

GARANTÍA CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DEFENSA JURISDICCIONAL

Gonzalo MOCTEZUMA BARRAGÁN*

Se ha señalado que las Constituciones deben considerarse como entes vivos y no estáticos. Por ello y con el transcurso inexorable del tiempo, si el texto de las normas constitucionales se mantiene inalterado, no ocurre lo mismo con su significado, y por este motivo también se ha sostenido, sin exageración, que la Constitución se independiza del Constituyente y se transforma por conducto de su interpretación.

Héctor FIX-ZAMUDIO

SUMARIO: I. *Derechos humanos*. II. *El derecho a la protección de la salud, como derecho humano*. III. *El derecho a la protección de la salud en México*. IV. *Defensa jurisdiccional del derecho a la protección de la salud*. V. *Demandas en materia del derecho fundamental a la protección de la salud*.

I. DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, señala Luigi Ferrajoli, pueden ser definidos como:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas; entendiéndose por “derechos subjetivos” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o ne-

* Secretario ejecutivo del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

gativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹

Este tipo de derechos tienen como objetivo salvaguardar valores y principios como la vida, la libertad, la igualdad, la salud, la seguridad, la dignidad, la autodeterminación, el bienestar; así como la integridad física, síquica y moral del ser humano, ya que constituyen elementos esenciales en el logro de una existencia verdaderamente humana.

La lucha por el reconocimiento, salvaguarda y amparo efectivo de los derechos humanos ha estado presente en los diferentes periodos de la historia; sin embargo, su evolución, carácter dinámico e historicidad, como destaca Bidart, en su libro *Principios de derechos humanos y garantías*, están estrechamente ligados a la diversidad de las técnicas de protección de los derechos.²

Por lo general, los registros historiográficos de la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos en el derecho positivo, se remontan a la carta magna inglesa de 15 de junio de 1215, expedida por el rey Juan Sin Tierra. En la mencionada carta se estableció que ningún hombre podría ser detenido, aprisionado, desposeído de sus pertenencias o libertades, declarado fuera de la ley, exiliado o molestado, sino a través de un proceso legal entre pares y según la ley.

En Inglaterra en 1689, al promulgarse la Ley de los Derechos Individuales, en sus 13 artículos dio cabida a la libertad de conciencia, de elección de los representantes populares, así como a la obligación del Estado de no mantener ejércitos durante épocas de paz.

No obstante, los doctrinarios coinciden en que por vez primera surge una verdadera cartografía (declaración) de Derechos Humanos con la Constitución de Virginia de 1776, donde se reconoce el derecho a la vida, la igualdad, la seguridad, el derecho del pueblo a elegir su forma de gobierno, la libertad de sufragio, de elecciones libres, las garantías del proceso penal, la libertad de expresión, prensa y conciencia; además de establecer condiciones para la expropiación.

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, p. 37.

² Cfr. Bidart Campos, Germán *et al.*, *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991, pp. 86 y 87.

Otro hito en la evolución de los derechos humanos es la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estuvo inspirada por las Constituciones de las colonias norteamericanas. En ella se apunta que los derechos naturales al hombre (libertad, propiedad, igualdad, seguridad y derecho a la resistencia) son de carácter imprescriptible. Por otra parte, dispuso que toda sociedad en la cual no existan medios para garantizar estos derechos, ni determine la separación de poderes, carece de una verdadera Constitución.

En la actualidad, los estudiosos de los derechos fundamentales hablan de la existencia de por lo menos tres generaciones de derechos humanos. Los derechos de primera generación, denominados individuales, que surgen a partir del constitucionalismo liberal clásico de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Este tipo de derechos implican primordialmente un deber de abstención por parte del Estado, es decir, una actuación de carácter pasivo también denominada negativa. Suponen no sólo el deber de garantizar el orden público dentro de un marco jurídico que permita ejercerlos de forma efectiva, libre y no discriminatoria, sino que además presuponen el establecimiento de las condiciones que hagan posible que se dé ese orden, donde sea posible ejercer la libertad. El titular de los derechos civiles es el hombre y en caso de los derechos políticos, por lo general, el ciudadano, ambos considerados entes que actúan dentro de una realidad socio-política, y no como abstracciones autónomas y aisladas.

