; sin embargo, constituye a la vez un concepto central en toda la construcción teórica de los derechos humanos. SOBERANEZ FERNÁNDEZ, José Luís, "Sobre el origen de los derechos humanos", *Homenaje a Cipriano Gómez Lara*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, 2007, p. 621.

se viola el principio de igualdad²⁹⁹ porque en un estado constitucional de derecho lo que se busca es una igualdad de hecho más que de derecho, la cual requiere una argumentación sólida. Por ello la importancia del fundamento filosófico que se trató en los capítulos anteriores, a la vez que resulta necesario justificar por qué se debe entender de esta manera los derechos que imponen al estado acciones positivas.

Precisamente por esta complejidad que representa el derecho a la protección de la salud, se ha dicho que es el poder político el que tiene que determinar cuándo y hasta qué punto se puede garantizar este derecho. Es por ello que en el presente trabajo se viene buscando dar sustento a la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, es decir, que cuando exista una vulneración en la salud y los servicios que brinda el Estado no han satisfecho la necesidad, quien la sufre, pueda acudir a los tribunales para exigir al Estado que cumpla en protegerla como imperativo constitucional que tiene, siempre y cuando se cumplan con ciertas condiciones.

Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano³⁰⁰.

²⁹⁹ Cuando se trata de una igualdad entre personas se presuponen dos cuestiones fundamentales. La primera consiste en que los hombres no podemos ser exactamente iguales en todo, pues estaríamos hablando de identidad o de homogeneidad, mientras que la segunda consiste en que no podemos ser radicalmente diferentes, pes aquello que es radicalmente diferente no puede ser comparado. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luís, *Ibidem* p. 623.

³⁰⁰ FERRAJOLI, Luígi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 31.

3.2. La reforma a la Constitución en materia de Derechos Humanos

En la actualidad, muchos sistemas constitucionales han dotado de primacía a la par de la Constitución a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos³⁰¹ y México no es la excepción. El 10 de junio de 2011, en México se dio un gran avance en la tutela de los Derechos Humanos con las reformas a la Constitución que modifica el título de la parte dogmática antes denominada “Garantías Individuales” para ahora llamarse “De los Derechos Humanos y sus garantías”. Pero la importancia de la reforma no radica en el cambio de su denominación, sino en el contenido que se le dio al artículo primero para quedar como sigue:

Artículo 1o. 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,

³⁰¹ DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, “Universalidad y primacía de los Derechos Humanos...”, op. cit., p. 20.

investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

Como se observa, los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales de los que México forma parte hoy en día tienen plena aplicabilidad en México sin excusa alguna y son de observancia obligatoria para todas las autoridades incluyendo el poder judicial que tenía cierta reticencia en resolver en base al contenido de los Derechos Humanos³⁰² que México ha firmado y ratificado conforme lo marca la Constitución³⁰³. Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos³⁰⁴.

Del primer párrafo del artículo primero no se desprende una diferencia de validez entre los artículos de la Constitución y los de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino que por el contrario, se observa la misma eficacia, tanto para los derechos humanos que expresamente menciona la Constitución como para aquellos que no lo son, pero, se encuentran en los Tratados Internacionales, lo que

³⁰² Ahora bien, la propia evolución de los derechos humanos no ha sido nada fácil, se han tenido que sortear numerosos obstáculos y derrumbar varios prejuicios. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luís, "Sobre el origen de los derechos humanos", op. cit., p. 625.

³⁰³ De hecho, no solo los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos tienen eficacia en el sistema jurídico interno de México, sino también la jurisprudencia que emiten los órganos internacionales como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido el Ministro Arturo Zaldívar señala que la obligatoriedad de las sentencias radica en estas mismas y en la categoría de cosa juzgada que adquieren. Precizando que no se trata de que la Corte Interamericana sustituya a la Mexicana, ni que si jurisprudencia tenga una aplicación acrítica, sino de que se pretenda, siempre, favorecer a la persona mediante la aplicación de las normas e interpretaciones que le sean más favorables o menos restrictivas. HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F., DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *El control de constitucionalidad y convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, México, UBIJUS, 2012, p. 37.

³⁰⁴ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2ª Edición, 2004, p.72.

nos indica que la Constitución establece el bloque de constitucionalidad³⁰⁵, de tal forma, que se puede invocar la violación y exigir la garantía de los derechos humanos contenidos en la Constitución como de aquéllos que lo están en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que México ha ratificado, máxime cuando el propio texto constitucional establece que se gozará de las garantías para su protección. Ya el Doctor Gumesindo García Morelos desde el año 2010, decía lo siguiente:

En el mes de abril de 2010 se inició en el senado mexicano un apresurado procedimiento de reforma constitucional importante para dotar de nivel constitucional al derecho convencional de los derechos humanos. Creo que la pieza clave reside en el artículo 1º constitucional. Ahora se reconoce la protección de las libertades constitucionales y de fuente internacional; pero además se fija la obligación expresa de aplicación directa de dichos instrumentos por parte de todas las autoridades, cuya interpretación deberá realizarse conforme a los textos transnacionales en estudio, lo que implica el acatamiento de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, quienes realizan la revisión judicial de todo tipo de norma doméstica, incluyendo las propias constituciones políticas³⁰⁶

Otro aspecto importante en la reforma que viene a reforzar la eficacia de los derechos humanos es, la interpretación *pro homine* que se establece en el segundo párrafo del artículo en comento. Este criterio interpretativo impone acudir a la norma más amplia, o bien, a la interpretación más restringida, según sea el caso, cuando

³⁰⁵ El bloque de constitucionalidad vincula en materia de Derechos Humanos, los contenidos de la Constitución y los tratados, conformando un ámbito competencial amplio, sólido y eficaz. DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *Universalidad y primacía de los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 38.

³⁰⁶ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, op. cit., p. 17.

se trate de establecer protecciones o restricciones a los derechos fundamentales³⁰⁷, de esta forma, en las disposiciones tanto de la Constitución como de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se deben de interpretar y buscar la protección más benéfica para la persona.

Para fortalecer a los derechos humanos, el tercer párrafo del artículo primero constitucional establece que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos humanos. Como se observa, la obligación es generalizada a todas las autoridades, sin excepción alguna. Esto significa que dicho compromiso y consecuencias se extiende a todos los órganos del Estado: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, y demás entes que integren la estructura del Estado (por ejemplo, entes autónomos, etcétera)³⁰⁸. Ahora bien, dichas obligaciones no son simples y son muy amplias, así por ejemplo, en el caso de al primer obligación no se dice cuál es el alcance de promover, o mejor dicho, no se dice en que casos o con que actos se tendrá a las autoridades por promoviendo los derechos humanos, por ende, la Constitución le impone al estado mexicano una obligación muy grande, porque tomando en cuenta el estado de respeto que guardan los derechos humanos en nuestro país, para dar vigencia al mandato constitucional el Estado tiene que emprender campañas de difusión, cursos de capacitación a los servidores públicos o de lo contrario la reforma será solo letra en papel.

En cuanto a la obligación de respetar a los Derechos Humanos puede verse más fácil tal vez porque está en manos de cada uno de los servidores públicos o autoridades a diferencia de la obligación de promover que conlleva dar a conocer, difundir los derechos humanos. La obligación no solo se satisface en la forma de

³⁰⁷ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, No. 247, Enero-Junio, 2007, p. 381.

³⁰⁸ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", op. cit., pp. 594 y 595.

actuar de las autoridades, sino que también implica dar a conocer los derechos humanos. El aparente aspecto más simple, de respetar los derechos humanos a promoverlos no obsta que el Estado no tome acciones positivas para fomentar la educación y cultura en materia de derechos humanos, porque sin estas bases, si no se difunden, si no son conocidos, difícilmente pueden ser respetados.

Por ello, la forma en que está redactado el párrafo tercero, del artículo primero constitucional, siguiendo el orden de obligaciones nos parece adecuada porque no se puede respetar sin primero conocer y para conocer es necesaria la promoción.

La tercera obligación que se establece en el párrafo tercero es la de protección, la cual ya es más acotada porque las autoridades las tiene que llevar a cabo en el ámbito de sus competencias y funciones. Una autoridad no puede interrumpir a otra en sus funciones a menos que así lo establezcan sus facultades, por ello la protección de los derechos por las autoridades se tiene que hacer en su quehacer cotidiano con un buen desempeño conforme a las exigencias de los derechos humanos. El aspecto teleológico de la reforma constitucional es precisamente que las autoridades en cada una de sus acciones respeten los derechos humanos ya que si se actúa en base a esta premisa, si las autoridades acatan la disposición constitucional es posible hablar de una mejor sociedad. La directriz para ello es la educación y cultura en derechos humanos.

La última obligación de la que habla el párrafo tercero, del precepto constitucional en comento va dirigido a órganos más específicos como las Comisiones tanto nacional como estatales de Derechos Humanos³⁰⁹ y el poder

³⁰⁹ El 28 de enero de 1992 se publica en el Diario Oficial de la Federación una reforma al artículo 102 constitucional, adicionándose el apartado B, en el que se establece organismos de protección de Derechos Humanos que conocerán de las quejas por violaciones a derechos humanos reconocidos en la Constitución, en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa. El 13 de septiembre de 1999 se reforma

judicial que son por primacía los que tienen la función de garantizar los derechos humanos, ello es así siempre y cuando partamos de la idea de que garantía son los medios que se tienen para hacer valer los derechos humanos cuando se considera que estos han sido vulnerados³¹⁰.

Si la Constitución habla de garantizar los derechos humanos, debemos estar en el entendido de que la forma más idónea es la justiciabilidad de los mismos, toda vez que la función jurisdiccional es precisamente garantizar los derechos que otorga el sistema jurídico. Todo ello viene a fortalecer que los derechos humanos aun y cuando sean típicos derechos sociales son justiciables y por lo tanto pueden ser exigidos en sede judicial, la realidad había mostrado hasta la fecha, cierta reticencia de los órganos jurisdiccionales en garantizar derechos como la protección de la salud aun y cuando estaba como un derecho constitucional desde 1983.

La adopción de normas constitucionales o tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales generan obligaciones concretas al Estado³¹¹, por lo que las objeciones que surjan sobre la eficacia de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, carecerán de un sustento fuerte, puesto que la propia Carta Magna establece textualmente su aplicabilidad, al igual que los derechos que se encuentran en la Constitución,

nuevamente el artículo 102 en su apartado B, reforma en la que se incorpora que éstos organismos (las Comisiones), no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. Con la reforma en comento, de 10 de junio de 2011, se reforma nuevamente el artículo 102 en su apartado B, que a diferencia de la anterior, en la que limita a las Comisiones, con esta reforma se busca fortalecer las actividades de la Comisión para que las recomendaciones que dicte por violaciones a derechos humanos tengan más peso, obligando a las autoridades a fundar y motivar su negativa en el cumplimiento de las recomendaciones que realicen las comisiones y, en su caso, si así lo solicitan la Cámara de Senadores o las legislaturas de los Estados, a presentarse antes éstas para que explique sobre su negativa.

Así las cosas, como vemos, las Comisiones de Derechos Humanos son organismos para la defensa y garantía de los Derechos Humanos.

³¹⁰ El Doctor Hector Fix-Zamudio al referirse a las garantías constitucionales señala que son aquellas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con el objeto de restaurarlo. Deben considerarse como instrumentos predominantemente de carácter procesal, con funciones de carácter reparador. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, PORRÚA-UNAM, 1999, P. 188.

³¹¹ ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Chistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 19.

convirtiéndose los derechos económicos, sociales y culturales en obligaciones jurídicas reales para el estado³¹². Y aunque en la actualidad todavía encontramos jueces que se resisten a aplicar los instrumentos supranacionales en los casos concretos³¹³ pese a la reforma constitucional en comento, no cabe duda que será el tiempo, los caso planteados y las estrategias de los abogados, los que ayuden a permear a una cultura de respeto a las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.

Debe resaltarse el carácter de supremacía constitucional entendida esta en su dimensión material³¹⁴ que establece la obligación de respetar los derechos humanos, lo que muestra la importancia que se les ha dado, otorgándoles una protección especial para que no sea fácilmente modificada la obligación que tienen las autoridades y por ende el Estado en materia de derechos humanos, esto último, como característica de lo que se ha llamado supremacía formal de la Constitución, porque como lo ha sostenido el Doctor Marcos del Rosario Rodríguez – en la medida que el principio de supremacía constitucional sea cumplido y respetado, ya sea en su dimensión formal o material, se garantiza la integridad de la ley fundamental --³¹⁵ en beneficio de la sociedad como destinatario final.

No cabe duda de que la reforma de 10 de junio de 2011, es de gran envergadura para la sociedad mexicana, ya que con la misma se vincula a los tratados internacionales en materia de derechos humanos para que tengan plena

³¹² En los sistemas donde se ha adoptado bloques de constitucionalidad, la Constitución no posee una primacía en el resto de las normas integrantes del bloque, sino que la comparte junto con los tratados internacionales de derechos humanos. HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F., DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *“El control de constitucionalidad y convencionalidad...”*, op. cit., p. 73.

³¹³ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *“La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”*, op. cit., p. 593.

³¹⁴ La visión de supremacía de la Constitución como ente material, ha permitido la protección progresiva de principios y derechos fundamentales –aun cuando no estuviesen reconocidos explícitamente por la Ley Fundamental– que han beneficiado a la sociedad en su gran mayoría. DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco, *“La supremacía constitucional y su evolución jurisprudencial en México”*, México, ARS IURIS, número 43, 2010, p. 15.

³¹⁵ DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco, *Ibidem*. p. 23.

observancia en el estado mexicano, cosa que esperamos así sea, porque nuestro país ha sido renuente en el cumplimiento de los derechos humanos previstos en tratados internacionales, a menos así lo marca nuestra historia. En efecto, no obstante al contenido de lo que establece el artículo 133 de la Constitución, que señala la obligatoriedad de los tratados internacionales de los que México es parte, en la práctica no había sucedido así, situación que no ha pasado solo en nuestro país. La forma en que se ha logrado que los derechos humanos contenidos principalmente en los tratados internacionales se apliquen en los estados parte, es una vez que se reforma la Constitución para establecer como parte de la misma a dichos tratados, tal es el caso de Argentina que a partir de las reformas constitucionales que integran a los tratados internacionales de derechos humanos como parte suya, la Corte Suprema comienza a realizar sentencias basadas en el contenido de la normatividad internacional por ser en la mayoría de los casos más garantistas³¹⁶ y que hoy en día México se suma. En la práctica procesal constitucional la Corte Suprema argentina aplica de manera directa los criterios judiciales de los tribunales internacionales³¹⁷.

Respecto a los principios que deben tomar en cuenta las autoridades como obligaciones que les impone la Constitución para el respeto de los derechos humanos, tratándose de los derechos sociales, es de vital importancia el principio de progresividad que ya se trató en el capítulo primero del presente trabajo, con este principio se le prohíbe retroceder en la cobertura los niveles alcanzados de los derechos, cobra importancia este principio porque no hay que pasar por alto que cuando la obligación que se exige del estado es positiva e implica costos, lo que

³¹⁶ La última reforma constitucional argentina en el año de 1994, establece en el artículo 75, inciso 22 que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional.

³¹⁷ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, op. cit., p. 17.

generalmente buscan las autoridades es reducir las prestaciones que se han obtenido, un ejemplo puede ser en el caso del derecho a la protección de la salud la reducción del presupuesto que se ha venido otorgando por darle prioridad a otros rubros, como se observó páginas atrás, lo que se reflejará en reducción de las prestaciones. Por eso es imprescindible conocer tanto el derecho interno como el que se contiene en los tratados internacionales de derechos humanos, tal es el caso del principio de progresividad y la prohibición de regresividad que nos ayuda a no permitir tan fácilmente que los gobiernos tomen medidas regresivas en el goce de los derechos sociales, máxime que hoy en día se ha aceptado la aplicación del derecho y criterios jurisdiccionales internacionales en forma directa para los operadores jurídicos en nuestro país. Todo aquello que permita el perfeccionamiento de la protección efectiva de los derechos del hombre debe considerarse como la consolidación de valores constitucionales implícitos en el sistema mexicano³¹⁸.

3.3. La similitud entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han estigmatizado diferencias entre los derechos civiles y políticos por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales por el otro. Como ya hemos apuntado, los derechos de abstención como se identifica a los primeros y de prestación a los segundos no son exclusivos de cada uno, sino que son más bien características compartidas. La resistencia del Poder Judicial a resolver cuestiones de apariencia típicamente políticas, la ausencia de mecanismos jurisdiccionales adecuados, la falta de una

³¹⁸ GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El proceso de habeas corpus y los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 71.

tradición en la justiciabilidad³¹⁹, es lo que ha provocado que los derechos sociales no tengan una efectiva garantía en su protección.

La doctrina dominante hasta antes de que se diera el desarrollo de ver a la Constitución como una norma jurídica mencionaba que los derechos sociales aun y cuando estuvieran constitucionalmente reconocidos solo eran principios programáticos³²⁰, porque las constituciones son consideradas documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos³²¹, de los cuales se acepta la exigibilidad al Estado en la vía judicial. De acuerdo a esta visión éstos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado.

El principal argumento que se ha sostenido para diferenciar entre derechos civiles y políticos por un lado y los sociales por el otro, radica en que según, los primeros generarían únicamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos sociales implican el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos debe solventarse con recursos del erario público³²².

Esta idea que permeo tanto en la doctrina como en la judicatura es la que ha imposibilitado el desarrollo de los medios de garantía y el reclamo de los derechos sociales, postura de la que Víctor Abramovich y Chistian Courtis sagazmente señalan que está basada más que en una fuerte diferencia, en una errónea

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, prólogo del libro, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed. Madrid, Trotta, 2004, p. 12.

³²⁰ El Ministro José Ramón Cossío menciona que la introducción de los derechos sociales tenían más un propósito legitimador que un verdadero intento por mejorar las condiciones de los más necesitados a través de prestaciones sociales. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Los derechos sociales como normas programáticas", en *Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, México, Porrúa, 1999, p. 120.

³²¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.

19.

³²² Véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 21.

apreciación. Es falso que los derechos civiles y políticos impongan obligaciones de abstención y no impongan obligaciones de acción y dación al Estado; como también es falso que los derechos económicos, sociales y culturales no impongan obligaciones de abstención a cargo de los agentes estatales³²³.

En consecuencia, la distinción entre garantías de los derechos civiles o de libertad y las garantías propias de los derechos sociales, es política más de grado que de fondo³²⁴.

Atendiendo a la característica que se les han atribuido a los derechos civiles y políticos en cuanto obligaciones negativas, se agotaría en un no hacer por parte del Estado, mientras que los derechos sociales obligan al Estado a hacer, es decir, a brindar acciones positivas³²⁵. Estas distinciones están basadas en una visión totalmente sesgada³²⁶, la postura más relevante para quienes sostienen la justiciabilidad de los derechos civiles y políticos y la no justiciabilidad de los derechos sociales es el carácter de abstención que se les atribuye a los primeros y de prestación a los segundos, cuando en realidad, la diferencia se tiene en el momento en que surgen. Para aclarar este punto hay que recordar que los derechos civiles y políticos surgen en el Estado liberal y los derechos sociales en el Estado social, de tal forma que el surgimiento de estos derechos se da con filosofías totalmente distintas en la forma de comprender a la sociedad y el Estado. Tomando este dato y la influencia que ha tenido la corriente decimonónica que privilegia los derechos de corte individual o mejor dicho del individualismo tenemos el motivo de

³²³ CORCUERA CABEZUT, Santiago, "Derechos sociales exigibles", CALVA, José Luís (Coordinador) *Derechos y políticas sociales*, México, H. Cámara d Diputados, LX Legislatura, Universidad Autónoma de México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 61.

³²⁴ IBARRA MUÑOZ, David, "Derechos humanos y realidades sociales", CALVA, José Luís (Coordinador) *Derechos y políticas sociales*, México, H. Cámara d Diputados, LX Legislatura, Universidad Autónoma de México, Miguel ángel Porrúa, 2007, p. 33.

³²⁵ En este sentido ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chistian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., P. 21 y 22.

³²⁶ Ibidem, p. 23.

la reticencia a la justiciabilidad de los derechos sociales más que en las diferencias que se les atribuye.

3.4. El derecho a la protección de la salud y sus dos dimensiones

El derecho a la protección de la salud tiene dos dimensiones para el Estado, por un lado, una obligación negativa; y, por el otro, la obligación positiva, es decir; el Estado tiene la obligación de no dañar, de que las acciones que realiza no atenten contra la salud, misma que se puede ver afectada por ejemplo, por una empresa paraestatal que está arrojando contaminantes al cauce de un río, acción que se traduce en una obligación de “no hacer”; otro ejemplo, puede ser en la actuación que realiza el Estado a través de la policía donde existe la obligación de no causar lesiones al ciudadano o de lo contrario se estará afectando la salud, como vemos, todas estas acciones se traducen en un “no hacer” por parte del Estado.

Otra de las dimensiones es la acción positiva que se identifica con una prestación a cargo del Estado para garantizar la salud, por lo que ahora se trata no de una abstención en la conducta, sino, de una acción, un hacer a través de toda una gama que el Estado está en posibilidades de realizar para proteger la salud a través de la prevención, atención médica y la rehabilitación, entre otras. Para ello sin lugar a dudas, se requiere de un gran aparato donde el Estado tiene que destinar presupuesto para poder ofrecer un servicio en salud. Sin embargo, contrario a lo que se ha afirmado, el derecho a la protección de la salud no se integra solo por una acción positiva, sino que en algunos casos para garantizar la protección de la salud también requiere de “un no hacer”, como se señaló con antelación.

El objeto de un derecho fundamental son aquellas acciones u omisiones de otro que constituyen el contenido de una norma de derecho fundamental – y de la

obligación jurídica fundamental - y cuyo cumplimiento es necesario para la realización del derecho³²⁷. La diferencia entre acciones negativas y positivas es el criterio principal para la división de los derechos a algo según sus objetos³²⁸.

3.4.1. La abstención por parte del Estado

Arango sostiene que las acciones del Estado (omisiones) en forma del no impedimento o la no limitación de ámbitos de libertad de la persona están descartados como objeto de los derechos sociales fundamentales³²⁹.

Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa en la estructura de estos derechos la existencia concomitante de no hacer³³⁰; es decir, una obligación que exige una conducta pasiva: no hacer, no interferir, no estorbar, no lesionar³³¹, abstenerse a realizar acciones que lleven consigo la violación de derechos que en el caso que nos ocupa es la salud. Así tenemos que el Estado debe abstenerse de otorgar licencias para hacer viviendas en un área de reserva ecológica o de lo contrario se perjudica el medio ambiente y de forma indirecta la salud; también se debe abstener de otorgar licencias a empresas que elaboran alimentos y que no cumplen con la calidad o normas oficiales que establecen controles para que los productos no dañen al consumidor y tenga como consecuencia un perjuicio en la salud.

En los casos planteados vemos la necesidad de que el Estado se abstenga de otorgar licencias; porque realizar acciones en tales casos implicaría atentar

³²⁷ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 108.

³²⁸ ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. castellana por GARZÓN VALDEZ, Ernesto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 188.

³²⁹ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 112.

³³⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.25.

³³¹ ADAME GODDARD, Jorge, "Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad, en CARBONELL, Miguel, (coordinador), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 61.

contra el derecho a la protección de la salud, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos³³².

3.4.2. La acción positiva por parte del Estado

Como se ha observado, los derechos sociales y en el caso concreto el derecho a la salud, para su cumplimiento, se exige al Estado tanto una acción negativa como una positiva, no obstante, la garantía de este derecho está constituida más por una acción positiva. Cuando se habla de “derechos a prestación” se hace referencia, por lo general, a acciones positivas fácticas³³³. La prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho³³⁴ a la protección de la salud, que abarca la salud médica, salud pública y asistencia social principalmente, para lo cual se requiere contar con presupuesto para poder hacer frente a una obligación de tal envergadura.

Los derechos de los ciudadanos frente al Estado a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el de aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa³³⁵.

La obligación que tiene el Estado en cuanto acción positiva no se inicia con la prestación de un servicio como la atención médica, sino que esta inicia por el cumplimiento de la expedición de normas en las que se establezca el derecho, así como la forma de llevarlos a cabo en manera adecuada; es decir, el estado debe contar con un sistema normativo que garantice adecuadamente el derecho a la protección de la salud.

³³² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.41.

³³³ ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 195.

³³⁴ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, op. cit., p.25.

³³⁵ ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 194 y 195.

El jurista Luigi Ferrajoli señala:

...la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad, representan en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio³³⁶.

Este aspecto no se cumple con el solo hecho de que existan normas (leyes y reglamentos), sino que estos deben ser idóneos para hacer valer el derecho, si el Estado no cumple con ello, estaremos ante una violación del derecho por omisión³³⁷ por no adoptar medidas apropiadas como lo indica el PIDESC, la propia Constitución y las Observaciones Generales del Comité de la ONU que consisten principalmente en normatividad adecuada y la existencia de políticas para dar cumplimiento a las mismas.

Rodolfo Arango siguiendo la postura de Robert Alexy señala que de una disposición de derecho fundamental pueden justificarse varios derechos fundamentales, pero una disposición jurídica también puede justificarse mediante la unión de varias disposiciones normativas, como sucede en los derechos sociales fundamentales³³⁸, a través de una interpretación sistemática de la norma.

La diferencia entre los derechos a prestaciones explícitamente estatuidos y los interpretativamente adscriptos es, sin duda importante³³⁹, porque los primeros son más fáciles de desarrollarse y de obtener menores objeciones.

Por otro lado tenemos que, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones

³³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p 16.

³³⁷ En este sentido véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.80.

³³⁸ Véase AGANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 120

³³⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., nota ___, p. 483.

que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones³⁴⁰, pero esto es un aspecto menor al grueso de la obligación.

De modo que cumplida en parte la obligación de tomar medidas para garantizar estos derechos, aun y cuando no sea el Estado quién esté dando el servicio, queda abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho³⁴¹ o por no tener el cuidado necesario para regular a particulares que prestan el servicio, como en los casos de hospitales privados.

Rodolfo Arango señala que aquello que es necesario para el cumplimiento del derecho a una acción jurídica positiva consiste en un único acto de conducta, el establecimiento de una norma, que es el objeto del derecho; mientras que las acciones fácticas del Estado presuponen su posibilidad jurídica³⁴², entendido como aquello que establece la norma se lleve a cabo en los hechos.

Los estados tienen además la obligación de brindar recursos judiciales y otros recursos efectivos. Se trata a nuestro entender de otras de las obligaciones que los Estados deben adoptar en forma inmediata³⁴³. Todo ello contemplando los casos en los que el Estado no cumpla con sus obligaciones porque, la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho³⁴⁴.

3.5. El derecho a la protección de la salud como derecho individual

No es que los titulares de los derechos individuales sean los individuos y la titular de los sociales la sociedad. La sociedad no es persona, y no puede ser sujeto

³⁴⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.43

³⁴¹ En este sentido véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Idem*.

³⁴² ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 109 y 110.

³⁴³ En este sentido véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.85.

³⁴⁴ En este sentido Víctor Abramovich y Christian Courtis siguiendo las ideas de F. Contreras Peláez. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Chistian, *Ibidem*, p.25.

de derechos y obligaciones. Los derechos colectivos encuentran su titularidad en los individuos particulares³⁴⁵. El derecho a la protección de la salud es un derecho social que puede hacer valer la persona en lo individual, con efectos netamente particulares.

La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por falta de producción de una vacuna³⁴⁶ o bien, porque no se le ha dado la atención médica y el tratamiento adecuado a su padecimiento por las instituciones públicas obligadas.

Su titular es el sujeto concreto, el individuo, la persona física, que en ocasiones se reúne o se asocia para ejercer algunos derechos, que de otro modo no podrían hacerse efectivos³⁴⁷. No obstante la complejidad del derecho a la protección de la salud lo hace multifacético porque habrá ocasiones en las que el derecho sea más de tinte colectivo.; sin embargo, su carácter individual esta dado más en los casos relativos a la atención médica.

3.6. El derecho a la protección de la salud como derecho colectivo

Como se ha dicho, dependiendo del alcance de la protección a la salud que se reclame, el derecho será de carácter individual o colectivo, la atención médica en cuanto parte del derecho a la protección de la salud es por primacía individual. Sin embargo, el derecho es de índole colectivo cuándo se reclama la instalación de un centro de salud, que se otorgue el equipo necesario para dar el servicio, la disponibilidad de medicamentos, disponibilidad de presupuesto, entre otras cosas.

³⁴⁵ CORCUERA CABEZUT, Santiago, "Derechos sociales exigibles", op. cit., p. 57.

³⁴⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.43.

³⁴⁷ CORCUERA CABEZUT, Santiago, "Derechos sociales exigibles", op. cit., p. 58.

El carácter colectivo está dado cuando el derecho reclamado no solo beneficia a la persona en particular, sino que sus efectos son de índole general para un cierto sector de la población. La doctrina y la legislación han señalado que las acciones colectivas son procedentes para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos de naturaleza indivisible y derechos e intereses individuales de incidencia colectiva³⁴⁸.

Para el caso del derecho a la protección de la salud habrá ocasiones en las que el reclamo verse sobre un derecho de interés individual con incidencia colectiva, tal es el caso de que el planteamiento sea exigir que determinado medicamento esté disponible en los centros de salud³⁴⁹, o bien, puede ser el caso del reclamo a la protección de la salud por falta de un centro de salud en un lugar alejado³⁵⁰ que se traduce en un derecho a la protección de la salud de índole colectivo.

Si ha sido difícil y hasta hoy no totalmente aceptada la obligación del Estado en garantizar el derecho a la protección a la salud al no considerarse durante mucho tiempo un derecho subjetivo, más difícil es tratándose de un reclamo a la protección de la salud de carácter colectivo. La regulación sobre acciones colectivas en nuestro país no ha sido desarrollada adecuadamente; a pesar de que la Constitución ya habla de este aspecto, al señalar que el Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas a partir de la reforma al artículo 17 constitucional publicado en el DOF el 29 de julio de 2010. Sin embargo, el Código

³⁴⁸ Antonio Gidi señala: Algunos autores distinguen entre “acciones de clase” (*class actions*), “acciones civiles públicas” (*parens patriae civil actions*) y acciones de organizaciones o asociaciones (*organizacional actions o associational actions*). De acuerdo con esta distinción, las acciones de clase son promovidas por los miembros del grupo, las acciones civiles públicas son promovidas por agentes del gobierno y las acciones de organizaciones son promovidas por asociaciones. Sin embargo, el tipo de demandante que representa al grupo en una acción colectiva es un aspecto solamente incidental, porque lo que distingue a una acción colectiva de una acción individual es su aptitud de proteger el derecho de un grupo. GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México, UNAM, 2004, PP. 31 Y 32.

³⁴⁹ En este sentido, el Amparo en Revisión 2231/97, que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que se pedía que determinados medicamentos recientemente descubiertos y que tenían un mejor resultado, formaran parte del Cuadro Básico de Medicamentos del Sector Salud.

³⁵⁰ Tal es el caso Mini Numa que se presentó en el juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero, con residencia en Chilpancingo.

Federal de Procedimientos Civiles ya establece un capítulo sobre acciones colectivas en los artículos 578 a 584³⁵¹. La problemática la encontramos al ver que en la Ley General de Salud no hay precepto que disponga textualmente que el Código Federal de Procedimientos Civiles sea aplicable supletoriamente a la misma.

Sin embargo la Suprema Corte ha dicho que el derecho consagrado en el párrafo cuarto del artículo cuarto de la Constitución es un derecho exigible en la vía de amparo y, dicha ley en su artículo segundo dispone que el Código Federal de Procedimientos Civiles sea de aplicación supletoria.

En cuanto estrategia para litigar asuntos en materia de derechos sociales que impliquen una prestación de alto peso al Estado y exista una actitud negativa en garantizarlos, se ha dicho que una posibilidad, si no existen otras soluciones es la de constituir un litisconsorcio o acumular acciones de reclamo similares, de tal modo que el número de litisconsortes o pleitos acumulados fuerce al Estado a adoptar una solución que, deba necesariamente beneficiar a la clase entera³⁵². El reconocimiento de bienes comunes (o sea de nosotros, y no solo el bien mío o el tuyo) supone una tarea de obtención o conservación que nos remite a un saber concreto y circunstanciado al que en clave aristotélica llamamos “prudencia política”³⁵³, de ahí que la actuación trasciende del interés particular para involucrar el interés de toda la colectividad³⁵⁴. Muchos problemas de salud son por lo tanto, visto como algo social, más que como problemas solamente individuales³⁵⁵.

³⁵¹ Reforma publicada en el DOF 30 de Agosto de 2011.

³⁵² Véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.153.

³⁵³ VIGO, Rodolfo Luís, “Teoría jurídica discursiva no positiva de Robert Alexy”, en *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, VIGO, Rodolfo L. (Coord.), México, Fontamara, 1ª Ed. Corregida, 2008, p. 129.

³⁵⁴ VALLARTA PLATA, José Guillermo, *La Corte Interamericana de Justicia y los Derechos Humanos en México*, México, Porrúa, 2003, p. 173.

³⁵⁵ PARRA NUÑOZ, Verónica, “Diagnósticos estatal 2011”, en *Revista Altamirano*, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri LIX Legislatura, H. Congreso del Estado de Guerrero, Año 9, Sexta Época, Abril-Junio 2011, No. 41, p. 19.

3.7. Principales problemas para la exigencia del derecho a la salud en sede judicial

La exigencia del derecho a la salud en sede judicial no ha sido tan recurrente por varios problemas a los que hay que hacer frente y, de los cuales ya hemos hablado en el presente trabajo, sin embargo, en este apartado se hace con más precisión, enfocándonos en los siguientes.

3.7.1. Falta de determinación del derecho

Se ha dicho que un primer obstáculo del derecho a la salud es la falta de especificación de su contenido y su titularidad en cuanto derecho identificado como económico, social y cultural en el ámbito internacional y, como derecho social en el sistema interno³⁵⁶; sin embargo, si nos vamos al campo de los tratados internacionales, este problema no es solo de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que también de los civiles y políticos. Ahora que si nos ubicamos en el derecho interno y específicamente en la Constitución, todos los derechos contenidos en ella son con un lenguaje general y por ende no preciso.

La determinación del contenido de un derecho de raigambre constitucional de cualquier índole se ve afectado por el mismo inconveniente, que radica, en el fondo, en la vaguedad característica del lenguaje natural en el que se expresan³⁵⁷ los derechos constitucionales, de tal forma que su especificación se da en las leyes reglamentarias.

³⁵⁶ En este sentido véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 122.

³⁵⁷ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *idem*.

No obstante esta problemática, en el caso de México podemos decir que hasta cierto punto, ha sido superado porque contamos con la Ley General de Salud que es precisamente reglamentaria del derecho a la protección de la salud que otorga la Constitución. Ya en el segundo capítulo se analizó el contenido de esta ley, concluyendo que el derecho que desarrolla es amplio, ya que la protección va desde las actividades preventivas, curativas, paliativas y de rehabilitación, así como la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales; sin embargo, el problema sigue siendo como reclamar su cumplimiento por el justiciable cuando la norma no establece cómo, no obstante a ello, es posible demandar al Estado el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Constitución y la Ley General de Salud, vía amparo, máxime cuando en la Ley General de Salud se desarrollan cuáles son las obligaciones estatales tratándose de la garantía de la protección de la salud.

Que en el cumplimiento del objeto de los derechos fundamentales entre en juego la libertad de configuración del legislador, no significa que en el caso de su actividad--como ya se demostró—no exista un derecho fundamental a proteger³⁵⁸. Parafraseando a Radbruch cuando hace referencia a las leyes en el sistema nazi “hay leyes que no son derecho y hay derecho por encima de las leyes”³⁵⁹.

3.7.2. Falta de recursos judiciales efectivos para su justiciabilidad

A lo largo del presente trabajo se ha venido sosteniendo la postura de la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, así como de la obligación del Estado de establecer recursos judiciales efectivos. Esta es la postura que ha

³⁵⁸ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 111.

³⁵⁹ Véase VIGO, Rodolfo Luís, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, en *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, VIGO, Rodolfo L. (Coord.), México, Fontamara, 1ª Ed. Corregida, 2008, p. 40.

manejado el Comité al señalar que si bien es cierto que el PIDESC no contempla en forma expresa esta obligación a diferencia del PIDCP que sí lo hace, dicha obligación se encuentra a través de una interpretación del artículo 2.1 del PIDESC al concordar con los Principios de Limburgo (principio 19) y los Principios de Maastricht (principio 22)³⁶⁰.

Es preciso señalar que aun y cuando el Comité había sostenido esta postura, limitaba la obligación de brindar recursos judiciales a los derechos que pueden ser justiciables de acuerdo al derecho interno, en pocas palabras, si un derecho contenido en el Pacto no figuraba en el derecho nacional, el Estado no tenía la obligación de desarrollar recursos efectivos para su exigibilidad, postura que generaba debilidad al Pacto porque el justiciable no podía exigir un derecho del PIDESC mientras el estado no la desarrollara internamente quedando la obligación internacional que impone el propio pacto en letra muerta.

Como dice Abramovich y Courtis, Afortunadamente el Comité rectifica esta postura, pues los estados tenían la excusa perfecta para no cumplir con la obligación que adquiriría en el PIDESC, de tal forma que en la Observación General Número 9 estableció que si un derecho no se puede ejercer sin la intervención del Poder Judicial es necesario establecer recursos judiciales para su exigencia y que aun y cuando se tome en cuenta la particularidad de cada sistema jurídico (refiriéndose al derecho interno de cada Estado), no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas jurídicos por lo menos algunas dimensiones significativas de justiciabilidad³⁶¹.

³⁶⁰ Observación General 3, Punto 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁶¹ Observación General Número 9, punto 10 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

No obstante a que líneas atrás hemos hecho énfasis a las similitudes entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, hay que tener claro las particularidades que existen entre ellos. Las similitudes son en el sentido de que ambos derechos exigen acciones positivas y erogaciones por parte del Estado; pero cada uno encierra aspectos propios que requiere la necesidad del desarrollo de sus propios mecanismos.

En efecto, hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad³⁶². Una de las dificultades para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquellos³⁶³, estos derechos tienen un diseño para su exigencia que es de carácter individual, mientras que los derechos sociales y en el caso concreto, el derecho a la salud requieren en varias ocasiones de recursos judiciales que sean de carácter colectivo como en el ejemplo del daño a la salud por contaminantes que emite una empresa del Estado, incluso no solo cuando sea este el caso sino cuando una empresa privada contamina y daña a la salud tomando en cuenta que el Estado tiene la obligación de reglamentar las actividades de las empresas privadas cuidando el interés general y el medio ambiente. Así pues, el reconocimiento de *lagunas* generadas por el incumplimiento de las obligaciones positivas constitucionalmente impuestas al legislador indica, generalmente, no sólo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía³⁶⁴

³⁶² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 30.

³⁶³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.87.

³⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 29.

Nuestro país afortunadamente ha avanzado en este aspecto al establecer la procedencia de las acciones colectivas adicionando un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución publicado en el DOF el 29 de julio de 2010; el párrafo señala esencialmente que: “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas”, desafortunadamente esta ley se ha quedado en el congelador.

El decreto estableció en el artículo segundo transitorio, que el Congreso de la Unión debía realizar las adecuaciones legislativas en un plazo máximo de un año a partir del inicio de su vigencia y a la fecha aun no contamos con estas adecuaciones, no obstante, esta situación no es impedimento para que no procedan las acciones colectivas porque como se comentó en el capítulo primero, la Constitución es norma suprema y tiene un contenido mínimo esencial que se puede hacer valer sin que existan las leyes reglamentarias que lo regulen; sin embargo, lo que nos interesa discutir es como deberían actuar los jueces cotidianamente, a partir de aquél mandato normativo³⁶⁵. Nos queda claro que mientras no se expidan las leyes en materia de acciones colectivas, no tenemos reglas claras, sin embargo los jueces deben resolver con tendencia de realizar la interpretación constitucional más amplia y garantista, que en este caso es dar paso a las acciones colectivas aun y cuando no existan las leyes a que hace referencia la propia Constitución³⁶⁶.

Además a partir de agosto de 2011 los casos de acciones colectivas pueden plantearse tomando como punto de referencia lo dispuesto en el capítulo de acciones colectivas del Código Federal de Procedimientos Civiles que hemos referido.

Ciertamente el Poder Judicial no es el que debe ser el principal actor en el desarrollo y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales y máxime

³⁶⁵ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 118.

³⁶⁶ Principio *s pro personae* y *contenido mínimo esencial*.

cuando su garantía implica a las políticas públicas que es área de los poderes políticos³⁶⁷ (ejecutivo y legislativo), pero la existencia de los derechos por un lado y la obligación del estado por el otro, así como la falta de cumplimiento del mismo, es lo que abre camino a que el Poder Judicial pueda conocer asuntos en los que se reclamen derechos que implican decisiones de políticas públicas. Por esta razón, tiene sentido afirmar que la fuerza de la argumentación *contra* la aceptación de una discrecionalidad es tanto mayor cuanto mayor sea la intensidad de la intervención en el derecho fundamental³⁶⁸.

En cuanto a los planteamientos de violaciones y de exigencia de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dadas las escasas posibilidades de justiciabilidad directa por no haberse provisto mecanismos de petición individual en los respectivos tratados, los casos planteados ante organismos internacionales por este tipo de derechos se han dado a través de la invocación de violaciones a derechos civiles y políticos³⁶⁹; es decir, estamos ante lo que se ha llamado exigibilidad indirecta, verbigracia, el derecho a la protección de la salud en organismos o tribunales internacionales puede ser reclamado a través de la exigencia del derecho a la vida, en pocas palabras, se reclama que se está vulnerando el derecho a la vida porque no se ha garantizado la protección de la salud y si no se han tomado las medidas necesarias para ello, la vida está en riesgo.

Se aprovechan los mecanismos de tutela más extensa o las ventajas procesales que brinda otro derecho³⁷⁰ para los reclamos de los derechos

³⁶⁷ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p.118.

³⁶⁸ AFONSO DA SILVA, Virgilio, "Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes", Colección Filosofía y Derecho, MORESO MATEOS, José Juan (dir.) FERRER BELTRÁN, Jordi (dir.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 253.

³⁶⁹ Véase en este sentido ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 168

³⁷⁰ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Idem.

económicos, sociales y culturales, también conocidos en el derecho interno como derechos sociales.

Otro de los mecanismos que se pueden utilizar para el reclamo del derecho a la salud en sede judicial, ante la falta de recursos eficaces para los derechos sociales es el relativo al *debido proceso*.

La estrategia consiste en la denuncia de la omisión del Estado de garantizar el acceso a la Justicia, proveer recursos judiciales efectivos para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales y asegurar, con relación a estos derechos, procesos con las debidas garantías³⁷¹, versando el reclamo directo sobre un derecho contemplado en el catálogo de los Derechos Civiles y Políticos, así como en la Constitución de casi todos los estados. Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos³⁷².

3.7.3. Su vinculación con políticas públicas

El lado más astilloso del derecho a la protección de la salud, es precisamente su vinculación con las políticas públicas y por ende la disposición de los recursos económicos. De tal forma que de conformidad a la división de poderes, las políticas públicas son tarea de los poderes políticos y no del poder judicial, por ello lo delicado de tratar estos temas en sede judicial.

³⁷¹ Ibidem, pp. 189 y 190.

³⁷² VALLARTA PLATA, José Guillermo, *La Corte Interamericana de Justicia y los Derechos Humanos en México*, op. cit., p. 285.

Cuando hablamos de que los derechos pueden ser reclamados en sede judicial como es el caso del derecho a la protección de la salud es porque el propio poder judicial en su quehacer de garante de los derechos tiene la obligación de conocer y resolver sobre estas exigencias, en primer lugar porque son derechos que existen en el sistema normativo y, si existe el derecho existe una obligación que en este caso es del Estado; en segundo, porque debe garantizar que se cumpla lo que el poder político establece en normas jurídicas como derechos. La fuerza del principio de competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada³⁷³.

Los jueces no sustituyen a los poderes políticos en la elección concreta de la política pública diseñada para la satisfacción del derecho, sino que examinan la idoneidad de las medidas elegidas para lograr esa satisfacción³⁷⁴, en base a técnicas argumentativas, principalmente con la proporcionalidad y la ponderación, máxime cuando se trata de determinar entre varias opciones cual es más correcta, y, es precisamente aquí donde entramos a esa línea tan delgada en donde se divide entre juzgar las medidas tomadas por el poder político vinculadas con políticas públicas y diseñar políticas públicas que es competencia de los poderes políticos; por ello, el poder Judicial debe juzgar entre la idoneidad de las medidas tomadas por los otros poderes por primacía, es decir, si con esas medidas se cumplen las obligaciones que tiene el Estado y no diseñar políticas públicas.

Esta relación con las políticas públicas ha hecho que el Poder Judicial sea restrictivo en su facultad de juzgar sobre asuntos que pueden calificarse como decisiones políticas³⁷⁵, lo que genera un problema en la exigencia del derecho a la protección de la salud ya que el poder político no toma las medidas adecuadas para

³⁷³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. Cit., p. 495.

³⁷⁴ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2ª Edición, 2004, p. 126.

³⁷⁵ Véase en este sentido ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Ibidem*, p. 127.

garantizar el derecho, esperando a que sus reclamos sean desechados en sede judicial, porque se dice, en términos generales, que un proceso judicial no es el escenario más adecuado para discutir aquellos temas³⁷⁶, que llevan inmerso decisiones de políticas públicas.

De tal forma que la vinculación con las políticas públicas, actividad reservada al ejecutivo y legislativo hace que los reclamos a la protección de la salud en sede judicial no sean tan fácilmente aceptados, sobre todo cuando la garantía del derecho implica obligar a que se tomen acciones más que juzgar si la decisión tomada por los otros poderes es la correcta; sin embargo, que el poder judicial resuelva estas cuestiones es necesario en ocasiones para ver realizada la protección a la salud como derecho.

Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador, a menudo lo hace de una forma incomoda para éste y, a veces, afecta también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos³⁷⁷ y no por ello, necesariamente tiene que haber conflicto competencial.

3.7.4. La falta de difusión y control judicial (pocos casos planteados)

Culturalmente tanto por el lado de los juzgadores como de los abogados tenemos marcado un aspecto, la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos—en especial en los casos de derechos que se definen fundamentalmente por una prestación, como los derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros— a través de mecanismos judiciales³⁷⁸. Son varios los factores que influyen en la falta

³⁷⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Idem.

³⁷⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 495.

³⁷⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 131.

de reclamo de estos derechos en sede judicial y uno de ellos es el hecho de que no hay difusión en la evolución que se ha dado en el reclamo de los derechos sociales.

Pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran estos derechos³⁷⁹, en un inicio se negó que pudieran ser objeto de reclamos al Estado por considerarse como tan solo normas programáticas, afortunadamente esta postura ha cambiado principalmente por el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en los tratados internacionales, así como el inicio de planteamientos de reclamos del derecho a la salud ante el Poder judicial que en 1999 dio un gran paso en nuestro país, determinando la Suprema Corte que era un derecho subjetivo exigible judicialmente³⁸⁰. A pesar de este gran paso, el derecho a la salud no ha tenido el auge que debería, principalmente porque no se ha difundido que es posible reclamarlo vía judicial. Las víctimas de estas violaciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo—como la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, entre otras--³⁸¹, reclamos que en esta vía desafortunadamente no son escuchados o a veces se quedan en las promesas, siendo la vía judicial la que puede generar obligación de peso para que obligue a los poderes políticos del Estado a cumplir sus obligaciones.

Por el otro lado, tenemos la falta de costumbre del poder judicial en resolver sobre derechos que implican una fuerte vinculación con políticas públicas; es decir, cuando el derecho que se reclama es por falta de una prestación. En estos casos existe una fuerte resistencia por parte de los miembros del Poder Judicial para conocer y resolver sobre este tipo de asuntos, tan es así que en el año 2009, algunos integrantes del Poder Judicial de la Federación en sus publicaciones siguen

³⁷⁹ Idem.