Los derechos de segunda generación, llamados también sociales y económicos, surgen del constitucionalismo de entreguerras, influenciados por la Constitución mexicana de 1917, la Revolución socialista de octubre de ese mismo año en Rusia y del movimiento constitucional posterior a la primera guerra mundial, en otras palabras, recogen la idea de la racionalización del poder, que se da cuando el derecho penetra en los fenómenos de la vida social. Este tipo de derechos implican la actuación del Estado o de otros sectores políticos que permitan su realización, es decir, entrañan por lo general una obligación de hacer (otorgar los medios materiales). La obligación del Estado, se califica de positiva ya que se funda en un deber imperativo de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas, los recursos necesarios para la satisfacción de tales derechos. Los derechos sociales buscan habilitar a las personas para ser agentes de su propio desarrollo, encontrándose el derecho a la educación y el de protección de la salud, en la base de los demás.

Los derechos de tercera generación no han concluido su etapa de gestación, presentando una regulación jurídica incompleta. Tienen su origen en las nuevas necesidades del hombre y de la colectividad, requieren de instrumentos jurídicos tanto del derecho internacional como nacional. Se distinguen por requerir, para su definición un mayor grado de solidaridad que los derechos de primera y segunda generación, ya que son tanto de carácter individual como colectivo, toda vez que conforman el patrimonio común de la humanidad. Exigen un alto grado de humanismo y universalidad, producto tanto de la eclosión de valores sociales, como del cambio de paradigmas que han traído consigo los avances de la ciencia y de la tecnología en los últimos 50 años, que entrañan una serie de retos y oportunidades para la existencia digna del ser humano, así como para la conservación de su hábitat.

El reconocimiento de los derechos de tercera generación a nivel constitucional ha puesto de relieve la problemática para el diseño de mecanismos eficientes y eficaces para garantizarlos. Como apunta Jellinek, se está ante el nuevo reto para dar respuesta a la llamada “contaminación de libertades” (*liberties' pollution*),³ en otras palabras, a la ignominia que soslaya a otros derechos ante el uso de los avances científicos y tecnológicos, que han producido colisión entre principios y normas jurídicas del mismo nivel, al tratarse de intereses difusos, que sólo pueden satisfacerse a nivel comunitario. Se trata de necesidades comunes a conjuntos indeterminados de individuos, no deslindables y que por lo general radican en circunstancias puramente fácticas. Lo que plantea el problema de la accionabilidad, es decir, de la legitimación procesal. Este fenómeno se debe a que “el mundo de la filosofía política o la filosofía moral ha estado indebidamente separado del mundo del que vivimos, los derechos humanos”.⁴

La división por generaciones de los derechos humanos se ha realizado con un criterio histórico, atendiendo a la medida en que las sociedades van reconociendo los elementos que la vida comunitaria requiere para el auténtico progreso del hombre, de esta forma los derechos humanos se han ido ampliando. Es por ello que todos los derechos que estas generaciones sal-

³ Cfr. Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1980, pp. 276-279.

⁴ Espejo, Nicolás, “Fundamentación de los derechos sociales”, *Memoria del Coloquio sobre Derechos Sociales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 22.

vaguardan son igualmente importantes e interdependientes, ya que atienden las necesidades que se van presentando al recorrer del tiempo.

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, COMO DERECHO HUMANO

En el apartado anterior se afirma que el derecho a la educación y el de protección de la salud, constituyen la base de los derechos humanos, ahora bien por razones naturales el derecho a la protección de la salud prevalece respecto de cualquier otro, incluido el de la educación.

La salud ha constituido desde siempre uno de los valores esenciales del ser humano. Ocupando un inmediato segundo lugar después de la vida, valor primordial por antonomasia, la salud supone la principal aspiración de la persona. Si la vida se refiere a la propia existencia, la buena salud define la bondad cualitativa de esa existencia en tal medida que la pérdida de la salud puede llegar a producir en la persona la pérdida del aprecio por la vida. En cualquier caso, la salud no sólo es importante por la percepción subjetiva que toda persona tiene de la propia, sino porque, desde un punto de vista objetivo, su merma constituye un formidable factor de destrucción del bienestar humano y de su felicidad.⁵

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS):

la salud no sólo es la ausencia de enfermedad, sino un estado de completo bienestar físico y mental, en un contexto ecológico-social propicio para su sustento y desarrollo. La salud descansa en la esfera de prácticamente todas las interacciones, sociales y culturales, y es, con ellas, un componente sinérgico de bienestar social.⁶

Por otra parte, en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria a la Salud (OMS-UNICEF) de 1978, se definió a la salud como: “el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; es un derecho fundamental y el logro del grado

⁵ Acosta Gallo, Pablo, *Salud, profesiones sanitarias y Constitución Española*, Madrid, Mapfre, 2002, p. 1.

⁶ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, suscrita en Nueva York el 22 de junio de 1946.

más alto posible de la misma, es un objetivo social importantísimo en el mundo”.