³⁸⁰ Amparo en Revisión 2231/97, que resuelve el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 25 de octubre de 1999.

³⁸¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 131.

manteniendo la postura de que el derecho a la salud no es un derecho exigible porque aun y cuando este contenido en la Constitución es una norma programática dirigida al poder político, lo que nos muestra que a más de diez años de que la Corte resolvió que la protección de la salud es un derecho justiciable, parte del poder judicial sigue manteniendo la idea de que no pueden ser reclamados en sede judicial.

No existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por vía judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la articulación de un reclamo colectivo³⁸². Todo derecho implica diferentes niveles de obligaciones: una obligación de respetar el derecho, una obligación de proteger y una obligación de satisfacer el derecho³⁸³. De tal forma que si existe un derecho que la Constitución ha garantizado y que en forma clara se establece la obligación del Estado, el juez debe conocer y resolver del caso no obstante su relación con las políticas públicas, eso sí, teniendo cuidado con la forma de resolver, velando siempre porque se cuide las relaciones competenciales de cada poder, sin que ello implique la imposibilidad de condenar al Estado y obligarlo a tomar acciones para reparar el reclamo, señalando a los poderes políticos lo que deben hacer para cumplir con el imperativo constitucional o bien señalar cuál es la forma más adecuada, aspectos todos ellos, que hacen complejo el reclamo de este tipo de derechos y por ello la resistencia. Sin embargo, se ha notado que cuando el contenido de la conducta debida por el Estado resulta fijado normativamente, el Poder Judicial parece menos reticente a obligarlo a cumplir con dicha conducta, aunque de ello se deriven consecuencias presupuestarias³⁸⁴ que influyan en las

³⁸² Ibidem, pp. 132 y 133.

³⁸³ Ibidem, p. 133.

³⁸⁴ En este sentido véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Idem, p. 142.

políticas públicas tomadas, donde puede fijar incluso plazos para su cumplimiento y las respectivas sanciones en los casos omisos³⁸⁵.

3.8. Una alternativa para la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud. La delimitación del derecho para evitar objeciones de conformidad con la tesis de Rodolfo Arango

Tomando en consideración que entre las principales objeciones que se han dado para la procedencia de la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud se encuentra la generalidad o indeterminación³⁸⁶ con la que se establece este tipo de derechos, así como su vinculación con políticas públicas y el “alto” costo que implican. Después de haber tocado el tema de la similitud entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales como un aspecto que facilita su justiciabilidad, ahora seguiremos otra postura que puede contribuir a ello.

Rodolfo Arango en su libro el concepto de los derechos sociales fundamentales señala como alternativa delimitar el derecho; es decir, desarrollar un concepto de derecho subjetivo apropiado para derechos constitucionales y establecer en cierto modo, condiciones para la procedencia de un reclamo judicial, claro está, esto a falta de norma reglamentaria que desarrolle el derecho constitucional, de tal forma que entraremos a su estudio por el tema que nos ocupa que es la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud.

Este autor señala que en las constituciones democráticas se presupone la autonomía del individuo, que no es posible determinar *a priori* cuando se puede exigir la intervención del Estado a favor de los individuos y, que por eso los derechos sociales fundamentales, en una constitución democrática, solo pueden ser

³⁸⁵ Véase el caso argentino viseconte en ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Chistian, Ibidem, p, 146.

³⁸⁶ La dogmática de los derechos fundamentales, en tanto disciplina práctica, apunta, en última instancia, a la fundamentación racional de juicios de deber ser de derechos fundamentales concretos. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 39.

derechos condicionados³⁸⁷. Tales consideraciones tienen como punto de partida, que en las actuales constituciones la autonomía del individuo tiene primacía sobre cualquier intervención del Estado y solo cuando se vea afectada gravemente la libertad e igualdad se le podrá exigir al Estado una acción positiva para garantizar algún derecho porque si el estado interviene antes de valorar las condiciones reales del individuo se estaría afectando su autonomía. Esta postura otorga elementos para identificar porque en las sociedades actuales el Estado tiene que destinar recursos para garantizar ciertos derechos de individuos que por sí solos no lo pueden hacer sin llegar a ser el estado paternalista, resultando que ante una desigualdad de hecho es necesaria una desigualdad de derecho, sin que ello implique ensimismo una violación al principio de igualdad. Al darle mayor peso a la autonomía del individuo, la posición de este autor no deja de tener un tinte liberal que sin embargo es atinada.

Los derechos sociales fundamentales presuponen un trato desigual de su titular, quien puede deducir un criterio de diferenciación relevante, estos es, comprobar con razones válidas y suficientes que debe ser tratado en forma desigual³⁸⁸.

La tesis de Arango sostiene que se puede exigir al estado una acción positiva para garantizar derechos sociales fundamentales, siempre y cuando se cumplan condiciones formales³⁸⁹ y materiales³⁹⁰. El Estado sólo debe intervenir cuando la capacidad de actuar por parte del individuo se agota o se torna inadecuada ante una

³⁸⁷ Véase ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Rodolfo, op. cit., p. 136.

³⁸⁸ ARANGO, Rodolfo, *Ibidem*, p. 188.

³⁸⁹ Considera las condiciones formales la relación entre normas y derechos. Véase ARANGO, Rodolfo, *Ibidem*, pp. 153 y ss.

³⁹⁰ Considera condiciones materiales a los factores físicos o psíquicos y a los factores económicos. Véase ARANGO, Rodolfo, *Ibidem*, pp. 157 y ss.

situación concreta³⁹¹. Sin embargo, para nuestro estudio, de dicha tesis extraemos dos aspectos que merecen atención ya que no es posible en el presente trabajo entrar al fondo de su planteamiento. Nos enfocaremos en la propuesta de “un concepto bien desarrollado de derechos subjetivos”, así como la postura que se deduce de establecer condiciones al reclamo judicial del derecho, proponiendo por nuestra parte tres condiciones en forma clara.

3.8.1. Un concepto de derecho subjetivo para la aplicación de derechos constitucionales

Ciertos derechos a pesar de ser imperativos constitucionales presentan problemas en su eficacia. Algunas dificultades conceptuales que plantea esta discusión, fuente constante de respuestas circulares, tienen directa relación con la estrecha vinculación de la noción clásica de derecho subjetivo, la noción de propiedad y el modelo de Estado Liberal³⁹², ya que la protección jurisdiccional surgió para el aseguramiento de derechos de libertad y propiedad.

Por derecho subjetivo, en su sentido más estricto, se entiende generalmente “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”³⁹³.

De esta definición Arango sostiene que es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una **norma jurídica**, (ii) una **obligación jurídica** de otro derivada de esta norma, y (iii) un **poder jurídico** para la

³⁹¹ Idem.

³⁹² ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 39 y 40.

³⁹³ H. Murer, en ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 8 y 9.

consecución de **intereses** propios reconocidos al sujeto (es decir, una **posición jurídica**)³⁹⁴.

Se ha dicho que una norma es lo que se expresa en un enunciado normativo y que el derecho subjetivo supone al menos una norma jurídica válida; Sin embargo, la condición de una norma jurídica es condición necesaria, más no suficiente, de la existencia de un derecho subjetivo³⁹⁵, porque puede existir una norma jurídica y no necesariamente otorga un derechos subjetivo.

El derecho subjetivo en muchos casos viene a ser la llave para reclamar un derecho en sede judicial. Por su estrecha relación con el interés jurídico, han marcado ciertas exigencias para su concretización y, hacen posible el reclamo o cumplimiento de un derecho, exigencias que de conformidad a la forma en que están estructurados los derechos constitucionales (abstractos e indeterminados), se generan dificultades para su adecuación al concepto de derecho subjetivo tradicional.

Para lograr que los casos de reclamo de un derecho social se faciliten en sede judicial Arango sostiene que la justicialidad de los derechos sociales fundamentales puede justificarse a partir de un concepto bien desarrollado de los derechos subjetivos, el cual se compone de dos partes, remitiendo en la primera al concepto de derechos subjetivo en sentido estricto y la segunda comprende los criterios que son necesarios para establecer la vulneración del derecho subjetivo³⁹⁶.

Para este autor un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto³⁹⁷.

³⁹⁴ ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 9.

³⁹⁵ Ibidem., p. 10.

³⁹⁶ Véase ARANGO, Rodolfo, Ibidem, p. 297.

³⁹⁷ ARANGO, Rodolfo, Ibidem, p. 298.

La primera parte del concepto de derecho subjetivo se compone de tres elementos: 1) posición normativa; 2) razones válidas para la posición normativa (*derecho prima facie*); y, 3) razones válidas y suficientes para la posición normativa (*derecho abstracto definitivo*)³⁹⁸.

1. La posición normativa.

Arango sostiene que las posiciones normativas dentro de un sistema jurídico enfrasan tres aspectos de los derechos: en primer lugar, se encuentra la posición jurídica de un sujeto dentro de un sistema de normas; en segundo, considerados como posiciones normativas, los derechos son el resultado de la imputación de un estatus deóntico a razones válidas y; en tercero, los derechos subjetivos son el resultado de un proceso de argumentación moral o jurídica.

Por nuestra parte, consideramos que si hablamos de posición normativa, es suficiente con señalar que se trata de la posición que tiene un sujeto en relación con una norma jurídica; es decir, si la situación en la que se encuentra permite que la norma jurídica que se pretende hacer valer sea ajustable al caso.

2. Razones válidas para la posición normativa.

En este punto el autor nos dice que las razones válidas para posiciones normativas pueden entenderse simplemente como argumentos para posiciones normativas y que las razones deben distinguirse de los sentimientos, intereses o necesidades, porque ellos por sí solos no bastan para justificar un derecho subjetivo, que no basta tener dolor o hambre para ser titular del derecho a la salud o a la alimentación, sino que las razones que la sustentan para ser válidas requieren el reconocimiento como derechos³⁹⁹. Se requiere que la necesidad, interés o

³⁹⁸ Ibidem, p. 299.

³⁹⁹ Ibidem, pp. 302 y 303.

sentimiento para ser una posición normativa válida tenga un respaldo o pueda tener una base en un derecho para ser reclamable.

Al plantearse cuáles criterios de validez son aceptables para cualificar las razones para derechos, menciona que entran como candidatos criterios formales y materiales, siendo un criterio de validez formal el que postula las razones morales, éticas, pragmáticas, etc., siempre y cuando cumplan determinadas condiciones formales como las reglas y principios del discurso pragmático general; mientras que un criterio de validez material o de contenido exige que las razones para posiciones normativas sean compatibles con otros contenidos materiales, por ejemplo un criterio de validez material puede exigir que las razones para posiciones normativas respeten la autonomía del individuo porque es un concepto intrínseco al derecho subjetivo⁴⁰⁰.

Sostiene que además, es necesario distinguir entre validez moral y validez jurídica de las razones, así como con la validez legal y validez iusfundamental, por otro lado. En este sentido, menciona que ni los derechos morales y los derechos jurídicos, ni la validez moral y la validez jurídica, deben confundirse si deseamos dejar a salvo la autonomía individual y conservar la fuerza crítica de la moral sobre el derecho.

Respecto a las distinciones de las razones para posiciones normativas entre una validez legal y una validez constitucional menciona que el carácter de las normas jurídicas de derecho privado por lo general son formuladas como reglas y difiere del carácter de las normas iusfundamentales formuladas esencialmente como principios.

⁴⁰⁰ Véase ARANGO, Rodolfo, Ibidem, p. 303.

3. Razones válidas y suficientes.

En cuanto a las razones válidas y suficientes Arango menciona que no podemos excluir posibles colisiones entre las razones válidas para posiciones normativas de diversos individuos. Cuando diferentes razones entran en colisión debe buscarse una solución razonable de dicho conflicto, ya que solamente las razones válidas que puedan conocerse objetivamente como suficientemente justificadas pueden llevar al reconocimiento de derechos definitivos ya sean abstractos o concretos y ser exigibles⁴⁰¹. Este punto hace referencia a que más que válidas, las razones deben ser suficientes porque puede haber razones válidas que se contraponen y sin embargo se debe optar por una de ellas, debiendo pesar la posición que de mejores razones

Esta primera parte del concepto propuesto sostiene Arango es insuficiente para dar una descripción completa del lenguaje de los derechos subjetivos, especialmente de los derechos positivos o de prestación⁴⁰² que caracterizan a los derechos fundamentales.

La segunda parte del concepto de derecho subjetivo que propone el autor, nos dice que inmuniza los derechos en contra de su indeterminación y del no-reconocimiento de su violación y, que el reconocimiento de cualquier violación de los derechos, sean éstos negativos o positivos, depende de condiciones objetivas que eliminan la indeterminación del contenido del derecho y del titular de la obligación⁴⁰³.

Las condiciones a las que se hace referencia se clasifican en el daño individual inminente y el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes.

⁴⁰¹ Ibidem, pp. 307 y 308.

⁴⁰² ARANGO, Rodolfo, Idem.

⁴⁰³ Véase ARANGO, Rodolfo, /Ibidem, pp. 309 y ss.

Sólo una concepción de los derechos que tenga en cuenta tanto su titularidad como su garantía, posibilita una descripción plausible de cómo funcionan los derechos en la práctica. Cuando la falta de reconocimiento de una posición jurídica ocasiona sin justificación un daño inminente al individuo, entonces tal posición debe ser reconocida⁴⁰⁴

1. El daño individual inminente.

El criterio del daño individual inminente es la clave para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo⁴⁰⁵. Lo requerido para la realización del derecho corresponde con lo que hay que hacer para evitar su violación. Así, el daño individual inminente ayuda a identificar qué individuo está en condiciones de reclamar el cumplimiento de un derecho, verbigracia, una persona que requiere intervención quirúrgica para ser operado por cuestiones cardiológicas, y dicha intervención es de vida o muerte, se encuentra en lo que podemos llamar daño individual inminente y esta circunstancia es la que actualiza las condiciones para el reclamo del derecho a la protección de la salud o dicho de otro modo, en los casos de indeterminación del derecho, el daño individual inminente convierte esa indeterminación en una situación determinante para la titularidad y el reclamo del derecho.

Un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo se encuentra en una relación necesaria con una teoría del riesgo o la responsabilidad⁴⁰⁶, porque el punto medular que lo define como concepto bien desarrollado es precisamente el riesgo que activa el carácter de “derecho subjetivo” para quien lo sufre.

⁴⁰⁴ ARANGO, Rodolfo, *Ibidem*, p. 154.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 311.

⁴⁰⁶ *Idem*.

Atinadamente menciona Arango que la tesis de la urgencia de la situación resuelve el problema de la indeterminación del contenido del derecho, cuestionándose en un segundo momento el problema de la indeterminación de los obligados, para lo cual es útil la segunda condición mencionada como el no reconocimiento injustificado de una posición normativa.

2. El no reconocimiento injustificado de una posición normativa.

Una posición normativa respaldada en razones válidas y suficientes (*derecho abstracto definitivo*) puede rechazarse con justificación cuando, por ejemplo, no es el Estado demandado sino un particular concreto la persona principalmente obligada a la acción positiva⁴⁰⁷. Es necesario aclarar que con base en esta postura, se sigue el discurso de la autonomía del individuo, en la cual solo es posible que el estado tenga una intervención subsidiaria en caso de que el individuo no ha sido capaz de satisfacer determinadas necesidades fundamentales. Estamos pues en la parte en que la autonomía del individuo sede ante una intervención del Estado para evitar que se vulneren otros derechos fundamentales como la salud o la alimentación.

Así tenemos que el autor en comento señala que el no reconocimiento de la obligación por el Estado en cuanto obligado subsidiario es injustificado cuando se cumplen dos condiciones: 1) que el principal obligado (la familia del titular del derecho) incumpla con su obligación, lo que impide la realización del derecho positivo, y 2) la negativa del obligado subsidiario a cumplir con dicha obligación, pese a la existencia fáctica y jurídica de posibilidades de actuación, amenaza con causarle un daño inminente al titular del derecho⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 313.

⁴⁰⁸ Véase ARANGO, Rodolfo, Ibidem, p. 314.

Hablar de la primacía de la libertad o de la autonomía del individuo resulta complejo, sobre todo si estamos abordando el tema de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, en especial los de carácter social, porque ello nos remite a un mundo ideal en el cual todo individuo en cuanto miembro de una sociedad es capaz de satisfacer sus necesidades. En el mundo real, sabemos que gran parte de la población no puede satisfacer las necesidades básicas como es la salud, la alimentación, la educación, entre otros derechos.

Si bien es cierto que se comparte la idea de que el Estado no tiene porque ser completamente paternalista y cargar con obligaciones que deben ser de forma directa de los individuos, también sostenemos que el Estado en cuanto encargado de la organización social tiene responsabilidad en dirigir la distribución de la riqueza de forma justa, y ante su ausencia que provoca la falta de capacidad para muchos en proveerse a sí mismos, encontramos el punto conector a través del cual surge la obligación de intervención estatal⁴⁰⁹ ante derechos de prestación como la salud.

De tal forma que, entramos a lo que Robert Alexy ha señalado que los derechos a prestación en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrare en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares⁴¹⁰. Si bien existe la autodeterminación de las personas, ésta no es impedimento para que el Estado sea quien tenga que garantizar y asegurar la vigencia de ciertos derechos, ante la ausencia de haber logrado un equilibrio de la riqueza.

⁴⁰⁹ La falta de regulación adecuada de una distribución de la riqueza es un aspecto que se suma a los principios de dignidad humana e igualdad de hecho que hemos tratado en capítulos anteriores como fundamentos de exigibilidad del cumplimiento de los derechos sociales como la salud.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 482.

3.9. Establecer requisitos para facilitar la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud y lograr su universalidad

Rodolfo Arango señala que el Estado debe en ocasiones intervenir para asegurar las condiciones reales del ejercicio de las libertades y derechos y evitar los factores negativos que ponen en peligro la libertad e igualdad real del individuo para lo cual se debe tener presente el principio de subsidiariedad y las condiciones materiales que activan las obligaciones positivas del Estado⁴¹¹, lo que genera una justicia distributiva basada en las capacidades siguiendo la tesis de A. Sen. En esta tesitura, se parte de la idea de que hay ciertos derechos como es el caso de la protección de la salud dónde el Estado no es el obligado directo atendiendo a la autonomía del individuo, sino que su obligación se actualiza a partir de que hay una afectación grave al derecho y no puede ser resuelta por los propios recursos del individuo. No solo los factores personales, físicos o mentales son candidatos a condiciones materiales como elementos para la exigencia de un derecho social, sino que también la falta de medios materiales o el déficit de mercado llevan a que una persona no pueda satisfacer sus necesidades básicas fundamentales en un sistema capitalista por su incremento en el costo, actualizando con ello la condición material para poder realizar la exigencia de un derecho al Estado⁴¹².

En esta tesitura, el derecho a la protección de la salud es un derecho que el individuo en sí es el primer obligado en su protección, en primer lugar cuidando la salud con su hábitos y cuidados y, en segundo, en costearse los gastos cuando necesite de atención médica o medicamentos, con base principalmente en la autonomía y libre desarrollo del individuo. Cabe puntualizar que esto no es contrario al derecho contenido en la Constitución y los Tratados Internacionales porque de

⁴¹¹ Véase ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 155 y 156.

⁴¹² Véase en este sentido ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 163.

estos instrumentos normativos claramente se desprende que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, más no que el Estado está obligado directamente a garantizar la protección de la salud, podemos decir, que está obligado a generar las condiciones para que cada persona pueda contar con las condiciones para proveerse a sí mismo, pero no a ser el obligado directo a garantizar la protección de la salud porque entonces si caeríamos en un error y le daríamos razón a quienes sostiene que son derechos caros que el Estado no puede garantizar porque se provocaría su ruina.

Sin embargo, cuando el individuo no puede por sí mismo tener acceso a la protección de la salud; es decir, los medios con los que cuenta, principalmente económicos no le son suficientes, es cuando se actualiza la hipótesis de exigencia de su garantía al Estado, solo de esta forma será posible que toda persona, sin importar condición económica, en pro de la dignidad humana, tenga acceso a la protección de la salud.

Hablamos de una igualdad en el acceso a la protección de la salud, una igualdad de hecho y no solo de derecho. Para ello proponemos tres requisitos que se deben satisfacer y que consisten en lo siguiente:

a. La afectación grave a la salud

El derecho a la protección de la salud es un derecho de todo ser humano, así lo establece la Constitución mexicana. Este derecho cobra importancia cuando un individuo se encuentra en situación de urgencia y no está en condiciones de ayudarse él mismo⁴¹³. Debemos dejar claro que la situación de urgencia es fundamental, no sólo para una atención en aras de proteger la salud; sino,

⁴¹³ LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la Dignidad Humana. Los Tribunales, la Filosofía y la experiencia atroz*, México, UBIJUS, 2011, p. 64.

concretamente como punto medular para la exigencia de su garantía al Estado. Ahora bien ¿porqué exigir esta condición para poder exigir al Estado la garantía de la protección de la salud, si es un derecho constitucional que tiene toda persona?

Es aquí donde se observa nuevamente la complejidad y cobra importancia el fundamento filosófico de este tipo de derechos, de los conceptos que hemos abordado a lo largo del presente trabajo como el de dignidad humana, el principio pro persona, la igualdad de hecho, la subsidiariedad del Estado, entre otros. El contenido de estos principios nos permite distinguir y justificar la exigencia de una condición de urgencia para que proceda la exigibilidad judicial al Estado en la protección de la salud. Dicho en *contrario sensu*, los derechos sociales como es el caso del derecho a la salud son derechos de todos en cuanto persona que se es; sin embargo, la peculiaridad de este tipo de derechos es que se supone que el entorno que rodea a la persona hace posible el goce de estos derechos y que cada individuo por sí mismo consigue que el derecho se realice, verbigracia en el derecho a la salud, cada individuo en cuanto integrante de la sociedad es capaz de garantizarse la protección de su salud por sus propios medios y cuando necesita atención médica es capaz de sufragar los gastos. Hasta este punto, estamos en el hecho de que el derecho se ha garantizado por el Estado de una forma indirecta porque ha generado las condiciones para que las personas por sí solas tengan los medios para que el derecho sea realizado y cuando esto no es posible (que el individuo por sí mismo pueda proveerse), no por ello el derecho dejará de tener vigencia sino que el derecho tiene eficacia y es en este momento donde se actualiza la posibilidad de exigencia directamente al Estado, claro está, siempre y cuando se cumplan las condiciones predeterminadas para que sea el Estado a quien se le reclame su garantía, siendo una de ellas la afectación grave.

La afectación grave a la salud indica una situación de urgencia como exigencia para su reclamo judicial al Estado o de lo contrario se estaría en una hipótesis en donde toda persona le podría exigir al Estado que respondiera en garantizarle la salud, situación que es imposible, por ello la necesidad de establecer ciertas condiciones para que se le pueda exigir al Estado el cumplimiento en la garantía de este tipo de derechos, específicamente cuando se trata de que el Estado erogue gastos para proteger la salud de la persona. Se debe estar consciente de las diversas cargas que tiene el Estado y que si no se establecen condiciones como es el caso de la afectación grave, personas con plena capacidad de sufragar los gastos exigirían al Estado que sea éste el que los erogue provocando con ello la ruina del ente público. No resulta tan difícil identificar cuándo un individuo está en una situación de urgencia ya que esto se traduce en una necesidad apremiante para evitar consecuencias que pueden ser fatales.

Quien hace valer un derecho a una acción fáctica positiva del Estado tiene que encontrarse en una situación de necesidad⁴¹⁴. Deben ser por lo tanto, las capacidades actuales de la persona el criterio fundamental para el otorgamiento y la protección de derechos⁴¹⁵.

El concepto de “afectación grave” debe ser valorado por el juzgador en el caso concreto, lo que pretendemos aclarar son dos cosas; 1) Que no por el hecho de sostener la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, personas con plena capacidad de costear su costo acuda a reclamarle al Estado que le garantice el derecho y sea éste quien tenga que gastar su presupuesto; y 2) Que no por el hecho de establecerse como condición la afectación grave, el estado evada su

⁴¹⁴ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 155.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 159.

responsabilidad y sostenga que no existe una afectación grave a la salud por quien reclama la garantía del derecho.

Habrán casos en los que no esté en peligro la vida, pero el padecimiento o enfermedad que sufre la persona le provocan molestias y que no tenga los recursos para acudir a un centro de salud en el que le den la atención médica que necesita, traduciéndose este hecho en una vulneración a la dignidad humana. Ante estos casos el juzgador tiene que valorar las circunstancias en torno al concepto de “afectación grave”.

Por otro lado, en los casos en los que se cuente con un seguro, llámese IMSS, ISSSTE, Seguro Popular o los restantes sistemas de seguridad social, en el que se cubra la atención requerida no se observará el concepto de “afectación grave”; es decir, habrá una excepción a esta condición en virtud de que está garantizado por el seguro. Esta condición es propia para garantizar la protección de la salud cuando no exista expresamente un medio que le garantice al reclamante y la afectación a la salud no sea algo sencillo, verbigracia, una operación de quimioterapia para una persona que solo tiene Seguro Popular y éste no la contempla.

b. La falta de cumplimiento del Estado en la protección de la salud

Resulta obvio que para el reclamo judicial del derecho a la protección de la salud al estado es necesaria la falta de cumplimiento o de lo contrario el reclamo sería innecesario; pero, también es iluso pensar que el estado va cumplir todas las obligaciones que tiene y garantizar todos los derechos de los individuos, al menos así lo muestra la realidad.

El Estado, en el desarrollo de sus fines esenciales, está el deber constitucional de proteger efectivamente los derechos de la persona, correspondiendo a la autoridad pública encontrar las alternativas jurídicas para garantizar su ejercicio y, al mismo tiempo, exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales de los particulares⁴¹⁶ de no lesionar los derechos de los demás.

El derecho a la protección de la salud para el caso de México está previsto tanto en la Constitución como en Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que forma parte, normatividad que hemos venido estudiando y de la cual surge la obligación del estado. Así las cosas, la protección de la salud es un derecho de toda persona que el estado debe cumplir mediante acciones efectivas y ante una ausencia deben desarrollarse los mecanismos para su exigencia.

Los principios de derechos fundamentales no tienen una existencia ideal. Su existencia es de derecho positivo. Ellos tienen validez como normas jurídicas, de acuerdo con las condiciones del sistema jurídico⁴¹⁷, y por lo tanto exigibles judicialmente.

La salud es un valor en sí mismo, pero también es un indicador preciso del grado en que una sociedad promueve la equidad o tolera la injusticia⁴¹⁸. La política social no tiene como único objetivo aliviar la pobreza. También ha de responder a reducir los riesgos que enfrenta la población, tanto como igualar las oportunidades abiertas a todos los individuos⁴¹⁹ de gozar de una protección a la salud. En resumidas cuentas, si la sociedad está siempre regulada por el Estado, éste deberá

⁴¹⁶ Sentencia ST-533 de 1992, Fundamento 3 en ARANGO, Rodolfo, Ibidem, p. 172.

⁴¹⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre los derechos fundamentales como principios en el contexto de España", MORENO MATEOS, José Juan (dir.) FERRER BELTRÁN, Jordi (dir.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 238.

⁴¹⁸ PARRA NUÑOZ, Verónica, "Diagnósticos estatal 2011", op. cit., p. 19.

⁴¹⁹ IBARRA MUÑOZ, David, "Derechos humanos y realidades sociales", op. cit., p. 32.

ser el garante primario y final de que se alcancen los grandes objetivos sociales trazados en la propia Constitución⁴²⁰

Para que el individuo pueda exigir una acción estatal (derecho subjetivo público), tiene que encontrarse en una situación en la que la omisión estatal (obligación objetiva) dañe inminentemente al individuo y lo haga sin justificación, es decir, en la que la omisión lleve a infringir una norma iusfundamental⁴²¹. El Estado sólo está obligado a actuar positivamente cuando la persona se encuentra en unas circunstancias personales o fácticas que afectan su vida autónoma y digna de manera no previsible ni soportable⁴²²

c. La imposibilidad económica del solicitante para proveerse asimismo

Otro aspecto que se debe cubrir para que el derecho a la protección de la salud se exija en sede judicial remite a una situación en la que está colocado el individuo. Quién hace valer un derecho a una acción fáctica positiva del Estado, tiene que encontrarse en una situación de necesidad⁴²³ por imposibilidad económica. La Falta de recursos económicos constituye la negación efectiva del ejercicio de los derechos fundamentales⁴²⁴. Es en este punto donde convergen los conceptos que se han venido tratando (entre dichos conceptos tenemos como principales: derecho fundamental y obligación del estado).

El estado debe cumplir el imperativo constitucional, con la atención de necesidades sociales apremiantes de los grupos menos desfavorecidos⁴²⁵. La

⁴²⁰ RUÍZ MORENO, Ángel Guillermo, “Desarrollos sociales exigibles”, en CALVA, José Luís (Coordinador) *Derechos y políticas sociales*, México, H. Cámara d Diputados, LX Legislatura, Universidad Autónoma de México, Miguel ángel Porrúa, 2007, p. 84.

⁴²¹ RANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit, p. 154.

⁴²² Ibidem, p. 156.

⁴²³ Ibidem, p. 155.

⁴²⁴ Ibidem, p. 163.

⁴²⁵ IBARRA MUÑOZ, David, “Derechos humanos y realidades sociales”, op. cit., p. 19.

imposibilidad de poder cubrir los gastos para proteger la salud de la persona es un aspecto que va fuertemente vinculado con el de afectación grave para que se active la garantía efectiva por parte del Estado en la protección de la salud.

Como se observa, encontramos sentido a la autonomía del individuo, como supuesto de que es capaz de poder satisfacer sus necesidades; sin embargo, atendiendo a un estado social de derecho y a los principios descritos con antelación, cuándo la persona no puede proveerse asimismo y, con ello se afecta la dignidad humana⁴²⁶, el Estado tiene la obligación de garantizar la satisfacción de la necesidad apremiante que en el caso que nos ocupa, es la protección de la salud. En especial, el Estado sólo debe intervenir cuando la capacidad de actuar por parte del individuo se agota o se torna inadecuada ante una situación concreta⁴²⁷ en caso de que no se cuente con un seguro, porque de lo contrario los gastos estarán cubiertos por el seguro en la forma prevista. Estamos pues en presencia de caso de una verdadera necesidad de intervención médica y una falta de poder costear los gastos.

Con todo lo visto se pone de manifiesto la complejidad que implica el derecho a la protección de la salud, el gasto directo en la protección de la salud no puede quedar abierto completamente sino con total prudencia, debe ser, la existencia de recursos públicos destinados a abatir esos rezagos en beneficio de los más pobres para de esa manera homologarlos a los beneficios comunes del progreso y bienestar general⁴²⁸ Quien vive en la pobreza está excluido de las oportunidades y

⁴²⁶ Considera Radbruch que “fue sobre todo Kant quien más contribuyó a desarrollar el concepto de humanidad en el sentido de la dignidad humana, la idea de que todo hombre debe ser considerado como un fin en sí, de que no es lícito utilizar a nadie simplemente con un medio al servicio de fines ajenos”. VIGO, Rodolfo Luís, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, op. cit., p. 38.

⁴²⁷ ARANGO, Rodolfo, op. cit., p. 157.

⁴²⁸ ACUÑA, LLAMAS, Francisco Javier, “El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y

socialmente marginado⁴²⁹ principalmente por no poder combatir los estragos de padecer de salud y por ende, si no se cuenta con salud no se podrán ejercer otros derechos fundamentales como el trabajo o la educación.

Las capacidades son diferentes para propietarios y desposeídos respecto de los medios financieros indispensables para cubrir sus necesidades fundamentales. Los primeros gozan de medios financieros que les permiten sobrevivir a las situaciones de déficit, mientras que los segundos sólo tienen su fuerza de trabajo⁴³⁰ que es insuficiente para hacer frente a los imprevistos que se presenten.

El derecho a la protección de la salud al proponerse condiciones se actualiza la justicia distributiva, darle más al que más necesita, menos al que necesita menos y nada al que afortunadamente nada necesita⁴³¹, de lo contrario sería imposible que el Estado garantizara éste derecho.

Es precisamente la justicia distributiva quien da apoyo a esta propuesta de garantizar el derecho, sin que implique una violación a la igualdad o a la propia protección a la salud, ya que tratar igual a los que son desiguales sólo produce injusticia, y ésta no es la finalidad del derecho⁴³².

Mantener la salud es en consecuencia un esfuerzo permanente que requiere [de] la participación activa tanto del individuo como de la sociedad y que exige de ambos la inversión de cuantiosos recursos⁴³³.

protección”, en CARBONELL, Miguel, *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 55.

⁴²⁹ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 164.

⁴³⁰ Ibidem, P. 165.

⁴³¹ RUÍZ MORENO, Ángel Guillermo, *Desarrollos sociales exigibles*, op. cit., p. 83

⁴³² IBARRA MUÑOZ, David, *Derechos humanos y realidades sociales*, op. cit., p. 83.

⁴³³ PARRA MUÑOZ, Verónica, “Diagnósticos estatal 2011”, *Revista Altamirano*, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri LIX Legislatura, H. Congreso del Estado de Guerrero, Año 9, Sexta Época, Abril-Junio 2011, No. 41, p. 18.

3.10. Breves comentarios sobre los aspectos procesales en la exigencia judicial del derecho a la protección de la salud

Al hablar de la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, es necesario hacer énfasis de los aspectos procesales a satisfacer para que los individuos puedan acudir a los tribunales en la exigencia al Estado del derecho que nos ocupa.

Se debe dejar claro que en primer lugar, se debe acudir a la institución que corresponda a solicitar la protección de la salud. No se habla de solicitar la atención médica propiamente porque la protección a la salud no es solo ello, como se mencionó con anterioridad; sin embargo, de ser el caso que una persona requiera la atención médica, se debe acudir a la institución de salud que corresponda, de conformidad a la estructura que tiene el gobierno en este rubro y la competencia que las leyes aplicables señalen.

Resulta fundamental este primer paso, sin el cual, difícilmente se podrá reclamar en sede judicial, tanto en la justicia administrativa, como federal. En efecto, no podemos acudir a las instancias judiciales a reclamarle al Estado la garantía de la protección de la salud, si antes no se ha solicitado a un centro de salud público. Acudir en sede judicial para solicitar que se garantice la protección de la salud, es un segundo paso, solo cuando se ha obtenido una respuesta negativa por las autoridades competentes sobre la petición hecha. En otras palabras, el primer paso consiste en generar el acto administrativo de la autoridad; es decir un pronunciamiento de la autoridad en la que determine conceder o negar la petición. En caso de que la respuesta de la autoridad sea insatisfactoria al solicitante o no exista respuesta, ahora sí, se está en condiciones de acudir a las instancias judiciales a solicitar se garantice el derecho humano consagrado en la Constitución.

Al acudir ante la autoridad a solicitar la garantía del derecho, pueden suceder varias cosas: que no exista respuesta a la solicitud en forma absoluta; es decir, que en caso de solicitar la atención médica, ésta se niegue; que se atienda en forma parcial aduciendo que la institución no cuenta con los elementos necesarios; y, que se diga que el seguro con el que cuenta la persona no le cubre el tipo de atención o intervención que necesita la persona.

En esta etapa y ante una insatisfacción a la garantía del derecho a la protección de la salud solicitada a la institución competente, se actualiza la hipótesis de poder acudir a la instancia judicial a solicitar se garantice el derecho que se reclama a través de los tribunales de la justicia administrativa o federales por medio del juicio de amparo, según sea el caso, sujetándose a las reglas que cada proceso judicial establece.

No obstante a lo anterior, cuando se trate de un caso de suma emergencia en el que esté en peligro la vida, se actualiza la vía directa a través del juicio de amparo; es decir, sin necesidad de agotar las instancias, lo que se conoce como el principio de definitividad en materia de amparo, circunstancia en la que es de suma importancia las medidas cautelares. En estos casos el Juez de Distrito tiene que ser muy cuidadoso y darle prioridad al acceso a la justicia y los derechos humanos. Demandarle al Estado la protección de la salud en forma directa a través del juicio de amparo ante un peligro inminente de la vida tiene cabida en el artículo 22 de la Ley de Amparo, fracción II, que señala que podrá interponerse el amparo en cualquier tiempo contra actos que importen peligro de privación de la vida y ante una necesidad urgente de atención médica en la que está en peligro la propia vida es obvio de se actualiza esta hipótesis contenida en el artículo 22 de la Ley de Amparo.

3.10.1. Las medidas cautelares y su importancia en el derecho a la protección de la salud

Este instituto, como evidencian sus orígenes, se configura como instrumento para impedir que “la necesidad del proceso para obtener razón se convierta en un daño para quien tiene razón”⁴³⁴. Lo que se busca, es que la duración del proceso no frustre el derecho que se reclama, de tal forma que si existe un riesgo de que una eventual sentencia favorable al justiciable no pueda ser efectivamente ejecutada, el juez debe contrarrestar ese riesgo otorgando una medida cautelar⁴³⁵ o de lo contrario la sentencia será estéril y no tendrá ningún sentido si lo que se decidió ya no es posible de llevarse a cabo.

Puede ser el caso de una persona que solicita atención médica o determinados medicamentos para su tratamiento y estos no son suministrados a tiempo porque aun no se ha determinado mediante sentencia si tiene razón en su exigencia o no; de tal forma, que la persona fallece antes de dictarse sentencia por no tener a tiempo los medicamentos. Ante estos casos, de nada sirve que se le conceda la razón al peticionario, porque ya es demasiado tarde, el juicio se ha quedado sin materia, es decir; la finalidad que dio origen al juicio ya no existe porque ya sucedió lo que se pretendía evitar, que en el caso planteado es obtener los medicamentos para evitar la muerte.

Como podemos ver, la importancia de las medidas cautelares en algunos casos es vital porque el tiempo que dura un juicio puede ser fatal y si no se toman acciones a tiempo con las que se pueda mantener las condiciones hasta que se

⁴³⁴ HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española. Una propuesta para un debate aun abierto”, CASSAAGNE, Juan Carlos (Director), “Cuestiones del Contencioso Administrativo”, Buenos Aires, ABELEDO- PERROT, 2007, P. 182.

⁴³⁵ En este sentido HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española...”, op. cit., p. 187.

dicte sentencia, esta ya no tiene razón de ser aun y cuando sea favorable al peticionario.

Para la aplicación de medidas cautelares, el juez debe valorar las circunstancias propias del asunto a estudio para determinar si la otorga o no y para ello tiene que valorar entre el peligro inminente de que el juicio se quede sin materia y la afectación que pueda llegar a causarse a terceros o al Estado al concederla.

Juan Antonio Hernández Corchete señala que se ha venido dando un sistema de tutela cautelar que gira en torno al criterio de la ponderación interés público-interés privado, cuando decidir sobre medidas cautelares debe estar ligada a la efectividad del resultado del proceso y no por otros factores como los intereses en conflicto (administración pública-gobernado)⁴³⁶.

Cierto es, que tiene que darse una ponderación para la determinación de la aplicación de medidas cautelares, pero esta no debe enfocarse solo en ponderar entre la afectación de interés público-privado, sino también en la importancia del peligro que se cause un daño irreversible si no se aplican medidas cautelares. Cuanto mejor fundada aparezca *prima facie* la pretensión del particular más posibilidades hay de que no se concrete el riesgo del que venimos hablando⁴³⁷.

Para evitar que por una ponderación entre el interés público-privado se decida no conceder la medida cautelar por pesar más el interés general y con ello se generen daños irreversibles, el autor en cita propone tres pasos: hacer un juicio anticipado para verificar si la Administración actuó o no conforme a derecho; si la actuación es aparentemente conforme a derecho, entonces el juez debe hacer la ponderación entre interés público-interés privado para conceder la medida cautelar y; por el contrario, si la actuación de la Administración es antijurídica el juez debe

⁴³⁶ Ibidem, 181.

⁴³⁷ HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, "Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española...", op. cit., pp. 182-187.

olvidarse de la ponderación de intereses y fijarse directamente en el *periculum in mora* y el *fomus boni iuris*.

En muchos de estos casos, las necesidades de tutela urgente—y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial—postergarán a aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria o complejidad técnica de la cuestión⁴³⁸, porque el juez debe tener claro la gravedad y urgencia de protección de los derechos afectados.

No obstante a lo imperante de la aplicación de medidas cautelares, se debe tener cuidado de que con las mismas no se esté resolviendo el fondo del asunto; es decir, la cuestión planteada, de tal forma que la decisión de las medidas cautelares que tienen que aplicar los jueces no es nada simple sino por el contrario, demasiada compleja. Evidentemente habrá asuntos en los cuales la línea que divide entre el otorgar una medida cautelar y decidir el fondo del asunto sea muy delgada. Este punto de vista es desde un ángulo formalista, sin embargo, pueden existir casos en los que lo importante no sea prestar atención ante una medida cautelar sobre si se está resolviendo el fondo del asunto, sino por el contrario, proteger la vida y los derechos humanos consagrados en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Un ejemplo paradigmático sobre la importancia que se le debe dar a la protección de los derechos humanos lo encontramos en caso JA-0267/2012-III, del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, resuelto por el Magistrado de la Primera Ponencia de dicho tribunal.

En dicho asunto se solicitó una medida cautelar por comparecencia “*ante causam*”, en la que los peticionarios solicitaron protección cautelar contra actos

⁴³⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 137.

inminentes privativos de la libertad, arresto o sanción de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado y otras autoridades. La actividad que pretendían realizar los peticionarios era una manifestación pacífica denominada “marcha rodada mundial ciclista al desnudo”, de la que ya había un antecedente en el que un año antes los peticionarios fueron arrestados por una manifestación similar.

En punto medular de importancia radica en que el Código de Justicia Administrativa establece como requisitos formales para la concesión de las medidas cautelares que sea por escrito y que se solicite en la demanda o dentro del juicio, pero no en forma autónoma como se hizo en el caso que nos ocupa. Ante esta circunstancia, y para darle prioridad a los derechos humanos, el magistrado se apoya en preceptos constitucionales y convencionales para conceder la medida cautelar solicitada, a través de un control de convencionalidad-constitucionalidad.

No obstante a estar a favor de una efectiva garantía de los derechos, cabe señalar que se debe tener cuidado, porque no por un afán de ser garantista, se vaya estar abuzando en cuanto a las acciones que puede realizar el juez, porque, esto puede tener consecuencias y no precisamente positivas, sino todo lo contrario. En el caso en comento, no debemos perder de vista la importancia que debe tener el hecho de si realmente era necesario por la premura y el riesgo de sufrir daños en forma casi inmediata para solicitar la medida cautelar *ante causam*, es decir, si era urgente para hacerla en la forma en la que se hizo o por el contrario había tiempo para solicitarla por escrito como lo prevé el Código de Justicia Administrativa, aspectos que deben ser valorados con especial cuidado.

3.11. Recapitulación

En el presente capítulo se ha estudiado en forma más detallada el derecho a la protección de la salud; es decir, como está estructurado, cuáles son sus componentes, así como la importancia de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

También se analizó cuales son los principales problemas a los que hay que enfrentarse para la exigencia de este derecho en sede judicial. Todo esto nos permite tener una visión más clara de lo que compone el derecho a la protección de la salud y por ende su complejidad en su eficacia, pero sobre todo para el reclamo en las instancias judiciales. Sin embargo, nos hace tener una idea más clara de que sí se trata de un derecho plenamente justiciable y que se puede llegar a la universalidad del derecho a la protección de la salud; es decir, a que exista una igualdad en el acceso a la protección de la salud y que no sea un privilegio de unos cuantos, para lo cual se tienen que satisfacer ciertos requisitos cuando se le exija al Estado en forma directa la garantía del derecho a la protección de la salud porque sería irresponsable y una falacia decir que el Estado está obligado a garantizar en forma directa a toda persona el derecho a la protección de la salud.

Así las cosas, las condiciones propuestas nos ayudan a fortalecer la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, que desde hace años ha iniciado su desarrollo, garantizándose este derecho en sede judicial y obligando al Estado a su cumplimiento. De este aspecto se ocupara nuestro siguiente capítulo en el que se hace un estudio de los principales casos en los que el Poder Judicial de la Federación ha condenado al Estado para que garantice la protección a la salud.

CAPÍTULO IV

PRINCIPALES CASOS RESUELTOS POR EL PODER JUDICIAL FEDERAL EN MÉXICO QUE GARANTIZAN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

4.1. A manera de introducción

Indudablemente que la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 viene a coadyuvar en la eficacia de los derechos sociales, como es el derecho a la salud. Cabe mencionar que tratándose del derecho a la protección de la salud desde la reforma constitucional al artículo 4º constitucional en la década de los 80s ya se tenían las bases para ser exigible en las instancias judiciales; sin embargo esto no fue así debido a la falta de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, pues en ese entonces fue considerado un derecho programático que aun y cuando estaba contenido en la Constitución no podía ser exigido vía judicial porque no era un derecho subjetivo, sino un programa dirigido a los poderes políticos que debían desarrollarlo acorde a las posibilidades del Estado.

Así pasó más de una década y fue hasta en el año de 1997 cuando con éxito se plantea el reclamo al Estado de la protección de la salud en sede judicial, siendo aceptada la petición, determinándose por el Pleno de la Corte que el derecho a la protección de la salud es un derecho subjetivo que puede ser plenamente justiciable, como se muestra en el primer caso que veremos; el segundo caso es del año 1998 relacionado con el derecho a la protección de la salud y la igualdad, toda vez que se trata de la exigencia en la inclusión de sus esposos al régimen de seguridad social por mujeres trabajadoras de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; el tercer caso es sobre la baja de militares por inutilidad en la

milicia al presentar enfermedades, con lo cual se les privaba del acceso a la protección de la salud porque dejarían de contar con la seguridad social de las Fuerzas Armadas mexicanas; el cuarto caso es uno de los más emblemáticos conocido como el caso Mini Numa en el que los peticionarios de una comunidad alejada de la zona montañosa de Guerrero solicitaban un Centro de Salud porque la comunidad no contaba con él ni con personal para la atención médica; el quinto caso a estudio tiene como punto medular la ponderación entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la libertad de ejercer una profesión, de tal forma que se estudia si la restricción que establece la norma consistente en exigir a quienes pretendan realizar cirugías estéticas contar con autorización de la Secretaría de Salud es idónea y necesaria, para lo cual se realiza un ejercicio de proporcionalidad de la norma y; el sexto caso se relaciona con el derecho a la protección de la salud, y el derecho a la igualdad toda vez que se trata de la negativa a dar de alta en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora (ISSSTESON) a un trabajador por no comprobar que goza de buena salud.

El análisis de las sentencias se estructura de varios puntos, iniciando por los antecedentes del caso, seguido de la relación de hechos narrados en la demanda, los conceptos de violación, el trámite de la demanda de amparo y sentido de la sentencia, el recurso de revisión y, por último, el sentido de la sentencia que resuelve el recurso de revisión.

4.2. RECURSO DE REVISIÓN 2231/97

(El Cuadro básico de medicamentos del Sector Salud implica la incorporación de medicamentos que ofrezcan mayores beneficios)

Antecedentes:

El amparo en revisión a estudio se deriva del juicio de amparo presentado en el año 1997 ante los Juzgados Federales, del que conoció el Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal.

El quejoso señaló como autoridades responsables al Secretario de Salud en su carácter de Presidente del Consejo de Salubridad General; al Secretario del Consejo de Salubridad General; al Presidente de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud; la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud; Director del Instituto Mexicano del Seguro Social; Director de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social y; Director del Hospital de Especialidades del Centro Médico Nacional del Siglo XXI⁴³⁹.

Los actos reclamados son dos y consisten en: 1) La emisión, aprobación y publicación en el Diario Oficial de la Federación el 15 de noviembre de 1996, del Cuadro Básico de Medicamentos 1996 y, 2) La ejecución de las disposiciones contenidas en el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos 1996, en perjuicio de la quejosa que se traducía en la abstención de proporcionar los medicamentos que le son esenciales para un adecuado tratamiento del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida⁴⁴⁰.