En tal virtud, se reconoce a la salud como uno de los valores fundamentales y consustanciales al individuo y a la colectividad, puesto que sin una comunidad sana es difícil lograr el desarrollo social. Así, la necesidad de proteger la salud individual y colectiva es de tal magnitud e importancia que se ha considerado, junto con la educación, uno de los indicadores que gradúan el desarrollo de una nación.

De las definiciones de salud expuestas es posible concluir que no existe un derecho humano a la salud, en *strictu sensu*, sino un derecho a la protección de la salud; en otras palabras, al establecimiento de las condiciones que permitan la prevención, el cuidado y la recuperación de la salud.

En la legislación supranacional existen dos normas que reconocen el papel de los Estados en la consecución del derecho a la protección de la salud. La de mayor relevancia la configura la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en su artículo 25.1:

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 sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

La mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra desarrollada por dos pactos internacionales, ambos suscritos por México. El primero de ellos se refiere a los derechos humanos de primera generación, y el siguiente a los de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales). Este último concretó en su artículo 12 el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental, así como las labores encomendadas a los Estados firmantes para la efectiva protección del derecho a la salud, entre las que se encuentran: a) la reducción de la mortalidad y la mortalidad infantil, además del sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos los 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 (la lucha contra ellas); por último, d) la creación en condi-

ciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

Como es posible advertir, un concepto de salud de carácter estático resultaría discordante con lo establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el concepto de salud se transmuta conforme cambia la realidad histórico-social y los avances técnico-científicos.

Es por ello que en diversos regímenes constitucionales, como el caso del mexicano, se ha legislado en el tema de protección de la salud a través de lo que denominan algunos doctrinarios: declaraciones de principio, dentro de las cuales se encuentran las llamadas normas programáticas, que son “esenciales para la interpretación armónica de la ley fundamental, porque en ellas el Constituyente ha trazado los principios axiológicos esenciales, y la ruta que deben seguir en el futuro los poderes constituidos para alcanzar las metas del perfeccionamiento social”.⁷ Es a la luz del propio texto constitucional que se debe realizar el examen de las obligaciones del Estado en relación con la protección de la salud de los gobernados.

III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN MÉXICO

Se coincide con Olga Sánchez Cordero en la relevancia que ha adquirido el régimen jurídico de la protección de la salud en México, particularmente de 1983 a la fecha. Relevancia que se manifiesta en la discusión académica, encabezada por especialistas en salud pública, así como en el terreno de la política, e inexorablemente el de la economía. Ello obedece a que “por un lado, 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”.⁸

1. *Antecedentes*

El derecho a la protección de la salud, subyacente en las leyes supremas del México independiente, y moldeado por las Constituciones federalistas

⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001, p. 24.

⁸ Sánchez Cordero, Olga, “El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México”, *Revista Conamed*, México, año 4, vol. 6, núm. 17, octubre-diciembre de 2000, p. 8.

y centralistas en cuanto a competencia territorial, se concreta después de más de siglo y medio, al adicionar el legislador el artículo 4o. constitucional, hace casi un cuarto de siglo.

El artículo 118 de la Constitución de Apatzingán (1814) facultaba al Congreso para “aprobar los reglamentos que conduzcan a la sanidad de los ciudadanos”; sin embargo, la Constitución de 1824 no contuvo referencia alguna en materia de salud, como lo había hecho su antecesora, por lo que, de acuerdo con los mecanismos para la distribución de competencias que esta Constitución federalista establecía en su artículo 161, en su primera fracción, los asuntos sanitarios quedaban sujetos a lo que dispusieran los estados.

Las leyes constitucionales centralistas de 1836 establecían, en este mismo sentido, que la policía de salubridad estaría a cargo de los ayuntamientos.

La Constitución de 1857 recogió, en materia de distribución de competencias entre la Federación y los estados, el sistema de la Constitución de 1824, y su artículo 117 estableció que las facultades no expresamente concedidas a los funcionarios federales se entendían reservadas a los estados.

La Constitución de 1917 rescata a favor del Congreso la atribución originaria, contenida en la carta magna de 1814, para legislar en materia de salud, la fracción XVI del artículo 73 vigente establece la facultad del Congreso para hacerlo en materia de salubridad general; conservándose el principio de que lo no expresamente conferido a la Federación es competencia de los gobiernos locales.

En la década de los setenta se evidencia la necesidad de replantear el marco jurídico del derecho a la salud en México, en virtud de la falta de claridad histórica respecto de la distribución de competencias entre las entidades federativas y la Federación. A esto se suma la creciente disfunción entre las instituciones de seguridad social y la Secretaría de Salubridad y Asistencia en la prestación de servicios de salud.