Cabe mencionar que la publicación del Cuadro Básico hecha el 15 de noviembre de 1996 establece en el apartado “organización” que ninguna institución o dependencia está obligada a la adquisición de todos los medicamentos que

⁴³⁹ Véase Sentencia de Amparo en Revisión 2231/97 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resultando Primero, pp. 1 y 2.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 2.

aparecen en el documento, pero sí a emplear únicamente los que aparecen en el listado.

Los derechos considerados violados son el 1º, 4º, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Relación de hechos

El quejoso narró que era derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social y que recibía atención médica en el Hospital de Especialidades del Centro Médico Nacional Siglo XXI, dependiente del IMSS toda vez que padece hemofilia tipo A, clásica, factor VIII desde 1984. Que con motivo de los tratamientos recibidos fue contagiado en las instalaciones del IMSS con el virus de la Hepatitis C, así como con el virus de la Inmunodeficiencia Adquirida (VIH), que a la fecha ya presentaba la sintomatología del SIDA por lo que requería ser tratado con los medicamentos esenciales para tal tipo de enfermedad⁴⁴¹.

También señaló que recientemente (fecha en que se presentó el amparo) han sido descubiertos y comercializados diversos medicamentos que dadas sus ventajas terapéuticas, resultan esenciales para el tratamiento médico de las personas enfermas de SIDA, describiendo los medicamentos y sus efectos, aclarando que el carácter de esenciales está dado porque producen un gran beneficio terapéutico, ya que impiden la replicación del virus, y consecuentemente, logran que el SIDA tienda a ser una enfermedad parecida a las enfermedades crónicas, una mayor sobrevivencia y una mejor calidad de vida⁴⁴².

El quejoso señala que los medicamentos recientemente descubiertos y a los que hace mención, no fueron incluidos en el Cuadro Básico y Catálogo de

⁴⁴¹ Resultando Segundo, pp. 2 y 3.

⁴⁴² Ibidem, pp. 4 y 5.

Medicamentos que se publicó el 15 de noviembre de 1996 en el DOF, no obstante su disponibilidad en el mercado y que la Secretaría otorgó su registro, por lo que no pueden ser prescritos y suministrados a pesar de ser esenciales para los enfermos del SIDA⁴⁴³.

Conceptos de violación

En la sentencia en estudio, sólo se menciona que el peticionario de amparo formuló los conceptos de violación que estimo pertinentes. Sin embargo, de los antecedentes, la relación de hechos y los actos reclamados, se deduce que los conceptos de violación versan sobre la no incorporación de los medicamentos que señala son esenciales para un adecuado tratamiento del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida en el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos

Trámite de la demanda de amparo y sentido de la sentencia

El juzgado mediante auto de fecha once de diciembre de 1996 admitió la demanda con el número 710/96, seguido el juicio en todos sus trámites legales dictó sentencia el 21 de mayo de 1997, negando el amparo⁴⁴⁴.

Ahora bien, es menester señalar que el Juzgado de Distrito al resolver el juicio de amparo hizo mención a varias cosas⁴⁴⁵, señalando como más importantes las que desglosamos de la siguiente manera:

1. Que el quejoso ha sido atendido en el instituto por sus padecimientos y que se demuestra plenamente que el quejoso ha disfrutado de la

⁴⁴³ Ibidem. P. 5.

⁴⁴⁴ Resultando Tercero, p. 6.

⁴⁴⁵ Considerando Segundo, pp. 23-27.

protección de la salud, por lo que no se demuestra la violación que alega.

2. Que el argumento de que las autoridades responsables al no incluir en el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos de 1996 medicamentos que el señala como esenciales para su padecimiento, resulta infundado porque no existe una norma de derecho que obligue a las autoridades responsables a suministrar al quejoso específicamente los medicamentos que pretende, que si bien es cierto que conforme al artículo 4º constitucional, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y el acceso a los servicios de salud, ello no se traduce en el derecho subjetivo a recibir en especial los medicamentos recientemente descubiertos que menciona, porque también existen diversas enfermedades que atacan a una gran parte de la población que de la misma manera que el SIDA merecen la mayor atención médica por parte del Sector Salud.
3. Que la inclusión o permanencia de medicamentos en el Cuadro Básico no es potestativo de las autoridades responsables, que en las consideraciones de la publicación se establece expresamente que en caso de requerir otros fármacos debe presentarse a la CICBISS una petición de inclusión, de acuerdo a las normas instituidas por la comisión.
4. Que no obstante a que la ley da acción a los particulares para solicitar la inclusión de medicamentos en el cuadro básico, el quejoso no acreditó en autos haber solicitado a las responsables la inclusión de los medicamentos que pretende por lo que debe concluirse que no

existe la violación a las garantías de audiencia y legalidad; además de que actualmente (fecha en que se dictó la sentencia) se encuentra en trámite la inclusión en el multicitado cuadro de medicamentos los genéricos de medicamentos que menciona el quejoso no fueron incluidos.

Así tenemos, que en la sentencia de merito en juzgador en el primer punto considera que el derecho a la protección de la salud se cumple con la atención que ha recibido el quejoso; es decir, la apreciación es más formal que sustancial, pues con el hecho de haber sido atendido el quejoso ya da por satisfecho el derecho, sin tomar en cuenta la situación actual y la eficacia de la atención y/o medicamentos. Se trata de una apreciación muy superficial o mejor dicho, se busca una salida para no entrar en cuestiones presupuestarias.

En el punto que hemos marcado como segundo respecto de la sentencia en estudio, observamos nuevamente que el gran problema para el juzgador es el aspecto del presupuesto, por ello determina que no existe una norma de derecho que obligue a las autoridades a suministrar los medicamentos que el peticionario pretende. Claro está que no hay una ley que determine que a los usuarios del servicio se les dará los medicamentos que sean de su gusto. La Ley General de Salud establece en su artículos 2º fracción II y 27 fracción VII, el alcance del derecho a la protección de la salud, de donde se deriva la obligación, no de brindar el medicamento a capricho del usuario del servicio, sino, tomando en cuenta la eficacia del mismo, de tal forma que si los medicamentos que alega el quejoso no fueron incluidos en el Cuadro Básico y por ello no le podrán ser suministrados y, los efectos entre éstos y los existentes en dicho cuadro para el padecimiento de que se trata, tienen diferencias por ofrecer mejores resultados lo primeros, se actualiza la

obligación de que al quejoso se le otorguen los primeros. La obligación no se da a raíz de un gusto o capricho, sino, de los resultados que da el medicamento, tomando en cuenta que la Ley General de Salud claramente establece que el servicio que brinda el sector salud debe ser eficaz.

Sin embargo, esta preocupación de juzgar respecto a cuestiones que implican presupuesto estatal se nota más marcada cuando el juzgador señala que el derecho contenido en el artículo 4º constitucional no se traduce en el derecho subjetivo a recibir los medicamentos recientemente descubiertos porque existen diferentes enfermedades que al igual que el SIDA merecen la mayor atención. En otras palabras lo que trata este punto es que sí en el cuadro básico de medicamentos no se encuentran los medicamentos de reciente descubrimiento es porque no existe presupuesto para ello porque son más costosos y que el sector salud no solo se enfoca en la enfermedad del SIDA, sino en muchas más, por lo tanto, son las autoridades las que deciden de qué medicamentos se dispondrá en base a las posibilidades de recursos existentes.

En el caso del punto que hemos señalado como tercero, el juzgador busca fortalecer su decisión con cuestiones procedimentales al señalar que el quejoso tuvo la posibilidad de solicitar se incluyera los medicamentos que pretende a la CICBISS y, al no hacerlo, ya se convierte en su responsabilidad el hecho de que no se incluyan en el cuadro básico porque incluso una negativa a dicha inclusión puede ser impugnada.

Para el caso del último punto el juzgador sólo reafirma que no hay violación al derecho a la protección de la salud en relación a los hechos narrados en la demanda de amparo por dos razones principales: 1) Porque el quejoso no solicitó a

las autoridades competentes la inclusión de los medicamentos que pretende y, 2) Porque a la fecha de resolución está en trámite la inclusión de los medicamentos que aduce el quejoso no fueron incluidos en el cuadro básico.

Al analizar éstos puntos tenemos que la sentencia tiene argumentos para justificar su sentido, pero no es garantista, no se cumple con los principios que rigen a los derechos humanos (la interpretación más garantista).

Recurso de Revisión

Inconforme con el fallo, el quejoso interpone el recurso de revisión, admitiéndose por acuerdo del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 20 de agosto de 1997⁴⁴⁶, considerando que es competencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por tratarse de una interposición en contra de una sentencia dictada en audiencia constitucional de un juicio en la que se establece la interpretación directa de un precepto constitucional que no se refiere a la materia especializada de alguna de las Salas⁴⁴⁷.

En el recurso de revisión la parte quejosa señaló como agravios una indebida interpretación del juzgador respecto al derecho a la protección de la salud que contempla el artículo 4 constitucional al señalar que no existe norma de derecho que obligue a las autoridades a suministrar los medicamentos que pretendan los enfermos y, que una interpretación directa y correcta del derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 4º constitucional debe ser en el sentido de que ésta garantía individual no se satisface con el suministro de cualquier clase de atención médica, sino que se debe proporcionar a los enfermos la mejor alternativa terapéutica, definida como aquella que otorga una mayor calidad y cantidad de vida,

⁴⁴⁶ Resultando Cuarto, p. 7.

⁴⁴⁷ Considerando Primero, p. 8.

porque del artículo 2º fracciones II y V de la Ley General de Salud se deriva que las finalidades del derecho a la protección de la salud son la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana y el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población, por lo tanto el carácter de medicamentos esenciales no queda supeditado al arbitrio de las autoridades responsables ya que está determinado por la consecución de los objetivos previstos en el artículo 2º de la Ley General de Salud⁴⁴⁸.

Sentido de la sentencia que resuelve el recurso de revisión

El Pleno de la Suprema Corte determina en lo sustancial que efectivamente es incorrecta la interpretación que se hace en la sentencia recurrida al artículo 4º constitucional que establece el derecho a la protección de la salud⁴⁴⁹, señalando que la atención médica comprende entre otras, las actividades curativas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno, así como la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, reconocido por la ley reglamentaria del derecho a la protección de la salud.

En el punto medular de la sentencia señala el Pleno lo siguiente: “En consecuencia, contrariamente a lo determinado por el Juez del conocimiento, el derecho a la protección a la salud sí se traduce en el derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención médica por parte

⁴⁴⁸ Considerando Tercero, pp. 28-30.

⁴⁴⁹ Considerando Sexto, p. 54.

del Sector Salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que como garantía individual consagra el artículo 4º de la Carta Magna⁴⁵⁰.

No cabe duda que el sentido de la sentencia en estudio representa un gran avance en el desarrollo de los derechos sociales por las siguientes razones:

1. Se establece que el derecho a la protección de la salud si se traduce en el derecho subjetivo a recibir medicamentos; es decir, se establece que sí es un derecho que puede ser reclamado en las instancias judiciales.
2. Se establece que la protección a la salud es un derecho a recibir medicamentos sin importar que éstos sean recientemente descubiertos.
3. Se establece que el hecho de que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención médica por parte del sector salud, son circunstancias ajenas al derecho del individuo de recibir medicamentos para el tratamiento de su enfermedad.

Sin embargo, creemos que en el presente caso la Corte tuvo la oportunidad de aportar mayores elementos en la determinación de cuando los medicamentos son esenciales; es decir, no se pronunció en el sentido de determinar que les da el carácter de “básico” o “esencial”.

Insistimos en esta parte porque la disponibilidad de medicamentos e insumos esenciales del cuadro básico a que hace referencia el artículo 29 de la Ley General de Salud puede tener diferentes connotaciones. Por un lado, se puede entender como aquellos medicamentos que deben estar en cuanto una base; es decir, que por lo menos esos no deben faltar, sin importar si son los más indicados. Por otro

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 58.

lado, se puede entender que esencial en cuanto medicamento para la protección de la salud no es cualquier medicamento, sino, sólo aquellos que tienen un mejor resultado en el padecimiento o dolencia.

La Corte prefiere utilizar la palabra “básico” a la de “esencial” al pronunciarse que el derecho a la protección de la salud se traduce en un derecho a recibir medicamentos. Si bien es cierto, que el artículo 27 de la Ley General de Salud utiliza la palabra “básicos”, también lo es que la forma en la que está redactado el artículo hace ver que no se utilizan como sinónimos.

En efecto, dicho artículo señala:

Art. 27.- Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

...

VIII.- La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud

Interpretamos que cuando se hace referencia a servicios básicos, se utiliza como forma de indicar que son servicios que no pueden faltar que conforman un “cuando menos”; ahora, cuando se menciona de la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud en la fracción VIII, entendemos que se trata de medicamentos que producen el mejor efecto en la protección de la salud, máxime si la palabra esencial va seguida de las palabras para la salud.

Ahora bien, la sentencia de merito sí representa una garantía amplia al derecho a la protección de la salud porque se determina que el derecho a recibir medicamentos necesarios se da no obstante a que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor protección por el sector salud, lo que se traduce en que el estado no puede poner como excusa la falta de presupuesto por tener que destinar

recursos en medicamentos para otras enfermedades. La frase medicamentos necesarios debemos entenderla como aquellos medicamentos que tienen la mayor eficacia.

4.3. AMPARO EN REVISIÓN 2543/1998

(Inclusión de esposos de trabajadoras como derechohabientes del ISSSTE)

Antecedentes

El día 25 de mayo de 1998 se presenta en la Oficialía de Partes Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa se presenta demanda de amparo por varias mujeres en cuanto trabajadoras en activo de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Se señalaron como autoridades responsables a todas las que participaron en el proceso que culminó con la publicación en el DOF de la Ley del ISSSTE y como autoridades ejecutoras al Director del ISSSTE, Subdirector de Afiliación y Vigencia de la Subdirección General de Prestaciones Económicas del ISSSTE y Jefe de Servicios de Vigencia de la Subdirección General de Prestaciones Económicas del ISSSTE⁴⁵¹.

En cuanto a los actos reclamados se señala de las autoridades ordenadoras en sus respectivas competencias la discusión, aprobación, promulgación, expedición y refrendo de la Ley del ISSSTE, cuyos artículos 5, fracción V, párrafo quinto y 24, fracción V señalan son inconstitucionales. En cuanto a las ejecutoras se reclama la negativa tácita para efectuar el registro de sus esposos como familiares derechohabientes por considerar que para poder ser registrados deben reunir los requisitos que establece el artículo 24, fracción V de la Ley del ISSSTE.

⁴⁵¹ Amparo en Revisión 2543/1998, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resultando Primero, pp. 1-7.

Las garantías constitucionales señaladas como vulneradas son los artículos 1º, 4º y 123, apartado B, fracción XI, inciso d).

Relación de hechos

Las actrices de la demanda manifiestan que son trabajadoras en activo de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, incorporadas al régimen obligatorio del ISSSTE, motivo por el cual sus cuotas y aportaciones son deducidas de sus salarios y pagadas por la dependencia.

Que el 26 de marzo de 1998 solicitaron por escrito al Subdirector de Afiliación y Vigencia del ISSSTE el registro como familiares derechohabientes sin limitación alguna de sus esposos, con fundamento en los artículos 1º, 4º, y 123, apartado B, fracción XI, inciso d) y 133 de la Constitución, quienes no cuentan por sí mismos con derechos propios de algún régimen de seguridad social. Como respuesta a la solicitud el 17 de abril de 1998 mediante oficio SAV-02/DC/452/98 el C. Jefe de Servicios de Vigencia de la Subdirección General de Prestaciones Económicas niega la petición de otorgar el registro de sus esposos como familiares derechohabientes, aduciendo que para el registro es necesario que éstos reúnan los requisitos que establece el artículo 24, fracción V de la Ley del ISSSTE. Señala la autoridad que el día 27 de diciembre de 1983 fue publicado en el DOF la Ley del ISSSTE que en sus artículos 5, fracción V, párrafo quinto y 24 señala lo siguiente:

Artículo 5. Para los efectos de esta ley, se entiende:

...

V. Por familiares derechohabientes a:

...

El esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista que fuese mayor de 55 años de edad; o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella.

Artículo 24. También tendrán derecho a los servicios que señala la fracción I del artículo anterior en caso de enfermedad, los familiares derechohabientes del trabajador o pensionista que enseguida se enumeran:

...

V. El esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista, siempre que fuese mayor de 55 años de edad, o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella⁴⁵².

Conceptos de violación

Señalan que el artículo primero constitucional contiene de manera genérica la garantía de igualdad que preceptúa que las leyes deben ser generales, sin hacer excepción de personas, ni para conceder privilegios, ni para colocar a nadie en grado de inferioridad. Que el alcance de la garantía se extiende a todo individuo, por lo que los artículos de la ley del ISSSTE que se impugnan son inconstitucionales. Mencionan que dichos preceptos les causan agravios, toda vez que violan en su perjuicio la garantía de igualdad prevista en el artículo 1º constitucional al establecer mayores requisitos a los trabajadores mujeres que a los trabajadores hombres para asegurar a sus respectivos cónyuges siendo por demás discriminatorias y encontrándose en abierta contradicción con lo que estipula el artículo primero, excediéndose la norma reglamentaria y que conforme a derecho, no puede ni le es dable establecer distinción dónde la principal no lo hace⁴⁵³.

⁴⁵² Véase Resultando Segundo, pp. 8-12.

⁴⁵³ Ibidem, pp. 13 y 14.

También señalan, asimismo, se viola en nuestro perjuicio la garantía de igualdad prevista en el artículo 4º constitucional que señala el varón y la mujer son iguales ante la ley; sin embargo, los artículos impugnados violan la garantía de igualdad en comento toda vez que reconoce como familiares derechohabientes a la esposa en todos los casos, empero restringe nuestro derecho como trabajadoras al servicio del Estado aceptando que solo podemos asegurar a nuestros esposos después de que éstos cumplan 55 años o estén incapacitados física o psíquicamente y dependan económicamente de nosotras, no obstante tener la misma categoría de empleo, ejecutar el mismo trabajo que los trabajadores hombre, devengamos el mismo salario y hacemos las mismas aportaciones que los trabajadores hombres, por lo que también se restringe en perjuicio de los esposos el derecho a la salud⁴⁵⁴.

Finalmente señalan que se vulnera en su perjuicio el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d) de la Constitución que dispone que los familiares de los trabajadores tengan derecho a asistencia médica y medicinas en todos los casos y, en la proporción que determine la ley⁴⁵⁵.

Trámite de la demanda de amparo y sentido de la sentencia

El 26 de mayo de 1998 el Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa admitió la demanda, registrándola con el número 232/98, dictando sentencia el primero de julio de ese año en la que determina en el punto primero resolutive sobreseer el juicio por considerar que del oficio mencionado en ningún momento se advierte que se haya aplicado en su contra el artículo 5º, fracción V, párrafo

⁴⁵⁴ Ibidem, pp. 16 y 17.

⁴⁵⁵ Resultando Segundo, p. 19.

primero y quinto de la Ley del ISSSTE⁴⁵⁶, de conformidad al considerando tercero de la sentencia que correspondió al juicio 232/98.

Mientras que en el resolutivo segundo señala que la justicia de la Unión ampara y protege a las quejas en contra de los actos de las autoridades responsables ordenadoras y ejecutoras, consistentes en la inconstitucionalidad del artículo 24, fracción I y V de la Ley del ISSSTE, por concluirse que al establecer un trato desigual para el esposo de la trabajadora, en relación con la esposa del trabajador, viola la garantía de igualdad que consagran los artículos 4º y 123, apartado B, fracción XI, inciso d) de la Constitución⁴⁵⁷, de conformidad al considerando cuarto.

Recurso de Revisión

Inconforme con la sentencia el Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Medio Ambiente y el Secretario de Gobernación en representación del Presidente de la República interpusieron recurso de revisión que admitió el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante proveído de fecha 11 de septiembre de 1998⁴⁵⁸

El Secretario de Gobernación en sus agravios señala medularmente que el razonamiento que hace el Juez al resolver el amparo es contrario a lo previsto en el artículo 77 de la Ley de Amparo toda vez que la sentencia dictada no contiene la fijación clara y precisa del acto reclamado ni la debida fundamentación para apoyar en su caso, la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto que se reclama⁴⁵⁹, que no se debe pasar inadvertido la necesidad de regular el acceso de la población

⁴⁵⁶ Resultando Tercero, p. 35

⁴⁵⁷ Ibidem , p 45.

⁴⁵⁸ Resultando Cuarto, p. 47.

⁴⁵⁹ Considerando Segundo, p. 53.

a los servicios de asistencia médica. Que si no existe la regulación referida, prevista en ley, se estaría en riesgo de situaciones contrarias a derecho, tratándose de la asistencia médica, pues sin ningún control cualquiera pretendería acceder a los servicios de salud en forma indiscriminada⁴⁶⁰.

Por su parte el Secretario General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca expresa en sus agravios esencialmente que el juez a quo no hace ningún distingo en cuanto a las autoridades refrendadoras de las ordenadoras y de la ejecutoras con lo cual se adjuntan a la Secretaría de Medio Ambiente actos que no son propios como la aplicación de los preceptos legales considerados inconstitucionales⁴⁶¹.

Sentido de la resolución que resuelve el recurso de revisión

En cuanto al punto central de la sentencia que resuelve el recurso de revisión la Corte señala que el artículo 1º nos permite concluir que los derechos públicos subjetivos se otorgan o reconocen por igual a todos los individuos, sin distinción de raza, edad, condición económica y aún nacionalidad, con las excepciones que el propio texto constitucional establece⁴⁶², no obstante que la Constitución prevé como garantía individual la igualdad de varón y mujer ante la ley, y el derecho a que los familiares de trabajadores de ambos sexos disfruten de atención médica, el legislador ordinario estableció un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el instituto, según se tratara de la esposa del trabajador o bien, del esposo de la trabajadora⁴⁶³

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 54.

⁴⁶¹ Ibidem, p 59.

⁴⁶² Considerando Quinto, p. 65.

⁴⁶³ Ibidem, p. 66.

De lo anterior se desprende que resulta ineficaz lo argumentado por el revisionista en cuanto afirma que la ley discutida sí trata igual a los esposos de las trabajadoras entre sí y a las esposas de los trabajadores, pues no fue esa la desigualdad alegada, sino la que existe entre los familiares de ambos cuando desean como derechohabientes de sus cónyuges, gozar de los servicios médicos que proporciona el instituto, sin razones válidas que lo justifiquen y cuando las que existen se basan simplemente en el sexo.⁴⁶⁴

Si una trabajadora desempeña la misma labor que su compañero del sexo masculino, cotiza de igual forma para tener acceso a los servicios de salud y su estado civil también es el mismo, tiene derecho a que sus familiares disfruten de los servicios asistenciales que la institución proporciona, en la misma forma que lo tiene un trabajador varón⁴⁶⁵.

De manera tal que diferenciar entre uno y otro familiar, sin otra razón que las diferencias entre ambos sexos, es claramente violatorio de lo dispuesto en la Carta Magna⁴⁶⁶.

En el presente caso la Corte determinó que efectivamente lo dispuesto en el precepto impugnado era inconstitucional por exigir mayores requisitos para que el esposo de una mujer trabajadora que cotiza y tiene las mismas aportaciones que el trabajador hombre, quien puede pedir al instituto el registro de su esposa sin mayores pormenores que el comprobar que son cónyuges.

Obviamente la norma impugnada en cuanto a que restringe derechos, no cumple con los requisitos que se deben satisfacer de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. En efecto, lo dispuesto en el artículo impugnado no es idóneo porque contradice disposiciones de preceptos constitucionales como el artículo 1º,

⁴⁶⁴ Ibidem, p. 67.

⁴⁶⁵ Idem.

⁴⁶⁶ Ibidem. p. 68

4º y 123, apartado B. Por otro lado, mucho menos es proporcional la medida tomada porque establece mayores requisitos para el cónyuge para poder ser registrado como derechohabiente en el ISSSTE cuando es la mujer quien cotiza, que cuando es el hombre quien cotiza porque en este caso a su cónyuge solo se le exige comprobar estar casada con la persona que quiere registrarla como familiar derechohabiente.

4.4. AMPARO EN REVISIÓN 936/2006 **(Retiro de militares por inutilidad a la milicia)**

Antecedentes

El 16 de febrero de 2005 se presenta demanda de amparo en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa. El quejoso señala como autoridades responsables ordenadoras a las autoridades que participan en el proceso legislativo de creación o modificación de ley y, en cuanto ejecutoras al General de Justicia Militar y Director de Justicia Militar, General de Brigada D.E.M., Comandante de la 15/a Zona Militar; C. Mayor Pagador encargado de nómina y Director del Hospital Militar⁴⁶⁷.

Se señalan como actos reclamados la discusión, aprobación y expedición de varios artículos de la ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, así como diversos artículos de la Ley del Instituto del Seguro Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas que contienen las tablas para la determinación de las categorías de grados de accidentes o enfermedades que den origen a retiro por inutilidad. Se reclama del Secretario de la Defensa Nacional la declaración

⁴⁶⁷ Amparo en Revisión 936/2006, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resultando Primero, p. 1.

provisional de procedencia por inutilidad en primera categoría contraída en actos fuera de servicio, oficio número SGB-1-4210; la Declaración de procedencia de su retiro por inutilidad contraída fuera del servicio por presentar secuelas de traumatismo craneoencefálico severo que continúa con hemiparesia izquierda y afección de funciones mentales, comprendido en la fracción 95 de la tabla de enfermedades del artículo 226 de la Ley ISSSFAM, oficio SGB-II-33396; se reclama la eminente ejecución de baja; así como la inminente negativa de atención médica, quirúrgica y hospitalaria con motivo de la orden de baja⁴⁶⁸.

El quejoso únicamente señaló como preceptos constitucionales violados los artículos 14 y 16.

Relación de hechos

Señala el quejoso que ingresó al Ejército Mexicano el 1º de abril de 1997 y que a la fecha de la presentación de la demanda tiene el Grado de Sargento Segundo de Materiales de Guerra asignado a la 15/a Zona Militar, que el 16 de enero de 2005 recibió el oficio número SGB-1-4210 por medio del cual se declara la procedencia de su retiro por inutilidad contraída fuera de actos de servicio por presentar secuelas de Traumatismo Craneoencefálico Severa que continúa con Hemiparesia Izquierda y Afección de Funciones Mentales Superiores, padecimiento comprendido en la fracción 95 de la primera categoría de la tabla de enfermedades a que hace referencia la Ley del ISSFAM, sin que se le permitiera continuar con atención médica alguna, considerando que primero se le debe dar la oportunidad de tratarse médicamente y darle un plazo o término adecuado para que pueda ponerse en

⁴⁶⁸ Ibidem, pp. 3.5.

tratamiento, lograr rehabilitarse y ponerse en condiciones físicas para poder servir al ejercito, sino en el mismo cargo, en otro que si sirva⁴⁶⁹.

Mencionó que con dicha acción lo pretenden dejar sin trabajo y que no tiene ingresos para costear un tratamiento quirúrgico, ni siquiera para comprar los medicamentos que necesita, por lo que con la baja lo condenan prácticamente a la muerte.

Conceptos de violación

Fundamentalmente señala como conceptos de violación la parte quejosa que los preceptos reclamados de la Ley Orgánica del Ejercito y Fuerza Aérea Mexicanos, como la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas transgreden las garantías de legalidad, certeza y seguridad jurídica en su perjuicio, consagrados en los artículos 14 y 16 constitucional, al no prever un tiempo para que el militar enfermo pueda recuperarse de su enfermedad, así como tampoco señala cuales son los procedimientos o criterios que se deben seguir para determinar la causa de retiro por inutilidad contraída fuera de actos de servicio.

Como concepto de violación se pide se declare la inconstitucionalidad de los preceptos reclamados y como consecuencia se deje sin efectos el Acuerdo del Secretario de Defensa Nacional y el oficio mediante el cual se decreta la procedencia de baja del quejoso, sin dar mayores argumentos. El quejoso menciona que el acuerdo de baja es violatorio de garantías al carecer de todo fundamento legal, que con la baja las responsables niegan la posibilidad de rehabilitación conforme a lo dispuesto en la fracción XIII del apartado B, del artículo 123

⁴⁶⁹ Resultando Segundo, p. 7.

constitucional y la Ley del ISSFAM que contempla la atención médico-quirúrgica a los militares⁴⁷⁰.

En la presente demanda de amparo en análisis se nota la falta de técnica jurídica del promovente porque centra su petición en el señalamiento de que los artículos impugnados son inconstitucionales por violar las garantías de legalidad, certeza y seguridad jurídicas por no prever un tiempo para que el militar enfermo pueda recuperarse de su enfermedad, siendo que la línea argumentativa pudo haberse dirigido en otros sentido y obtener mejores resultados, desde un inicio.

Trámite de la demanda de amparo y sentido de la sentencia

Por auto de fecha 17 de febrero de 2005 el Juzgado Primero de Distrito que conoce del asunto, desecha la demanda de garantías número 338/2005 por considerar que el quejoso consintió tácitamente el acto reclamado que consistió en el oficio SGB-1-4210. Inconforme con el desechamiento la parte quejosa interpone recurso de revisión que corresponde conocer al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, que revoca el acuerdo mencionando que al no existir certeza en la fecha cuándo conoció del oficio la quejosa se revoca el auto recurrido para que el juzgado se pronuncie nuevamente sobre la admisión, aclaración o rechazo⁴⁷¹.

El 14 de abril de dos mil cinco el Juzgado que conoce del caso ordenó se admita a trámite el juicio de amparo, celebrándose audiencia en 23 de junio de 2005, dictándose sentencia en la que se sobreseyó por considerar inexistentes los actos reclamados en relación con varias autoridades; señala que es improcedente en relación con el artículo 189 de la ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea

⁴⁷⁰ Resultando Tercero, pp. 9 y 10.

⁴⁷¹ Resultando Quinto, p. 12.

Mexicana por no existir acto concreto de aplicación; que el oficio DGB-4210 no carece de fundamentación y motivación porque si contiene los preceptos legales que lo sustentan, y; que el resto de los conceptos de violación que alegan violaciones a las garantías de seguridad jurídica, legalidad y acceso a la justicia al determinar el retiro por inutilidad son inoperantes porque no vierte razonamientos lógico-jurídicos a fin de evidenciar la inconstitucionalidad de la determinación de las responsables⁴⁷².

Recurso de Revisión

Inconforme con la resolución la parte quejosa interpone recurso de revisión mediante escrito presentado el 4 de agosto de 2005, admitiéndose por el Presidente del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa por auto de fecha 28 de septiembre de 2005, formándose el expediente 720/2005. En sesión de fecha 25 de abril de 2006 el órgano colegiado declaró por un lado, firme el sobreseimiento y, por el otro, se declaró legalmente incompetente para conocer de la constitucionalidad que subsiste⁴⁷³. El punto principal que lleva a sobreseer el recurso al tribunal fue porque el recurrente no expresó agravio alguno en su contra.

Recibidos los autos ante la Suprema Corte de Justicia, el 4 de mayo de 2006 se asumió competencia, formándose el expediente 936/2006, turnándose el asunto a la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas para la elaboración del proyecto de resolución⁴⁷⁴.

⁴⁷² Resultando Séptimo, pp. 13-18.

⁴⁷³ Resultando Octavo, p. 19.

⁴⁷⁴ Resultando Noveno, p. 21.

Sentido de la sentencia que resuelve el Recurso de Revisión

Al realizar el análisis de los agravios que esgrime la parte quejosa recurrente consistente en que el juez al dictar la resolución no aborda en esencia los conceptos planteados con relación a la inconstitucionalidad de leyes porque no solo se estableció que se violenta la garantía de audiencia, sino que también la garantía conocida como derecho a la salud de la cual el juzgado omite establecer razonamientos⁴⁷⁵, así como la consideración de que la ley que se impugna de inconstitucional omite establecer un término para que al militar se le considere inútil por alguna enfermedad, se le dé un tiempo prudente para que se le pueda proporcionar tratamiento y rehabilitación⁴⁷⁶, el Pleno de la Corte señala que: del escrito inicial de demanda y de las ampliaciones relativas, se advierte que lo que fundamentalmente alega el quejoso es que los preceptos legales impugnados violan las garantías de legalidad, certeza o seguridad jurídica, acceso a la seguridad social y derecho a la protección de la salud porque no prevén un tiempo para que el militar enfermo pueda recuperarse de su enfermedad y mucho menos señalan cuáles deben ser las reglas, el procedimiento o los criterios que se deben de seguir para determinar la causa de retiro por inutilidad contraída fuera de actos de servicio⁴⁷⁷.

En realidad la parte recurrente no da mayores argumentos para acreditar porque se viola el derecho a la salud o porque son inconstitucionales los preceptos de la Ley de ISSFAM a la luz de los artículos 14 y 16 constitucionales, solo menciona que no establecen con certeza las condiciones determinantes de retiro y el término que se debe otorgar para una rehabilitación, a diferencia de la Ley del ISSTE que sí lo hace.

⁴⁷⁵ Considerando Segundo, p. 22.

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 23.

⁴⁷⁷ Considerando Tercero, p. 28.

El Pleno de la Suprema Corte determina que en la especie se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 114, fracción I de la Ley de Amparo, respecto de los artículos 21 y 171 de la Ley del ISSFAM. Por otro lado, en el considerando cuarto, el Pleno de la Corte señala que los agravios que hace valer el quejoso, son en parte inoperantes y, en otra fundados⁴⁷⁸. La parte que resulta inoperante es porque solo reitera los conceptos de violación que hace valer en su demanda de amparo, sin controvertir las consideraciones de la sentencia.

El punto en el que resulta fundado para el Pleno, es la parte en la que el Juzgado de Distrito considera que los conceptos de violación son inoperantes porque la parte quejosa no vierte razonamientos lógico-jurídicos cuando menciona que se violenta la seguridad jurídica, legalidad y acceso a la seguridad social, considerando el Pleno de la Corte que para el análisis de los conceptos de violación es suficiente que se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio⁴⁷⁹.

El Pleno de la Suprema Corte hace un análisis de cómo se integra el sistema nacional de salud, concluyendo que el derecho a la protección de la salud, se traduce en la obligación del Estado de establecer mecanismos necesarios para que todos los mexicanos tengan acceso a los servicios de salud, que comprenden entre otras cuestiones, la asistencia médica y el suministro de medicamentos, y uno de esos los constituye el régimen de seguridad social que contempla el artículo 123 constitucional; pero, concluye que existen institutos públicos de salud para aquellas personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social,

⁴⁷⁸ Considerando Cuarto, p. 36.

⁴⁷⁹ Considerando Cuarto, p. 39.

por lo tanto, el hecho de que una persona no sea derechohabiente de las instituciones de seguridad social, no da lugar a estimar que se limita o menoscaba su derecho a la protección de la salud⁴⁸⁰.

Por otro lado, del análisis que hace el Pleno de la Suprema Corte de los artículos que la parte quejosa impugna de inconstitucionales referente a la Ley del ISSSFAM, determina que se justifica la medida porque es acorde a los criterios de capacidad contributiva y que por ende no tiene por efecto restringir el derecho a la protección de la salud de los militares y marinos⁴⁸¹, esto en atención a que la parte quejosa menciona que si se le da de baja se le está privando del derecho a ser atendido en el ISSFAM y por ende se viola en su perjuicio el derecho a la protección de la salud.

La Corte considera que en el presente caso se advierte una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, por lo tanto procede a suplir la deficiencia de la queja, esto relacionado con el acto de aplicación consistente en el oficio DGB-4210, por carecer de fundamentación y motivación dado que en dicha declaración provisional de procedencia de retiro no se establece si los padecimientos son definitivos o no⁴⁸². Concediendo el amparo en contra del oficio DGB-4210 por carecer de fundamentación y motivación⁴⁸³.

En el presente caso se observa que se pudo obtener un mejor resultado, lamentablemente el planteamiento no fue el más adecuado. De lo que hemos visto tenemos que la parte quejosa principalmente alega la baja del servicio militar por padecer enfermedades contempladas en la tabla de la Ley del ISSFAM y como consecuencia de ello la falta de trabajo y por ende de un ingreso económico; así

⁴⁸⁰ Considerando Quinto, p. 57.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 63.

⁴⁸² Considerando Sexto, p. 66.

⁴⁸³ Ibidem, p. 70.

como del servicio de salud que brinda el ISSFAM; sin embargo, su abogado se fue por el lado de combatir los artículos que contemplan las bajas y la tabla de enfermedades de las personas al servicio de la fuerza aérea mexicana como inconstitucionales por la cuestión de legalidad y seguridad jurídica, alegando que los oficios por medio de los cuales se le informa de su baja no tienen fundamentación y motivación.

Un mejor argumento en el presente caso pudo haber sido, el alegar la inconstitucionalidad de los actos, pero en base a violaciones a los artículos 4 y 123 constitucionales; así como la razonabilidad de las medidas; es decir, que con los padecimientos de la quejosa efectivamente ya no se pudiera prestar los servicios a la fuerza aérea mexicana.

En efecto, aun y cuando en la ley se establezca que procede dar de baja a un militar cuando tenga determinados padecimientos o enfermedades, no solo por el hecho de que esté en ley esa disposición quiere decir que es válida; sino que para ello, se debe analizar si efectivamente quien tiene determinada enfermedad o padecimiento ya no puede desarrollar las actividades que venía desarrollando o en su defecto, otras, con la finalidad de que se siga conservando el empleo, porque de lo contrario tendremos que se le está privando a una persona al trabajo en forma arbitraria. El solo hecho de padecer una enfermedad no puede ser causa de baja en el trabajo a menos que dicha enfermedad o padecimiento impida que el trabajador desarrolle sus actividades en forma normal. Incluso en caso de no ser así, se debe ver la posibilidad de tenerlo desarrollando otras actividades en las que su estado actual le permita trabajar, o de lo contrario se vulnera el derecho al trabajo.

Por otro lado, aun y cuando exista un sistema nacional de salud en el que se cuente con instituciones públicas de salud para las personas que no tienen

seguridad social puede haber violación al derecho a la protección de la salud porque es bien sabido que no existen las mismas condiciones de salud en las instituciones de seguridad social que en las que tienen un servicio abierto al público en general, iniciando por el grado de cobertura. Así las cosas, posiblemente bajo esta línea argumentativa se hubiera tenido un mejor resultado.

Por otro lado, en el amparo se reclama que la ley del ISSFAM no contempla un plazo para la recuperación de los militares a diferencia de la Ley del IMSS que si lo hace, con lo que se pudo dirigir como estrategia, una violación al artículo primero constitucional, que si bien es cierto, a la fecha de la presentación de la demanda aun no se reformaba para contemplar categóricamente la no discriminación; sin embargo, si hablaba de una igualdad de las personas, pudiendo con ello alegar una desigualdad de trato entre trabajadores dados de alta en el sistema del IMSS y trabajadores dados de alta en el ISSFAM.

4.5. AMPARO INDIRECTO 1157/2007-II (caso Mini Numa)

Antecedentes

El Delegado Municipal y cuatro personas más, integrantes del Comité de Salud de la Comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, solicitan el amparo y protección de la justicia federal en contra de las autoridades responsables Secretario de Salud del Estado de Guerrero, Gobernados del Estado de Guerrero, Subsecretario de Coordinación Sectorial de la Secretaria de Salud en el Estado de Guerrero y Jefe de Jurisdicción Sanitaria, Región Montaña, con Sede en Tlapa, Guerrero⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Véase Sentencia de Amparo 1157/2007-II, Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero Resultando primero, pp. 1 y 2.

Como actos reclamados se señalan a la resolución de 16 de octubre de 2007, en la que la responsable resuelve el recurso de inconformidad interpuesto por los quejosos, desechando de plano el recurso de informalidad hecho valer, confirmando su primer determinación de fecha 19 de julio de 2007, en la que se niega a la comunidad de Mini Numa proveer de todo lo necesario para que tengan una unidad médica, con personal capacitado y cuadro básico de medicamentos y la violación del derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 4º de la Constitución⁴⁸⁵.

Relación de hechos

Los peticionarios de amparo, en escrito que presentaron el siete de mayo de dos mil siete, solicitaron al Gobernador del Estado de Guerrero, en su calidad de autoridad sanitaria, el servicio de una unidad médica con personal capacitado para atender a la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc y sus alrededores y se les proporcionara el cuadro básico de medicamentos (servicios básicos de salud)⁴⁸⁶.

En respuesta a su solicitud el Secretario de Salud del Estado de Guerrero, emitió el oficio 4083, de fecha diecinueve de junio de dos mil siete, en que les negó tal petición, argumentando la citada autoridad que acorde a los lineamientos establecidos en el modelo integrador de atención a la salud (MIDAS), para la construcción de un centro de salud, la localidad debía contar con una población de dos mil quinientos a tres mil habitantes por núcleo básico, a una distancia de quince

⁴⁸⁵ Véase, Resultando primero, p. 2.

⁴⁸⁶ Considerando cuarto, p. 36.

kilómetros y un tiempo de treinta minutos de recorrido al Centro de Salud más cercano y que la comunidad respectiva, no cumplía con tales requisitos⁴⁸⁷.

La anterior determinación de la autoridad responsable originó que los quejosos interpusieran el recurso de inconformidad previsto en los artículos 321 al 332 de la Ley de Salud del Estado de Guerrero, el cual fue desechado de plano el dieciséis de octubre de dos mil siete⁴⁸⁸.

Conceptos de violación

De la sentencia de amparo en análisis no es posible identificar textualmente cuales fueron los conceptos de violación que plantearon los quejosos, ya que en el considerando cuarto se menciona que la transcripción de los conceptos de violación se omiten por estar contenidos en el escrito inicial de demanda; sin embargo, se deduce que los mismos consistieron en la negativa de las autoridades responsables de proveer lo necesario para que la comunidad contara con una unidad médica, personal capacitado y el cuadro básico de medicamentos.

Sentido de la sentencia

Para resolver el asunto planteado, en lo que interesa a nuestro objeto de estudio, el juzgador realiza un análisis del contenido de los artículos 4º, 1º, y 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley General de Salud, la Ley de Salud del Estado de Guerrero, así como los Tratados Internacionales que ha celebrado México. Señala que es evidente que se trata de un derecho que sin distinción de ninguna especie, goza toda persona que se encuentre en el territorio nacional, que los quejosos son habitantes Minu Numa, comunidad indígena Na Savi

⁴⁸⁷ Idem.

⁴⁸⁸ Considerando Cuarto, p. 36.

(Mixteca) conocida por su pobreza extrema que carece de atención médica, lo que motivó que los peticionarios solicitaran al Gobernador del Estado y al Secretario de Salud del Estado la construcción de una unidad médica, con personal capacitado así como la proporción del cuadro básico de medicamentos⁴⁸⁹.

Valorando todas estas circunstancias determina que , ahora bien, es cierto que de acuerdo con lo establecido en los lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS) que refiere el Secretario de Salud del Estado de Guerrero, la comunidad de Mini Numa, municipio de Metlatónoc, Guerrero, no cuenta con los requisitos para construir un centro de salud por las razones expuestas en el párrafo que antecede, por lo cual no procede obligar a la autoridad responsable a que realice la construcción de ese centro.⁴⁹⁰

Señala que sin embargo, se advierte que también prevé la construcción de casas de salud para comunidades rurales dispersas, ya que los indicados lineamientos tienen como finalidad eliminar las barreras financieras, para asegurar la prestación adecuada y dar una nueva arquitectura de los servicios de salud. El gobierno federal y las entidades federativas, han conjuntado esfuerzos para la construcción de nuevas unidades y la orientación de infraestructura existente de acuerdo con lo establecido en el Plan maestro de infraestructura⁴⁹¹.

De modo que el Modelo Integrador de Atención a la Salud, buscan acercar servicios de alta calidad y eficiencia a la población mediante la eliminación de barreras geográficas, culturales y organizacionales; es decir, pretende romper con un sistema fragmentado⁴⁹².

⁴⁸⁹ Considerando Quinto, pp. 129 y 132.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 133.

⁴⁹¹ Ibidem, pp. 133 y 134.

⁴⁹² Ibidem, p. 134.

En el asunto en estudio, se encuentra acreditado que los habitantes de la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, cuentan con una casa de salud, pero ésta no cumple con las condiciones mínimas en la que los quejosos y demás pobladores de la aludida comunidad rural, puedan recibir atención médica; porque en primer lugar, no cuenta con el mobiliario respectivo; y en segundo lugar, es casi inexistente el medicamento con el que cuenta⁴⁹³.

Para la valoración de las condiciones de la casa salud en Mini Numa, el juzgador ordenó hacer una inspección judicial, la cual fue hecha por la Secretaria de Acuerdos del Juzgado Mixto de Paz del Municipio de Metlatónoc, describiéndose las condiciones en las que se encuentra la aludida casa salud, entre las que destacan que : “La casa de salud está construida de adobe, piso de cemento, no hay luz eléctrica, no cuenta con agua potable, únicamente es agua entubada; no cuenta con servicio sanitario, solamente hay una fosa séptica, cuenta con una mesa de exploración médica, asimismo, señala que se hace constar y certifica que no hay médico, enfermera, ni promotor de salud, únicamente el técnico de salud⁴⁹⁴.

Continúa diciendo la certificación, ...y como consecuencia, no se advierte que la casa de salud cumpla con el cuadro básico de medicamentos, que no son más que las claves de los medicamentos que proporciona el sector salud para la atención de los padecimientos primordiales⁴⁹⁵.

Por todo ello el juez señala que si bien es cierto, la población de Mini Numa no cumple con las condiciones necesarias a efecto de que se construya un centro de de salud, como son : Una población que cuente con dos mil quinientos o tres mil habitantes; que el centro de salud más cercano se encuentre a una distancia de quince kilómetros y un tiempo de treinta minutos de recorrido; y por el contrario, la

⁴⁹³ Ibidem, p. 135.

⁴⁹⁴ Ibidem, pp. 137 y 138.

⁴⁹⁵ Considerando Quinto, p. 139

citada población cuenta con trescientos veintiún habitantes y se encuentra a una distancia de cuatro punto cinco kilómetros del centro de salud más cercano, que se ubica en Metlatónoc, Guerrero⁴⁹⁶, que cuentan con una casa de salud, pero la Secretaría correspondiente no le proporciona los medicamentos básicos necesarios, por lo que los quejosos tienen que trasladarse al centro de salud más cercano y éste no cuenta con las instalaciones necesarias, ni servicios básicos y como consecuencia con los medicamentos que hagan frente a las necesidades básicas de salud⁴⁹⁷.

Que de la prueba documental (audio video en formato DVD), su reproducción deja patente el testimonio del médico adscrito al centro de salud de Metlatónoc, Guerrero, en la que reconoce las carencias del servicio de infraestructura del centro de salud, que hace todo lo posible por atender a los pacientes de lunes a viernes, de ocho de la mañana a tres de la tarde, dentro de los vagones donados por la fundación “Vamos México”; que dichos módulos de atención permanecen cerrados sábados y domingos, incluyendo tarde y noche; que la gente espera su turno en la intemperie y con las inclemencias del tiempo.⁴⁹⁸

Como se ve, en realidad el mencionado centro de salud, no cumple con los Lineamientos del Modelos Integrador de Atención a la Salud (MIDAS) , emitido por la Secretaría de Salud, pues solo existen dos vagones que fueron donados por la fundación “Vamos México”, que no cumplen con las condiciones mínimas (luz, agua, sanitarios); es inexistente la prestación del servicio durante las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año; no cuenta con servicio de radio comunicación, ambulancia o apoyo vehicular; solo es atendido por un médico, por lo

⁴⁹⁶ Véase Considerando Quinto, p. 149.

⁴⁹⁷ Idem.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 150

tanto, aun y cuando los habitantes de la comunidad de Mini Numa tengan que acudir al centro de salud, no se satisfacen sus necesidades de atención a la salud⁴⁹⁹.