2. Reforma constitucional

Para 1983 el crecimiento de la población, el fenómeno de la concentración de las grandes urbes y las crisis económicas fueron, entre otros, factores que el Constituyente Permanente tomó en cuenta para adicionar al artículo 4o. de la Constitución el siguiente texto:

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 distribuirá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Esta base constitucional es atípica, ya que exceptúa el referido principio general de distribución de competencias contenido en el artículo 124 de la ley fundamental, al derivar tal atribución a la ley reglamentaria.

Un año más tarde se expide la ley reglamentaria que, después de debatir su ámbito de aplicación, adopta la naturaleza jurídica de ley general por contener disposiciones de competencia de salubridad general: exclusivas de la Federación, de carácter local, así como los mecanismos para la competencia concurrente.

Es así, que esta ley reglamentaria define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, a través de un sistema nacional de salud, coordinando a la autoridad sanitaria con las instituciones de salud, de seguridad social y privadas a efecto de proporcionar servicios con calidad a toda la población y delimitar la concurrencia de la Federación y de las entidades federativas en materia de salubridad general. “Esta nueva ley de salud tiene como fin darle contenido real al derecho a la protección de la salud, consolidar la sectorización, empujar el carácter rector de la autoridad sanitaria”.⁹

La Ley General de Salud determina las finalidades del derecho a que se hace referencia; define y clasifica a los servicios de salud, estableciendo cuáles son básicos; fija una clasificación de los prestadores de los mismos y, con base en ella, señala los grupos de población que deben atender y las condiciones bajo las cuales ha de hacerlo, comprendiendo tanto a instituciones públicas como privadas. Adicionalmente, define quiénes son los usuarios de los servicios y reconoce que, independientemente de su situación económica, las personas tienen derecho a servicios de calidad.

3. Tutela del derecho a la protección de la salud

El Estado no crea derechos humanos; solamente los reconoce a través de su marco jurídico, es decir, precisa su extensión, y sus modalidades, ade-

⁹ Ruiz Massieu, José Francisco, “Marco jurídico político”, *Documentos de apoyo didáctico para la capacitación*, México, Secretaría de Salud, 1983, p. 12.

más de establecer los procedimientos para su tutela, como es visible en el artículo 1o. de la Constitución: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no podrán suspenderse o restringirse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. Nuestra Constitución reconoce los derechos humanos y los positiviza con la figura jurídica de garantías individuales.

El derecho humano a la protección de la salud fue reconocido en nuestro sistema jurídico en reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, al considerar el Constituyente Permanente urgente establecer las condiciones básicas de salud por

La innegable vinculación que existe entre el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre, el incremento de la productividad y de la producción, todos ellos retos a los que se enfrentan las sociedades que buscan ser cada vez más igualitarias.¹⁰

Al momento de la reforma constitucional se buscó dotar de un marco programático sólido para que la actividad gubernamental se encaminara a dar protección a la salud de todos los mexicanos, con la participación de la sociedad e individuos beneficiarios.

Doctrinalmente, y a partir de esta reforma constitucional, se definió al derecho a la protección de la salud como un: sistema de normas jurídicas de derecho social, que tiene por objeto regular los mecanismos para garantizar la protección de la salud como bien supremo del hombre, a través de la delimitación del campo de la actividad gubernamental, con la finalidad de que sirva como medio para obtener justicia social.¹¹

En palabras de Guillermo Soberón, “A partir de este gran hito de la evolución sanitaria en México, el Estado y sus funcionarios podrán ser conmi-

¹⁰ Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Perspectivas de la legislación de la salud”, *Los grandes problemas jurídicos. Recomendaciones y propuestas. Estudios jurídicos en Memoria de José Francisco Ruiz Massieu*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 216.

¹¹ Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*, 2a. ed., México, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 17.

nados por el pueblo si no se esfuerzan suficientemente en darle efectividad progresiva al derecho a la protección de la salud”.¹²

Como se colige, el derecho a la protección de la salud fue concebido como un derecho social, que a decir de Héctor Fix Zamudio es

el conjunto de normas jurídicas nacidas con independencia de las ya existentes, y en situaciones equidistantes respecto de la división tradicional del derecho público y del derecho privado, como un tercer sector, una tercera dimensión, que debe considerarse como un derecho de grupo, proteccionista de los núcleos más débiles de la sociedad, un derecho de integración, equilibrado y comunitario.¹³

La Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, sin embargo, para dar cumplimiento a este derecho, el propio texto constitucional establece que sea la ley la que determine la forma de acceder a los servicios de salud y las condiciones bajo las cuales se hará. Así, para hacer efectiva esta garantía se requiere de un adecuado sistema normativo que la dote de contenido real, la desarrolle y determine sus alcances; de una instancia que ejerza las funciones de rectoría en la materia, así como de la participación de la sociedad y del individuo en el cuidado de la salud.