Finaliza señalando que por consiguiente, es evidente que se vulnera en perjuicio de los aquí quejosos, las garantías contenidas en el tercer párrafo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, motivo por el que procede conceder la protección de la justicia federal solicitada para efecto de que las autoridades primigenias del Estado de Guerrero, Gobernador y Secretario de Salud, cumplan de inmediato el acceso a la salud a que tienen derecho los quejosos, bajo los siguientes lineamientos:

- a) Que el espacio físico proporcionado por los habitantes de la comunidad Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, para la instalación de la casa de salud, se le proporcione los elementos básicos o necesarios para su buen funcionamiento (acondicionamiento, mobiliario y medicamentos adecuados); asimismo, se cumpla con la cartera de servicios atinentes a la casa de salud, los cuales se encuentran plasmados en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la Secretaría de Salud; y,
- b) Como el centro de salud ubicado en Metlatónoc, Guerrero no cuenta con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS); por ende, es necesario contar con el inmueble adecuado que en realidad funcione como centro de salud, que cuente desde luego, con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento (infraestructura, personal adecuado y medicamentos básicos), atendiendo a los lineamientos previstos en el mencionado

⁴⁹⁹ Considerando Quinto, pp. 153 y 154.

Modelo Integrador; sin que para el caso las autoridades sanitarias del estado de Guerrero, puedan alegar falta de presupuesto, pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional⁵⁰⁰.

Como se observa, la presente resolución es evidentemente relevante en la materia de acceso a la salud y tiene un rico contenido para sustentarla. En efecto, contrario a las opiniones de muchos que sostiene que el juzgador rebasa sus facultades al decidir sobre cuestiones que son competencia de los otros poderes (políticas públicas), resulta todo lo contrario, aun y cuando en la sentencia se sostiene que las autoridades no pueden alegar falta de presupuesto, porque la resolución se sustenta en las obligaciones que el propio estado a asumido a través de diversas disposiciones y la condena se hace en base al los Lineamientos establecidos en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), por lo que en ningún momento se decide sobre políticas públicas.

4.6. AMPARO EN REVISIÓN 173/2008

(Obligación de contar con autorización de la Secretaría de Salud para realizar cirugías)

Antecedentes

El 27 de julio de 2007 se presenta demanda de amparo indirecto en la Oficina de Correspondencia Común adscrita a los juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco. En dicha demanda se señalan como autoridades responsables al Congreso de la Unión, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Secretario de Gobernación y Secretario de Salud⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Véase Considerando Quinto, pp. 154-159.

⁵⁰¹ Amparo en Revisión 173/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resultando Primero, p. 1.

Se señalaron como actos reclamados el contenido del segundo párrafo del artículo 271 y el segundo párrafo del artículo 81 de la Ley General de Salud, publicados en el Diario Oficial de la Federación el diecinueve de junio de 2007 y 12 de enero de 2006, respectivamente; el Reglamento emitido por el Secretario de Salud que regula el segundo párrafo de la Ley General de Salud; así como las medidas tomadas por el Secretario de Salud para aplicar las anteriores disposiciones, consistentes en impedir al quejoso ejercer la profesión de médico cirujano en lo referente a las cirugías estéticas y cosméticas, relacionadas con el cambio de corrección del contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara o cuerpo⁵⁰².

Los preceptos constitucionales señalados como violados fueron los artículos 5, 13, 14, 16, 28, 73, 115, 121, 122, inciso a) y 124.

Relación de hechos

La parte quejosa señala que obtuvo cédula profesional expedida por la Dirección General de Profesiones de la SEP el 11 de abril de 2005 para ejercer como médico en el nivel de licenciatura. Afirma que desde que obtuvo esta habilitación, ha realizado cirugías estéticas y cosméticas relacionadas con el cambio o corrección del contorno o forma de diferentes zonas o regiones de la cara o cuerpo, sin que tuviera necesidad de autorización de ninguna autoridad sanitaria federal para realizar estos procedimientos, sino solo contar con la cédula profesional; que sin embargo, a partir de la reforma realizada al segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de junio de 2007, por ministerio de ley se requiere que además de

⁵⁰² Ibidem, p. 2.

la titularidad de su patente profesional debe contar con la autorización de la Secretaría de Salud⁵⁰³.

Conceptos de violación

En los conceptos de violación se señala entre otras cosas, que el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud viola la garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5º constitucional porque siendo médico cirujano se le exige contar con autorización de la Secretaría de Salud para realizar cirugía estética y cosmética a pesar de que previamente ha reunido los requisitos establecidos por la autoridad educativa para contar con título y ejercer la actividad de médico cirujano y que no está dentro de la esfera competencial de la Secretaría de Salud la regulación de las profesiones por lo que debe considerarse injustificado exigir a los ciudadanos acreditar ante la autoridad administrativa estudios adicionales a los de licenciatura⁵⁰⁴. Otro señalamiento que hace el quejoso es el relativo a la esfera competencial, mencionando que el artículo 5º constitucional establece que es facultad de las entidades federativas determinar cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio y las autoridades facultadas para su expedición y al obligarlo a obtener una autorización especial de la Secretaría de Salud para ejercer un determinado tipo de actividades de su carrera se está invadiendo la competencia contenida en el artículo 5º constitucional⁵⁰⁵

Trámite de la demanda de amparo y sentido de la sentencia

Seguido los trámites de la demanda, el 9 de agosto de 2007, el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco a quien le

⁵⁰³ Véase Considerando Tercero, p. 6.

⁵⁰⁴ Ibidem, pp. 7-9.

⁵⁰⁵ Ibidem. P. 9.

correspondió conocer del asunto por razones del turno, se declaró legalmente incompetente para conocer del juicio, señalando que era competente el Juez de Distrito que tiene jurisdicción en el domicilio fiscal del quejoso, esto es, aquél con residencia en el Estado de Querétaro, ordenando la remisión de los autos⁵⁰⁶.

El Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Querétaro, mediante auto de fecha 28 de agosto de 2007, aceptó competencia para conocer del asunto, admitiendo la demanda y ordenando su registro con el número 1069/2007. La celebración de la audiencia constitucional se llevó a cabo el 4 de octubre de 2007, dictándose sentencia en esa fecha, sobreseyendo el juicio por considerar que la parte quejosa no probó la existencia del acto de aplicación de las normas generales impugnadas toda vez que la autoridad ejecutora negó dicho acto⁵⁰⁷.

Recurso de Revisión

Inconforme con la sentencia, el 18 de octubre de 2007 la parte quejosa interpone recurso de revisión, remitiéndose los autos al Tribunal Colegiado en turno y el 25 de enero de 2008 el Presidente del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Vigésimo Segundo Circuito admite el recurso, asignándole el número A.R. 27/2008. Una vez admitido el recurso en sesión del 6 de marzo de 2008, el Tribunal dictó resolución en la que revocó el sobreseimiento y reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia para que conociera de la constitucionalidad de los artículos 271, segundo párrafo y 81, segundo párrafo de la Ley General de Salud al determinar que dichas normas fueron combatidas en su carácter de autoaplicativas por lo que no era necesario acreditar la existencia de un acto de aplicación⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Véase Resultando Tercero, p. 3.

⁵⁰⁷ Idem.

⁵⁰⁸ Véase Resultando Cuarto, p. 4.

El 26 de marzo de 2008 el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, asumió la competencia, ordenando dar vista a las partes, turnando el expediente al Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Sentido de la sentencia que resuelve el recurso de Revisión

En el considerando cuarto de la sentencia que resuelve el recurso de revisión se dice que el artículo 81 que se impugna no afecta los intereses jurídicos de la parte quejosa toda vez que establece los procedimientos necesarios para el registro de especialidades médicas, señalando requisitos diferenciados en función de las instituciones que emiten los certificados, debiendo sobreseerse porque la quejosa no se encuentra en el supuesto jurídico que contempla la norma; es decir, contar con un certificado de especialidad médica cuyo registro pretenda realizar⁵⁰⁹.

Posteriormente se pasa a analizar si el párrafo segundo del artículo 271 de la Ley General de Salud viola los artículos 5, 13, 14, 16 y 28 constitucionales atendiendo a cada uno de los señalamientos y argumentos que vierte la parte quejosa.

La Sala señala que son infundados los argumentos de la quejosa consistentes en que se vulnera la asignación competencial de los Estados que establece el artículo 5 constitucional de regular cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio porque dichos argumentos proponen un entendimiento parcial del alcance de la facultad legislativa soslayando la división de dos esferas competenciales distintas; por un lado, los títulos profesionales y, por el otro, la referida a la salubridad general⁵¹⁰. Para ello, se procede al estudio del contenido del artículo 5 y 121 de la Constitución que hacen referencia a los títulos

⁵⁰⁹ Véase considerando Cuarto, pp. 20 y 21.

⁵¹⁰ Considerando Quinto, p. 23.

profesionales; así como los artículos 4 y 73, fracción XVI constitucionales que hacen referencia a la salubridad general, determinando que la regulación referida a los títulos habilitantes para el ejercicio de las profesiones es de titularidad estatal, mientras que aquélla de la salubridad general es de titularidad federal con la posibilidad de concurrencia de los Estados⁵¹¹.

Como se observa en este punto, la parte quejosa pretendió que se declarara inconstitucional el artículo 271 de la Ley General de Salud a partir de la consideración de invasión de competencias; es decir, que es solo competencia de los Estados determinar que profesiones requieren de título para poder ejercerlas, así como los requisitos para su obtención y no así de competencia federal, alegando que la exigencia que establece el artículo 271 consistente en contar con una especialidad y la correspondiente autorización de la Secretaría de Salud para realizar cirugías deviene en una invasión de competencia de la federación. Ante dicho planteamiento precisa correctamente la Sala señalando que la salubridad general es de competencia federal y como lo que está en juego no es la regulación de títulos profesionales sino las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la protección de la salud de las personas, la federación está en facultades de su regulación, de tal manera que el artículo 271 de la Ley General de Salud al regular las condiciones de acceso a los servicios de salud fue emitido correctamente con fundamento en los artículo 4º y 73, fracción XVI de la Constitución.

En cuanto al señalamiento que hace el quejoso al afirmar que el artículo 271 de la Ley General de Salud viola la libertad de trabajo contenida en el artículo 5º constitucional al impedir a profesionales de la salud que no obtengan autorización

⁵¹¹ Ibidem. P. 25.

de la Secretaría de Salud y que no tengan un certificado de especialidad médica ejercer actividades propias de su profesión consistentes en cirugías estéticas o cosméticas, la Sala determina que no se viola el artículo 5º constitucional porque el artículo impugnado no establece una restricción absoluta sino que se trata de una norma que regula las condiciones que deben reunir quienes pretendan realizar este tipo de actividades⁵¹². Dice la Sala que se debe partir de la idea que ningún derecho fundamental es absoluto, por lo tanto, la libertad de trabajo no es absoluta y admite restricciones, las cuales no deben ser arbitrarias debiéndose analizar la constitucionalidad de la medida legislativa.

Señala que no toda restricción a la libertad de trabajo es constitucionalmente válida, que el legislador está facultado para regular el derecho al trabajo, para determinar su contenido y delimitar sus alcances, pero siempre bajo condiciones dignas y justas, y no para establecer límites que en su aplicación equivalgan en la realidad a una cancelación de su contenido esencial⁵¹³.

En el presente caso tenemos un escenario de colisión de derechos en el que por un lado tenemos el derecho a elegir una profesión y poder ejercerla una vez que se han cumplido los requisitos establecidos en ley y, por el otro tenemos el derecho a la protección de la salud que implica que el Estado tome las medidas necesarias para que la salud no se vea puesta en riesgo como puede ser en el caso de personas no capacitadas adecuadamente que ejercen la actividad médica.

La Sala considera que tratándose de restricciones a garantías individuales para que la medida tomada por el legislador sea válida, debe cumplir ciertos requisitos, indicando que: en primer lugar la restricción reglamentada por el

⁵¹² Véase Considerando Quinto, p. 33.

⁵¹³ Ibidem, p. 36.

legislador debe ser admisible en la Constitución; en segundo, al medida legislativa debe ser necesaria; y en tercero, debe ser proporcional⁵¹⁴.

Para el primer punto, la Sala procede a observar el contenido del artículo 5º constitucional, distinguiendo que la Constitución autoriza la restricción a la libertad de trabajo en tres supuestos: a) cuando se trata de una actividad ilícita, b) cuando se afectan derechos de terceros y, c) cuando se afecten derechos de la sociedad en general.

Señala la Sala que en la exposición de motivos de la norma impugnada, se desprende con claridad que el objetivo buscado por el legislador ordinario consiste en regular una situación social, en la cual detectó que las condiciones de salud de aquellas personas que se sometan a cirugías estéticas y cosméticas son vulnerables, y que, por tanto, requieren de una protección gubernamental⁵¹⁵, son dos los problemas identificados por el legislador en la prestación de servicios médicos estéticos y cosméticos: 1) la peligrosidad y sofisticación de las sustancias médicas a partir de las cuales se realizan las cirugías en esta materia y, 2) la frecuencia con la cual personas sin la preparación científica suficiente realizan estos procedimientos médicos especializados.

Con estos argumentos y tomando en cuenta la exposición de motivos de la reforma al artículo 271 de la ley General de Salud la Sala determina que se debe concluir que se trata de una norma que busca la protección de los derechos de terceros que se pueden ver afectados por el ejercicio irrestricto de la actividad de los profesionales de la salud dedicados a dicha materia, por lo que se actualiza la

⁵¹⁴ Véase Considerando Quinto, p. 37.

⁵¹⁵ Considerando Quinto, p. 38.

restricción como objetivo constitucionalmente válido para proteger el derecho a la salud de las personas⁵¹⁶

En cuanto al segundo requisito la Sala señala que la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado. El legislador ordinario determinó que la solución idónea para resolver el problema de salud general, consistente en la poca profesionalización que existe en la realización de las cirugías estéticas y cosméticas, radicaba en exigir a los profesionales de la salud dedicados a dichas cirugías un estándar mínimo de conocimientos médicos que aseguraran la profesionalización de estas actividades concretas, así como la implementación de un control sobre el despliegue de estas actividades peligrosas⁵¹⁷, por ello, el requisito por el cual se les exige a los profesionales de la salud tener un certificado de especialidad médica, atiende adecuadamente el problema de la falta de profesionalización y capacitación observada en la oferta general de estas cirugías, pues es evidente que sólo a través de la certificación de estudios especializados en la materia se puede asegurar que quienes realicen estas cirugías tienen la capacidad y los conocimientos profesionales necesarios para tal efecto⁵¹⁸. Haciendo referencia a lo que se ha señalado en Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Sala señala que para garantizar el derecho a la salud, es necesario que se proporcionen con calidad los servicios de salud y para garantizar esto, el Estado debe implementar acciones que pueden ser por medio del establecimiento de políticas públicas o por medio del control legal, por ello, establecer controles destinados a que las personas que prestan servicios de salud satisfagan las condiciones

⁵¹⁶ Véase Considerando Quinto, p. 40.

⁵¹⁷ Considerando Quinto, pp. 50 y 51.

⁵¹⁸ Ibidem, p. 52.

necesarias de capacitación , educación, experiencia y tecnología, es una medida idónea que cumple con la finalidad planteada “proteger la salud de quienes se sometan a cirugías estéticas y cosméticas”.

Por último señala la Sala que en tercer lugar, la medida legislativa impugnada es proporcional porque el grado de restricción a la libertad de trabajo que resienten los profesionales de la salud, es justamente el necesario para poder garantizar la profesionalización y calidad necesarios en la oferta médica de cirugías estéticas y cosméticas, esto es, la medida idónea para garantizar la protección de la salud de sus pacientes⁵¹⁹.

En conclusión, en la sentencia en estudio, estos aspectos que se han señalado, son los medulares para nuestro objeto de estudio que es la forma en que se ha venido desarrollando la protección a la salud. Como podemos ver de la línea argumentativa de la Sala, en la colisión de los derechos entre la libertad de ejercer la profesión que contempla el artículo 5º constitucional y el derecho a la protección de la salud, la restricción a la libertad de realizar cirugías estéticas y cosméticas aun y cuando se cuente con la profesión de médico cirujano, que dispone el segundo párrafo del artículo 271 de la Ley General de Salud es permitida y válida constitucionalmente porque es una medida que no implica una restricción absoluta, sino que únicamente exige mayores requisitos a quienes quieran dedicarse a realizar cirugías estéticas y cosméticas atendiendo a la delicadeza que esto implica en la salud. Por lo tanto, la medida es idónea para el fin propuesto, proteger la salud de quienes se someten a este tipo de prácticas médicas.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 53.

4.7. AMPARO EN REVISIÓN 44/2009

(Negativa de alta al ISSSTESON por no comprobar que se goza de buena salud)

Antecedentes

El 21 de junio de 2008 se presenta en Oficialía de Partes Común de los Juzgados de Distrito del Estado de Sonora demanda de amparo en la que se señala como actos reclamados la expedición, publicación y aplicación del artículo 6º del Reglamento para los Servicios Médicos del ISSSTESON publicado en el Boletín Oficial del Estado de Sonora el 4 de agosto de 1997, señala como violados en su perjuicio los artículos 1º, 4º, y 123 apartado B, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como autoridades responsables se tuvo a la Junta Directiva del ISSSTESON, Secretaría de Gobierno del Estado de Sonora, Dirección General de Documentación y Archivo del ISSSTESON, Subdirector de Prestaciones Económicas y Sociales del ISSSTESON y encargado de la Unidad Jurídica del ISSSTESON⁵²⁰.

Relación de hechos

De la sentencia en estudio, no se menciona cuales es la narración de hechos que hace la parte quejosa, no obstante a esta circunstancia, se desprende que la narración de hechos es que la parte quejosa es trabajadora del Estado de Sonora y como tal, solicita su alta ante el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado de Sonora, mismo que le es negado por no cumplir con lo dispuesto por el artículo 6º del ISSSTESON.

⁵²⁰ Amparo en Revisión 44/2009, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resultando Primero, p. 2.

Conceptos de violación

Los conceptos de violación expresados por el quejoso en su demanda de amparo tienen como punto medular el señalamiento de que se le ha negado su inscripción al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora, bajo el argumento que debe acreditar que goza de buena salud como requisito previo a su afiliación⁵²¹. Manifiesta que el legislador constitucional ha dispuesto que toda persona debe disfrutar del derecho a la salud y en concreto a la seguridad social sin que puedan ser discriminadas a causa de su salud. Que de una lectura armónica de los artículos constitucionales se establece que toda autoridad en sus diversas actuaciones ha de ceñirse por el respeto a los derechos fundamentales, tal y como se establecen en las diversas fuentes del derecho positivo, armonizando todas esas fuentes⁵²². En su concepto de violación, el quejoso también cita tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como las observaciones que ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Señala que el artículo sexto del Reglamento para los Servicios Médicos del ISSSTESON, establece una exigencia consistente en acreditar que se goza de buena salud para tener acceso a los servicios médicos proporcionados por ese instituto y, que a la solicitud de afiliación del quejoso se le requiere acreditar tener buena salud en aplicación a la disposición antes mencionada, oficios S.P.E.S.-041-2008 y UJ-031-2008, lo que deviene en una inconstitucionalidad de los actos reclamados porque no es razonable que para recibir atención médica como parte del derecho a la seguridad social, se exija por el propio instituto que está obligado,

⁵²¹ Véase considerando Tercero, pp. 5 y 6.

⁵²² Ibidem, p. 7.

que las persona trabajadoras que buscan inscribirse a él, cuenten con buena salud⁵²³.

Ante los requisitos que establece el artículo sexto del Reglamento del ISSSTESON para poder ser afiliado, además de considerar violado su derecho a la protección de la salud que establece el artículo 4 constitucional, la parte actora señala una violación al párrafo tercero del artículo primero que considera prohibido todo trato discriminatorio motivado por las condiciones de salud de las personas; argumenta que deviene innegable que el reparar sí se goza o no de buena salud para prestar atención médica conlleva una diferenciación entre las personas sanas y las que no lo están que a todas luces es inconstitucional, dado que no existe justificación razonable para esa distinción⁵²⁴.

Trámite de la demanda de amparo y sentido de la sentencia

Tocó conocer la demanda de amparo al Juzgado Segundo de Distrito que la admite mediante acuerdo de fecha 25 de junio de 2008, registrándola con el número de expediente 694/2008, dictando sentencia el 4 de agosto de 2008, negando el amparo solicitado⁵²⁵.

En el considerando quinto de la sentencia de amparo, el juzgador señala que son infundados los conceptos de violación que hace valer el quejoso, teniendo como punto medular lo siguiente:

En esencia el quejoso se duele de que las autoridades responsables, no obstante su calidad de trabajador del Estado, le negaron el derecho de afiliación al ISSSTESON, ya que al haberle detectado curva de tolerancia a la glucosa, antígeno prostático, no cumple con los requisitos que establece el artículo 6º del Reglamento

⁵²³ Ibidem, pp. 25 y 26.

⁵²⁴ Véase Considerando Tercero, p. 26.

⁵²⁵ Resultando Tercero, p, 2

de los servicios médicos del ISSSTESON, pues no goza de buena salud⁵²⁶, y que sin embargo, contrario a lo que afirma el quejoso, no le fue denegada su afiliación al ISSSTESON por las razones que refiere.

El juzgado señala resumiendo el suceso de los hechos que, en primer lugar, es cierto que según el oficio Cmd/1207/07, de uno de junio de dos mil siete, firmado por el Jefe de Departamento de Salud Ocupacional del referido Instituto, se hizo constar que al quejoso se le encontró curva de tolerancia a la glucosa, antígeno prostático y que en ese mismo oficio, el galeno hizo constar también que el quejoso acudió al departamento de salud ocupacional para certificar su historia clínica, presentando exámenes de laboratorio y radiografía de tórax⁵²⁷.

Luego en el oficio S.P.E.S. 041/2008 de veintidós de febrero de dos mil ocho, el Subdirector de Prestaciones Económica y Sociales del ISSSTESON, en contestación al escrito del quejoso de treinta y uno de enero de este mismo año, le hizo del conocimiento que no se podía concluir el trámite de afiliación a dicho Instituto, pues no cumple con los requisitos estipulados en la Ley 39 Reformada del ISSSTESON, y además agregó, 'sin embargo hago de su conocimiento que al momento de reunir los exámenes solicitados y ser autorizados por el área médica, no habrá impedimento para acceder a su petición⁵²⁸.

Ante esa respuesta, el quejoso mediante escrito de doce de marzo de dos mil ocho, solicitó al Director General del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado de Sonora, se aclarara el contenido del anterior oficio,

⁵²⁶ Considerando Cuarto, p. 31.

⁵²⁷ Ibidem. P. 31 y 32.

⁵²⁸ Ibidem. P. 32

argumentando que no se hace de su conocimiento cuál es el fundamento jurídico para que su trámite de afiliación se encuentre detenido⁵²⁹.

A ese escrito dio contestación al quejoso el Encargado de la Unidad Jurídica del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado de Sonora mediante oficio UJ-031-2008, de tres de junio de dos mil ocho, en el que le hizo de su conocimiento, que en términos del artículo 6° del Reglamento de los Servicios Médicos del ISSSTESON debe presentar un examen médico según formato proporcionado por el Instituto debidamente llenado por un médico de ese Instituto al que debe anexarse lo siguiente:--- VDR (Análisis de detección de sífilis).- Radiografía de tórax.- Química sanguínea (glucosa, urea, creatinina).- Biometría hemática completa.- Examen general de orina.- Ácido úrico, colesterol y triglicéridos.-En caso de ser mujer deberá presentar prueba de embarazo negativo.--

- requisitos que se advierten precisamente del artículo 6° del referido Reglamento y que es la razón por la cual su trámite de afiliación se encuentra detenido hasta que se concluyan los estudios médicos correspondientes a fin de acreditar que goza de buena salud⁵³⁰.

Ante estos elementos, el juzgador concluye de la siguiente forma: De lo anterior se puede concluir que efectivamente el trámite iniciado por el quejoso para obtener su afiliación al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, se encuentra detenido, pero no por las razones que arguye, antes bien, las autoridades responsables le hicieron saber que requiere presentar los estudios médicos que al efecto establece el artículo 6° del Reglamento de los Servicios Médicos del ISSSTESON, pues tampoco de las pruebas

⁵²⁹ Ibidem, pp. 32 y 33..