No obstante, continuar concibiendo al derecho a la protección a la salud sólo como un derecho social, implica encasillarlo como norma programática, ausente del elemento coactivo, como lo sentenció José Ramón Cossío Díaz en su obra *Régimen autoritario y dogmática constitucional* la concepción de la Constitución ligada al movimiento revolucionario, despojó a los derechos sociales de su carácter normativo, por no ser accionables a través del juicio de protección de garantías, porque este tipo de derechos se configuran como normas ideológicas que sólo establecen la obligación de hacer un plan de gobierno. A este respecto, Luigi Ferrajoli afirma que el simple enunciado constitucional de los derechos sociales, al no ir acompañado de garantías suficientes, como medios de defensa y tutela jurisdiccio-

¹² Soberón Acevedo, Guillermo, *Derecho constitucional a la protección de la salud*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 10.

¹³ Fix Zamudio, Héctor; citado por Díaz Alfaro Salomón, *Las garantías sociales en la Constitución de 1917*, México, tesis profesional, Ciudad Universitaria, 1979. p. 60.

nal, similares a las que tienen los derechos individuales, no se traducen en prestaciones públicas suficientes.¹⁴

IV. DEFENSA JURISDICCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

“La existencia de un derecho social se califica no sólo por la conducta cumplida del Estado, sino por la existencia de un poder jurídico de acción del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida por parte de la autoridad”.¹⁵ ¿Cuál es entonces el verdadero alcance que tiene el derecho a la protección de la salud en México? Pregunta planteada por Olga Sánchez Cordero, quien responde, apoyada en el pensamiento de José Ramón Cossío, que el control constitucional de los actos de aplicación de leyes concernientes a esta materia, se ejerce a través del juicio de garantías, toda vez que, aun cuando el derecho fundamental se desarrolle en la ley, no se confunde con ella, permaneciendo como parámetro de constitucionalidad.¹⁶

El antecedente identificado, respecto de la conformación del criterio de que el derecho a la protección de la salud es además una garantía individual, formado a través de tesis pronunciadas por tribunales colegiados de circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el que lleva por rubro. “TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 5, FRACCIÓN V, PÁRRAFO VI, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD”.¹⁷ Criterio establecido por el pleno de la Corte al resolver un amparo en revisión, en el cual la quejosa estimó violado su derecho a que el instituto de seguridad social mencionado, brindara asistencia médica y medicinas a su esposo, determinando que “Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto que se impugna, no tiene fundamento constitucional, máxime que el párrafo ter-

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 1, pp. 63 y 64.

¹⁵ *Cfr.* Azuela Güitrón, Mariano, “Palabras del ministro”, *Memoria del Coloquio sobre Derechos Sociales*, *cit.*, nota 4, p. 16.

¹⁶ Sánchez Cordero, Olga, *op. cit.*, nota 8, p. 12.

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. III, primera parte, enero a junio de 1989, tesis LIII/89, p. 201, IUS: 205982.

cero del artículo 4o. de la propia Constitución establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.

El Poder Judicial de la Federación ha sostenido reiteradamente el criterio del carácter de garantía individual del derecho en análisis, los precedentes que encontramos datan de 1990. Los encabeza el contenido en tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al aseverar:

Cuando está en juego la existencia y la salud de un ser humano, la menor imprudencia, el descuido, la negligencia más trivial, adquieren una singular gravedad, pues la vida de un paciente puede depender del más leve error... Ciertamente, el derecho a la salud o la vida, no es sólo un bien meramente individual, sino que también lo es social y tan es así, que es contemplado en nivel nacional, como una garantía individual (artículo 4o. constitucional) y en nivel internacional como uno de los derechos humanos consagrados en la Carta de San Francisco...¹⁸

El criterio transcrito se originó al resolverse una revisión fiscal, cuya litis versó respecto de la responsabilidad administrativa de un servidor público con funciones de médico.

En 1995, el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, resolvió lo que puede considerarse el primer juicio de amparo en materia de prestación de servicios de salud,¹⁹ reconociéndose al derecho humano de la protección de la salud, su calidad de garantía individual, al sostener que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y acceso a los servicios correspondientes, obligando así al estado de Tlaxcala a proporcionar la atención médica a un procesado, así como su traslado a un hospital especializado.

Como puede apreciarse, uno de los factores esenciales para lograr la eficacia en el derecho es la función judicial,

¹⁸ REVISIÓN, IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DEL ASUNTO EN EL RECURSO DE, INTERPUESTO POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ENCARGADA DE LA DEFENSA DE LA SECRETARÍA DE SALUD EN QUE SE CONTROVIERTE LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI, segunda parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 645, IUS: 225253.

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, tesis VI. 2º.37P, p. 574, IUS: 203666.

...actividad dinámica, puesto que la aplicación de las disposiciones normativas abstractas a los casos concretos de la realidad, forzosamente tiene que presuponer una labor interpretativa, indispensable para adecuar el marco genérico a las modalidades específicas, infinitamente variables, de la práctica.²⁰

Al interpretar el derecho se actualiza, ajustando el criterio de aplicación a nuevas circunstancias, a fin de que la norma responda a exigencias de la realidad histórico-social, ello en virtud de la función correctora, integradora y creativa de la interpretación.

Fue el pleno de la Suprema Corte quien definió la garantía individual del derecho a la protección de la salud, reconociéndole su naturaleza jurídica de derecho público subjetivo, dejando atrás la conceptualización de derecho social, norma programática, prestacional o principio constitucional.

SALUD, EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. El derecho a la protección de la salud, tiene entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la población y de la colectividad... que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad... que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo... que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.²¹

Este reconocimiento expreso del derecho a la protección de la salud como garantía individual consagrada en el artículo 4o. constitucional, pronunciado unánimemente por nuestro alto tribunal, vino por una parte a confirmar la hipótesis doctrinaria esgrimida por estudiosos del derecho que no admiten los argumentos en contra de la exigibilidad de los derechos so-

²⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 7, p. 7.

²¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, marzo de 2000, tesis P.XIX/2000, p. 112, IUS: 192160.

ciales, los cuales “sólo alcanzarán su reconocimiento universal, como auténticos derechos, hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho”.²² Por otra parte, activó al sistema de salud pública en cuanto al alcance de la prestación de servicios de atención médica.

Se ha señalado que las Constituciones deben considerarse como entes vivos y no estáticos. Por ello y con el transcurso inexorable del tiempo, si el texto de las normas constitucionales se mantiene inalterado, no ocurre lo mismo con su significado, y por este motivo también se ha sostenido, sin exageración, que la Constitución se independiza del Constituyente y se transforma por conducto de su interpretación.²³

A estas resoluciones se les ha dado la connotación de sentencias interpretativas.

[Es] por esto, que las resoluciones judiciales deben de ser un factor a considerar en la formulación de instrumentos jurídicos. La función de los tribunales al interpretar la ley abre la posibilidad de accionar derechos y refleja la evolución respecto a la aplicación de cierta norma, por lo que es necesario que ésta se haga explícita en normas generales.²⁴

Un buen ejemplo de lo anterior fue lo sucedido con la emisión de la tesis aislada IX/2003,²⁵ en la cual se determinó la inconstitucionalidad de la fracción VI de artículo 333 de la Ley General de Salud, que condicionaba la realización de trasplantes de órganos entre vivos, a que el donante tuviese con el receptor parentesco por consanguinidad, afinidad o civil; o ser su cónyuge, concubina o concubinario, lo que transgredía los derechos a la

²² Azuela Güitrón, Mariano, *op. cit.*, nota 15, p. 15.

²³ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 7, pp. 341 y 342.

²⁴ Moctezuma Barragán, Gonzalo, “Técnica legislativa en materia de salud”, *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, México, Themis-Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 2002, t. II, p. 1513.

²⁵ TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, tesis P.IX/2003, p. 54, IUS: 183374.

protección de la salud y a la vida previstos en el artículo 4o. de la Constitución, pues privaba a la población en general de un medio apto para prolongar o mejorar su calidad de vida. Como resultado de esta tesis, cualquier persona que se sujete a los controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad con el receptor, sin que vea afectada su salud y sea motivada por el altruismo y la solidaridad, puede de manera libre donar gratuitamente un órgano. Este criterio lo hizo suyo el legislador, al reformar el artículo 333 Ley General de Salud, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de noviembre de 2004.