⁵³⁰ Ibidem, pp. 32-34.

documentales que exhibió se advierte que haya cumplido con esos requisitos; manera que si la disposición es clara, y se requiere cumplir con determinados requisitos, en este caso, diversos estudios médicos, para concluir con el trámite de afiliación, es indispensable que el quejoso los cumpla para estar en condiciones de acceder a esa prestación derivada de su calidad de empleado de gobierno del Estado de Sonora, pero si no es así, es indiscutible que este órgano de control constitucional no puede obligar a la autoridad a que deje de observar su normatividad establecida para ese caso⁵³¹.

Como se observa, el juzgador solo atendió a observar lo que dispone el artículo impugnado del Reglamentos del ISSSTESON, con lo que validó los actos de la responsable, sin tomar en cuenta si lo dispuesto en dicho artículo es razonable o no y, acorde a las cláusulas constitucionales.

El Recurso de Revisión

Inconforme con la sentencia, la parte quejosa interpone el recurso de revisión en contra de la sentencia, misma que admite el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa; sin embargo, la parte quejosa el 21 de septiembre de 2008 solicitó el ejercicio de la facultad de atracción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, a falta de legitimación del promovente, el 1º de octubre de 2008, el Ministro José Ramón Cossío hace suya la solicitud, resolviendo la Primera Sala el 19 de noviembre ejercer la facultad de atracción y el 21 de enero de 2009 el Presidente de la Sala ordenó formar y registrar el tomo con el número 44/2009⁵³².

En dicho recurso se señala como agravios la inobservancia de los artículos 77, fracción I y 78 de la Ley de Amparo, por no fijarse claramente los actos

⁵³¹ Ibidem, pp. 34 y 35.

⁵³² Resultando Tercero a Séptimo, pp. 2 y 3.

reclamados, señalando que de la sentencia recurrida se advierte que se pasó por alto que en la demanda se impugnó el artículo 6º del Reglamento del ISSSTESON, expedido por la Junta Directiva del Instituto referido y no solo el acto de aplicación⁵³³. En el desarrollo de los agravios se menciona que el razonamiento del juzgador al sostener que no podía obligar a las responsables a que dejaran de observar su normatividad es equivocada, cuando es manifiesto que al ser combatida tal disposición, el deber del juzgador era analizar la inconstitucionalidad de dicho precepto y pronunciarse en ese aspecto.

También se señala la inobservancia del artículo 79 y 77, fracción II de la Ley de Amparo porque no se decidió la cuestión efectivamente planteada; así como todos los fundamentos jurídicos para declarar la inconstitucionalidad, de igual forma se reclama que no se observó los principios de congruencia y exhaustividad⁵³⁴.

Sentido de la sentencia que resuelve el Recurso de Revisión

En el considerando sexto la Sala determina que son fundados los agravios propuestos por el recurrente.

La Sala determina que el a quo cometió un error de apreciación en torno a la cuestión efectivamente planteada, pues no se dio cuenta que la violación ocurre desde el momento en que por vía de una disposición general se impone como exigencia previa una condicionante para la prestación de servicios médicos consistente en acreditar que se encuentra con buena salud y, contrario a ello, el juez estimo infundado el concepto de violación aduciendo que no se negó el derecho de afiliación por esos motivos, sino porque no se cumplieron los requisitos que el

⁵³³ Considerando Quinto, p. 36.

⁵³⁴ Ibidem, p. 38.

artículo exige⁵³⁵. Resultando que al no atenderse la cuestión efectivamente planteada, que se hizo consistir sustancialmente en la inconstitucionalidad del precepto aludido, dado que a toda persona se le exige para tener acceso a los servicios médicos, gozar de buena salud, lo que provoca la inconstitucionalidad porque se toman en cuenta las condiciones de salud de las personas, siendo que el legislador dispuso que toda persona debe disfrutar del derecho a la salud⁵³⁶.

La Primera Sala establece que al haber resultado fundados los agravios propuestos, se ocupara de los conceptos de violación expresados, realizando en el considerando séptimo un análisis de los preceptos constitucionales y tratados internacionales que la parte quejosa señaló como derechos violados en su perjuicio, así como el análisis de las Observaciones Generales 14 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al analizar el artículo 6º del Reglamento del ISSSTESON la Sala determina que los términos en los que está redactado el precepto en cuestión, evidentemente, y sin lugar a dudas, contravienen los objetivos y finalidades que persiguen los derechos sociales plasmados en el artículo 123, de la Constitución, concretamente en el apartado B, fracción XI, inciso a), relativo a la seguridad social, pues dicho ordenamiento del Reglamento en cuestión, condiciona el acceso al servicio médico, tanto a los trabajadores de nuevo ingreso, como a los de reingreso a que demuestren y acrediten que gozan de buena salud, siendo que constitucionalmente, como quedó establecido con antelación, los derechos a la seguridad social, son eminentemente proteccionistas de las clase trabajadora que por el sólo hecho de ser trabajador al servicio del Estado, sin condición alguna, adquieren el derecho a que se les otorgue el servicio médico a través de las instituciones de seguridad

⁵³⁵ Véase Considerando Sexto, p. 41.

⁵³⁶ Ibidem, pp. 41 y 42.

social, en el caso concreto, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora, por lo mismo, es dable concluir que el precepto en cuestión, es inconstitucional, al trastocar el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a) Constitucional, ya mencionado, pues evidentemente, con esa condicionante, niega el acceso a los trabajadores que no demuestren gozar de buena salud⁵³⁷.

Asimismo, en la sentencia de merito se señala que el artículo 6º del Reglamento citado, viola el artículo 1º y 4º constitucionales por las siguientes razones:

El principio de igualdad y no discriminación por razón de salud es vinculante para todos por Poderes Públicos, lo que incluye al legislador en la regulación de las relaciones entre la Institución de Seguridad Social y los individuos que la integran⁵³⁸. Cabe destacar, que la Constitución no sólo ha reconocido como principio constitucional, la garantía de igualdad, sino que ha previsto una regla precisa en el sentido de prohibir toda discriminación fundada, entre otras razones, en la salud de las personas; regla Constitucional cuya estricta completa y específica disposición deja al legislador un margen muy estrecho de apreciación al momento de prever diferenciaciones entre las leyes que le corresponde emitir a esos efectos⁵³⁹

En este aspecto, cobran relevancia los conceptos de contenido esencial y proporcionalidad Constitucional, así las cosas, el legislador debe actuar de manera y acorde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. El cumplimiento de estos principios implica la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador que debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional

⁵³⁷ Véase Considerando Séptimo, p. 70.

⁵³⁸ Ibidem. P. 73.

⁵³⁹ Idem.

perseguida, a través de la limitación respectiva, debe ser necesaria para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida injustificada para el gobernado; y debe ser razonable, de tal forma que cuanto más sea el límite de la garantía individual, mayor deben ser las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención⁵⁴⁰

Concluyendo, el artículo 6° del Reglamento ya mencionado, viola el párrafo tercero del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues como ya quedó transcrito con anterioridad, condiciona el acceso al servicio médico, al imponer a los trabajadores tanto de nuevo ingreso como de reingreso, que deberán acreditar que gozan de buena salud, pues como se vio, se trata de un derecho social, que como en el caso concreto, por el hecho de ser trabajadores al servicio del Estado, adquieren el derecho a que se les otorgue el servicio médico sin condición alguna para acceder a ellos, por tanto, el precepto en cuestión al condicionar el acceso a los servicios médicos, acreditando que gozan de buena salud, atenta contra la garantía individual del derecho a la salud, consagrado en el artículo 4°, párrafo tercero de la Ley Fundamental⁵⁴¹.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación finaliza con lo siguiente:

Consecuentemente, al haber resultado fundados los conceptos de violación propuestos por el quejoso, debe revocarse la sentencia recurrida y conceder el amparo al quejoso respecto del artículo 6°, del Reglamento para los Servicios Médicos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora, por ser violatorio de los artículos 123, apartado B, fracción XI,

⁵⁴⁰ Ibidem. Pp. 76 y 77.

⁵⁴¹ Ibidem, p. 83

inciso a), 1º, párrafo tercero y 4º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁴².

En la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el criterio es muy claro. En cuanto a la actividad del legislador, si bien es cierto que tiene facultades de crear leyes, también lo es, que dicha facultad no es tan amplia y de una mayor discrecionalidad, sino por el contrario, tiene un margen de acción que no puede ir en contra de los derechos constitucionales.

Por ello, el legislador en su actividad creadora de leyes, debe atender a los criterios de la proporcionalidad; es decir, idoneidad de la medida, necesidad de la medida y la proporcionalidad en sentido estricto, así como el respeto al núcleo del derecho a desarrollar.

Lo que lleva a determinar la inconstitucionalidad del artículo 6º de Reglamento del ISSSTESON es la contraposición al contenido de los artículos 1º, 4º y 123 de la Constitución, así como a los Tratados Internacionales y Observaciones Generales de la Comisión de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en donde se establece el derecho a la protección de la salud en forma amplia y sin requisito alguno para su goce, lo que trae como resultado que la exigencia que establece el artículo 6º del reglamento citado sea desproporcional con el contenido del derecho a la salud, igualdad y seguridad social que establece la Constitución y los instrumentos internacionales aludidos

⁵⁴² Idem.

4.8. Recapitulación

Los casos analizados nos permiten afirmar la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, así como la importancia que éste tiene en relación con otros derechos que también son de orden constitucional y contenidos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de tal forma que en caso de una tensión entre derechos de la misma jerarquía, se hace uso de las técnicas de ponderación para determinar cuál de los dos derechos debe prevalecer, así como la proporcionalidad para determinar la idoneidad y necesidad de medidas restrictivas a derechos.

Por otro lado, de los resultados entre el primer caso y tercero que se analizaron, se muestra la importancia que tiene la forma en la cual se plantean las demandas en las que se reclama el cumplimiento de derechos de contenido social porque de ello depende el resultado.

CONCLUSIONES

A estas alturas y en base a cada uno de los puntos tratados en el presente trabajo, que nos permite tener un panorama más claro del derecho a la protección de la salud y sus implicaciones, señalamos como conclusiones las siguientes:

PRIMERA: El derecho a la protección de la salud es un derecho complejo que no solo implica la atención médica, sino que es un derecho bastante más amplio que abarca la prevención y, que está a su vez se compone de la información en salud, aspectos culturales, educativos, ambientales e incluso genéticos, como factores determinantes en la protección de la salud.

SEGUNDA: El derecho a la protección de la salud a pesar de ser un derecho social, de carácter típicamente prestacional, no por esta circunstancia el Estado puede dejar de cumplir su obligación en garantizar su protección y decir que es un derecho que requiere de presupuesto y que por lo tanto, el Estado solo puede garantizarlo de conformidad a sus posibilidades económicas, porque existen derechos como el acceso a la justicia o el derecho al voto que requieren de un alto presupuesto y no por ello se ha negado una plena obligación en su cumplimiento y su posibilidad de reclamo en las instancias judiciales. En pocas palabras, ya es insostenible el argumento que se ha manejado de que los derechos sociales no pueden ser justiciables por ser derechos que implican altos costos para el Estado y los derechos civiles y políticos son justiciables porque no implican un costo para el Estado porque solo requieren acciones negativas, ya que ambos derechos implican costos para el estado por requerir de acciones positivas.

TERCERA: El derecho a la protección de la salud es un derecho que tiene toda persona por ser un derecho universal y por así disponerse en la propia Constitución. Esta característica ha sido causa de que el derecho a la protección de la salud no sea aceptado como un derecho exigible porque aparentemente el Estado no podría garantizar a todos la protección a la salud y se provocaría su ruina si todas las personas reclaman al Estado este derecho. Postura que muestra que no se ha entendido adecuadamente la característica de universalidad, porque ésta universalidad en cuanto acceso a la protección de la salud debe entenderse no como aquella a través de la cual toda persona puede exigirle al Estado que le cubra los gastos hechos para proteger su salud, sino como aquella en la cual toda persona puede tener acceso a la protección de la salud, con independencia de su situación económica, porque en caso de que por sí mismo no pueda sufragar los gastos para proteger su salud, el Estado lo debe hacer, previo el cumplimiento de las condiciones desarrolladas en el tercer capítulo. Es en este sentido que debe entenderse la universalidad del acceso a la protección de la salud; es decir, lo que se busca es una igualdad de hecho más no de derecho en el acceso a la protección de la salud.

CUARTA: Evidentemente la relación de las políticas públicas con el derecho a la protección de la salud es indiscutible; sin embargo, este hecho no es óbice para que se sostenga que el derecho a la protección de la salud no es un derecho que se pueda exigir en las instancias judiciales aduciendo que los jueces no pueden decidir cuestiones vinculadas con políticas públicas por ser competencia de los poderes políticos. En efecto, la vinculación del derecho a la protección de la salud con las políticas públicas no es justificación para negar su justicialidad toda vez que es un

derecho que el propio poder político le ha impuesto al estado su garantía y que se contiene en la Constitución como en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de tal forma que los jueces al tratar este tipo de asuntos solo resuelven sobre el cumplimiento o incumplimiento del Estado en su garantía más no propiamente en el diseño de las políticas públicas que es competencia indiscutible del poder político.

Así las cosas, la legitimación de los jueces para resolver este tipo de asuntos está plenamente dada, toda vez que como el caso del derecho a la protección de la salud, es un derecho contenido en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que México es parte y que se ha comprometido en el cumplimiento de los derechos en ellos contenidos. No obstante, el juzgador no debe pasar la línea divisoria entre el juzgar y resolver en base al propio contenido de las normas que contienen el derecho, mientras que el diseño propiamente dicho de elaboración de políticas pública se debe respetar como competencia de los poderes políticos.

QUINTA: El derecho a la protección de la salud es un derecho universal y exigible al Estado, por ende, plenamente justiciable; sin embargo, para que sea posible que el Estado pueda garantizar este derecho a toda persona que lo exija (universalidad), se deben cumplir tres condiciones: a) La afectación grave a la salud; b) La falta de cumplimiento por el Estado, y; c) La condición económica del solicitante.

SEXTA: Dada la naturaleza del derecho a la protección de la salud, las medidas cautelares tratándose de una exigencia en la atención médica es de suma importancia por lo que los operadores jurídicos deben tener muy presente que la

protección a la salud implica garantizar éste derecho en forma prudente y eficaz o de lo contrario, aun y cuando se diga en sentencia que procede el reclamo, será inútil el sentido de la sentencia sino se aplican medidas cautelares cuando así lo amerite el caso.

Como nota final, debemos señalar que muchos se preguntarán, si realmente el Estado debe ser quien corra con los gastos para proteger la salud de una persona que digámoslo así, no puede costear los gastos porque no trabaja, en su vida solo ha hecho cosas que perjudican a la sociedad como puede ser el hecho de ser un ladrón. Claramente este señalamiento nos pone en una situación que vale la pena discutir, pero que queda fuera del alcance de los objetivos de este trabajo, porque en éste estudio se tiene como finalidad dar argumentos para mostrar que el derecho a la protección de la salud es un derecho universal y justiciable, por lo tanto, este punto lo ideal es tratarlo en un estudio futuro.

BIBLIOGRAFÍA

___ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2ª Edición, 2004.

___ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chistian, *La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, en CANTÓN, J. Octavio, CORCUERA C. Santiago, "Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.

___ACUÑA, Juan Manuel, *Derechos sociales y jurisdicción constitucional. Comentarios sobre la jurisdicción constitucional para la eficacia de los derechos sociales*, Tesina para obtener el grado de Maestro en Ciencias Jurídicas, México, Universidad Panamericana, 2008.

___ACUÑA, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Universidad Panamericana-PORRÚA- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.

___ACUÑA, LLAMAS, Francisco Javier, "El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección", en CARBONELL, Miguel, *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

__ADAME GODDARD, Jorge, “Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad, en CARBONELL, Miguel, (coordinador), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

__AFONSO DA SILVA, Virgilio, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, en Colección Filosofía y Derecho, MORESO MATEOS, José Juan (dir.) FERRER BELTRÁN, Jordi (dir.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

__ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad, castellana por GARZÓN VALDEZ, Ernesto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

__ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y poder*, México, UNAM, 2002.

__ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones ciudad argentina, 1995.

__BASTIDA, Francisco J., *¿son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos*, en “Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación”, 2ª ed., Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009.

__BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

__BERNAL PULIDO, Carlos, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre los derechos fundamentales como principios en el contexto de España”, en MORESO MATEOS, José Juan (dir.) FERRER

BELTRÁN, Jordi (dir.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

__CAMPILLO SAINZ, José, *Derechos fundamentales de la población humana*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995.

__CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3ª ed., México, UNAM-Porrúa, CNDH, 2009.

__CARBONNEL, Miguel, *Una Historia de los Derechos Fundamentales*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005.

__CHARVEL OROZCO, Sofía, *El derecho a la salud como derecho social*, en "Cuadernos de derecho y ciencia", No. 1, Vol. 1, 2010.

__COURTIS, Chistian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*. México, Fontamara, 2009.

__ COURTIS, Chistian (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.

__COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Los derechos sociales como normas programáticas*, en "Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez, México, Porrúa, 1999.

__COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, No. 247, Enero-Junio, 2007.

__CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derechos sociales exigibles*, en CALVA, José Luís (Coordinador) "Derechos y políticas sociales", México, H. Cámara d Diputados, LX Legislatura, Universidad Autónoma de México, Miguel ángel Porrúa, 2007.

__DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *Universalidad y primacía de los Derechos Humanos. Ensayos en torno a la consolidación de los derechos humanos como factores supremos en el sistema constitucional mexicano*, México UBIJUS, 2012.

__DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco, "La supremacía constitucional y su evolución jurisprudencial en México", ARS IURIS, número 43, 2010.

__FERRAJOLI, Luigi, prólogo del libro, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed. Madrid, Trotta, 2004.

__FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

__FERNÁNDEZ VARELA MEJÍA, Héctor, *El papel del médico en el estudio de las controversias médico-paciente*, en "Cuadernos de derecho y ciencia", No. 1, Vol. 1, 2010.

__FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, PORRÚA-UNAM, 1999.

__GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de derecho administrativo II*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

__GARCÍA MANRÍQUE, Ricardo, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2009.

__GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, UBIJUS, 2010.

__GARCÍA MORELOS, Gumesindo, *El procedo de hábeas corpus y los derechos fundamentales. Estudios de derecho comparado*, México, UBIJUS, 2010.

__GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México, UNAM, 2004.

__GIL CORRALES, Miguel Ángel, *La legislación sanitaria en México*, en “Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango”, Octubre 1986-Marzo 1987.

__GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *El perfil humano de la justicia constitucional en México. La protección de derechos fundamentales en el sistema constitucional mexicano*, en “Justicia constitucional en México. Memoria del Primer Congreso Nacional”, México, SCJN, 2008.

__HERNÁNDEZ ÁVILA, Mauricio, *El derecho de protección a la salud*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F., DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *Control de constitucionalidad y convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, México, UBIJUS, 2012.

__IBARRA MUÑOZ, David, *Derechos humanos y realidades sociales*, en CALVA, José Luís (Coordinador) “Derechos y políticas sociales”, México, H. Cámara d Diputados, LX Legislatura, Universidad Autónoma de México, Miguel ángel Porrúa, 2007.

__LÓPEZ ARELLANO, Oliva y BLANCO GIL, José, *Avances y límites para hacer realidad el derecho a la protección de la salud en México*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”, DAMSKY (h) Isaac Augusto, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (coordinadores), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, Universidad Autónoma de México, 2007.

__LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la Dignidad Humana. Los Tribunales, la Filosofía y la experiencia atroz*, México, UBIJUS, 2011.

__MELJEM MOCTEZUMA, José, *El papel de la Comisión Nacional de Arbitraje en México*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, *Experiencia internacional en la demanda y cumplimiento del derecho a la protección de la salud*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__MORALES ACHÉ, Pedro, *La tutela del derecho a la protección de la salud y su demanda individual*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__MOTTA, María de Lourdes A., *Derecho a la protección de la salud pública en México*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__MANUEL LLE, Gabriel, ROMERO MENDEZ, Josefina, SOTELO, Gabriel, *El papel de la ciudadanía en el derecho a la protección de la salud*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.

__PARRA NUÑOZ, Verónica, “Diagnósticos estatal 2011”, en *Revista Altamirano*, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri LIX Legislatura, H. Congreso del Estado de Guerrero, Año 9, Sexta Época, Abril-Junio 2011.

__PRIETO SANCHÍS, Luís, *Derechos sociales y el principio de igualdad*, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARECRO, Juan Antonio, VÁZQUEZ, Rodolfo (Compiladores) “Derechos sociales y derechos de las minorías, México, UNAM, 2000.

__PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho*, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARECRO, Juan Antonio, VÁZQUEZ, Rodolfo (Compiladores) “Derechos sociales y derechos de las minorías, México, UNAM, 2000.

__RAMÍREZ BARBA, Éctor Jaime, *Como legislar para conseguir el pleno ejercicio del derecho a la salud*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__RENDÓN CÁRDENAS, Eunice, *Limitantes estructurales del sistema de salud*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__RUIZ DE CHÁVEZ, Manuel H., *Respuesta gubernamental para alcanzar la cobertura universal*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__RUÍZ MORENO, Ángel Guillermo, *Desarrollos sociales exigibles*, en CALVA, José Luís (Coordinador) “Derechos y políticas sociales”, México, H. Cámara d Diputados, LX Legislatura, Universidad Autónoma de México, Miguel ángel Porrúa, 2007.

__SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, Colección Discursos, No. 6, noviembre, 2000.

__SCOTT ANDRETTA, John, *El debate internacional y medidas emprendidas*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luís, *La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, en MUÑOS DE ALBA MEDRANO, Marcia, “Temas selectos de salud y derecho”, México, UNAM, 2002.

__SOBERANEZ FERNÁNDEZ, José Luís, *Sobre el origen de los derechos humanos*, en Homenaje a Cipriano Gómez Lara, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, 2007.

__SUÁREZ FRANCO, Ana María, “Límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania”, COURTIS, Chistian (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.

__ULLOA LUGO, Sergio, *El derecho de los pacientes a medicamentos de innovación*, en “Cuadernos de derecho y ciencia”, No. 1, Vol. 1, 2010.

__VALDÉS OLMEDO, José Cuauhtémoc, *Instituciones para la promoción y defensa de la salud. Fundación Mexicana para la Salud*, en MUÑOS DE ALBA MEDRANO, Marcia (coordinadora), “Temas selector de salud y derecho”, México, UNAM, 2002.

__VALLARTA PLATA, José Guillermo, *La Corte Interamericana de Justicia y los Derechos Humanos en México*, México, Porrúa, 2003.

__VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Valencia, PUV Tirant lo Blanch, 2006.

__VIGO, Rodolfo Luís, “Teoría jurídica discursiva no positiva de Robert Alexy”, en *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, VIGO, Rodolfo L. (Coord.) México, Fontamara, 1ª Ed. Corregida, 2008.

__VIGO, Rodolfo Luís, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, en *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, VIGO, Rodolfo L. (Coord.) México, Fontamara, 1ª Ed. Corregida, 2008.

__VILLANUEVA FLORES, Roció, *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*, Santa Rosa de Lima, Palestra, 2008.

CIBERGRAFÍA

__MONTIEL, Lucía, *Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/pública/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr15.pdf>

__PADRÓN INNAMORATO, Mauricio, ROMÁN REYES, Patricia, *Exclusión social y exclusión en salud: apuntes teórico-conceptuales y metodológicos para su estudio social*, visible en <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex128/BMD000012808.pdf>

__Guía de actualización de los cuadros básicos en las unidades médicas, en http://www.imss.gob.mx/transparencia/CuadrosBasicos/Documents/Usos_CB_HOJA_15.pdf,

__DE LA TORRE TORRES, Rosa María, *Derecho a la salud*, p. 310, visible en <http://www.bibliojurídica.org/libros/5/2253/16.pdf>

__HOFBAUER, Elena, *El derecho a la salud en México: de los “derechohabientes” a los “nada-habientes”-un análisis*, visible en <http://www.colbio.org.mx/seminario/Hobbeaur.pdf>.

LEGISLACIÓN

__Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

__ Ley General de Salud

TRATADOS INTERNACIONALES

__ Declaración Universal de Derechos Humanos

__Organización Mundial de Salud

__ Convención Americana sobre Derechos Humanos

__ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

__ El Protocolo de San Salvador

__Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

__ Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

__Observación General número 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.