El voto minoritario²⁶ en el amparo en revisión que dio origen a la tesis mencionada, se sustentó en que debió declararse la constitucionalidad del precepto reclamado y, por ende negarse el amparo, argumentándose la necesidad de regular suficientemente los trasplantes entre vivos, protegiendo así a las personas que pertenecen al universo de donadores que pueden ver afectada su integridad física y síquica ante la ausencia de regulación en la materia. En el mencionado voto minoritario, con independencia de la litis a que obedece, resultan por demás interesantes las aseveraciones que sobre el derecho a la protección de la salud plasman los ministros:

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su cuarto párrafo establece como garantía individual el derecho a la protección a la salud, mismo que ha sido reconocido por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación como un derecho público subjetivo del gobernado frente al Estado, que está obligado a brindar atención a la salud para toda la población...

Esta garantía individual [no] debe entenderse como absoluta, en el sentido de que su ejercicio pueda efectuarse de manera irrestricta y sin limitación alguna, merced a que el propio texto del párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional refleja la voluntad del Constituyente de que el derecho a la protección de la salud se encuentre definido y reglamentado, a fin de que las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud estén normados por las leyes secundarias respectivas.

...[La] obligación estatal derivada de la garantía constitucional de la protección a la salud debe traducirse en políticas y sistemas normativos de salud pública, que permitan el acceso de todos los mexicanos a los servicios y atención médica. De esta manera el derecho a la protección de la salud se

²⁶ Voto Minoritario de los ministros Aguinaco Alemán, Aguirre Anguiano, Gudiño Pelayo y Ortiz Mayagoitia, amparo en revisión 115/2003, quejoso: José Roberto Lamas Arellano.

identifica con el conjunto de elementos orientados a la satisfacción social de las necesidades individuales y colectivas de prevención, curación y rehabilitación de la salud, debiendo establecerse los mecanismos para que toda persona tenga acceso seguro a las instituciones y a los instrumentos necesarios para dichos fines.

Es así que el derecho a la protección de la salud, calificado inicialmente como garantía social por la mayoría de los doctrinarios, a partir de los precedentes judiciales mencionados y marcadamente del criterio de la Corte, se revela como una garantía individual que, más allá de disquisiciones hermenéuticas, se distingue de la primera por la connotación de exigibilidad. El argumento de que el derecho a la protección de la salud no era accionable, no soportó la interpretación de la norma constitucional, estableciéndose el criterio reiterado de que se trata de una garantía individual. Son precisamente las decisiones jurisdiccionales las que han ido dotando de contenido creciente a este derecho fundamental, por ello la judicialización de los derechos sociales es la apuesta que estudiosos como José Ramón Cossío hacen para que el derecho a la protección de la salud tenga materialidad plena.

En este tenor, Olga Sánchez Cordero es de la opinión doctrinaria, que estamos frente a un *derecho predominantemente social*, o bien —como lo concibe Julio Frenk— un *derecho social exigible por los individuos*. Aún cuando este derecho entrañe la actuación del Estado, en beneficio de las condiciones de vida de la población y

... no pueda afirmarse que desde la Constitución federal se otorgue al particular un derecho subjetivo que obligue coactivamente al Estado para hacer efectivo dicho derecho; en el preciso momento en que el legislador desarrolla los principios fundamentales en esta materia, o como lo dice expresamente el texto constitucional define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, surge de esta forma el derecho del gobernado para exigir, siempre que se encuentre dentro de la hipótesis legal, el cumplimiento de su derecho constitucional, y en caso de que éste sea desconocido, podrá acudir al juicio de amparo reclamando la violación a su derecho constitucional a la protección a la salud.²⁷

De esta forma podemos concluir que una vez regulado a nivel constitucional el derecho a la salud, el legislador ordinario no puede desconocerlo;

²⁷ Sánchez Cordero, Olga, *op. cit.*, nota 16, p.12.

sino, por el contrario, se ve obligado a regularlo conforme a lo que dispone la propia Carta Magna, con lo que se materializa el derecho del individuo para combatir aquellas situaciones que llegaren a violentar sus garantías individuales.²⁸

En este respecto existe simetría con la Constitución Española, la cual reconoce a la protección de la salud como valor superior del ordenamiento jurídico, obligando a los poderes públicos a organizar la efectiva tutela de la salud pública.

La consagración constitucional de este valor jurídico lo torna indisponible para el legislador ordinario, que se ha de limitar por tanto a procurar el fin, siendo libre de elegir los medios... Y aún más, al constituir la Constitución un sistema de valores y no un simple enunciado inconexo de principios, la protección a la salud opera necesariamente como valor vinculado a otros, formando el entramado básico en torno al cual se construye el resto del ordenamiento jurídico...²⁹

La admisión por parte de la Corte del rango de garantía constitucional del derecho a la protección de la salud, generó de inmediato gran presión al sistema de salud pública, toda vez que el gobernado dejó el papel de simple beneficiario de los servicios de atención médica, pasando al de titular corresponsable del mantenimiento y restablecimiento de su salud.

Como respuesta no sólo a la llamada transición epidemiológica,³⁰ sino también a la transición jurídica en materia de salud, núcleo de este trabajo, y atendiendo al criterio sostenido por Fix-Zamudio, en el sentido de que el derecho judicial debe considerarse una fuente formal del derecho, la llamada “doctrina legal”, se llevó a cabo la reforma a la Ley General de Salud para incorporar el denominado Seguro Popular.

El 15 de mayo de 2003, se adicionó a la ley de la materia el título tercero bis “De la protección social en salud”. Mediante la citada reforma se concede a todos los mexicanos el derecho a ser incorporados al sistema de protección social en salud con la garantía del Estado al acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin dis-

²⁸ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

²⁹ Acosta Gallo, Pablo, *op. cit.*, nota 17, pp. 3 y 4.

³⁰ Véase Urbina Fuentes, Manuel, y otros (coord.), *La experiencia mexicana en salud pública, oportunidad y rumbo para el tercer milenio*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

criminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud, mediante la combinación de intervenciones de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y de rehabilitación, seleccionadas en forma prioritaria según criterios de seguridad, eficacia, costo, efectividad, adherencia a normas éticas profesionales y de aceptabilidad social. Esfuerzo de la Secretaría de Salud y del Congreso para lograr en el mediano plazo la universalidad de la seguridad social en materia de salud en el país.³¹

Se coincide con los doctrinarios, que sin políticas públicas de salud, sin protección a la salud por los poderes públicos, difícilmente podremos hablar de libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, de democracia.

En cualquier caso, esta intervención no es libérrima, sino que está sometida a ciertos límites, como los que derivan del ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos. Así, la libertad terapéutica del profesional sanitario y la libertad de elección del paciente forman un binomio de protección de la libertad individual frente a la intervención del Estado, que de ese modo no pueden tener carácter absoluto. La postura del ciudadano como receptor del servicio público de salud obliga también a tener en cuenta el necesario respeto a su derecho a la información, derecho que se materializa con la singular figura del consentimiento informado.³²

Una definición actual del derecho a la protección de la salud, lleva a afirmar que:

Es un sistema de normas jurídicas que tienen por objeto garantizar la protección de la salud como valor supremo del hombre, mediante la rectoría del Estado con la participación responsable de la sociedad en lo colectivo e individual; basado en la equidad, calidad y apoyo financiero; y respecto del cual el gobernado goza de poder jurídico de acción para exigir se le proporcionen los medios para el mantenimiento y restablecimiento de su salud.

La insuficiencia de servicios de salud es inmoral no sólo porque priva a la persona de un derecho, sino porque le aniquila la capacidad de plantearse posibilidades. Por lo tanto, diría Kierkegaard, la priva de su existencia.

³¹ Cfr. Ortiz, Mauricio, *El seguro popular. Una crónica de la democracia mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 19, 58 y 59.

³² *Ibidem*, p. 25.

V. DEMANDAS EN MATERIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En el ámbito de los llamados derechos sociales, la justiciabilidad o protección judicial es uno de los temas más polémicos en el derecho procesal constitucional contemporáneo. Tema nuevo cuyo debate resulta complejo, el cual incluye la indeterminación de esos derechos, la preparación de los jueces, las implicaciones presupuestales y el equilibrio de la actividad del Poder Judicial frente a la del Legislativo.³³

Para los estudiosos del derecho constitucional las causas de la escasez de demandas que planteen cuestiones relacionadas con los llamados derechos sociales, obedece a diversas circunstancias, en primer término el desconocimiento respecto de la exigibilidad de estos derechos fundamentales y cuando se logra superar esta barrera de cultura jurídica, hay que enfrentar la estructura procesal, debido a la carencia o falta de propiedad de los medios procesales existentes

... parte del problema que se plantea en materia de exigibilidad de derechos sociales es en qué medida uno puede acceder a una forma de garantías secundarias, es decir, una vez incumplida la obligación por parte de quien debe cumplirla poder acudir a una autoridad jurisdiccional para que repare la situación de algún modo.³⁴

Le fenomenología en torno a las demandas por violaciones a esta garantía constitucional está poco explorada en nuestro país, evidentemente que se presentan casos de ruptura del derecho como diría Felipe Tena Ramírez al justificar la existencia de los jueces; sin embargo, escasos son los precedentes jurisdiccionales en esta materia. Por último, la insuficiencia de asesoría calificada, así como la escasa representación gratuita y a la vez especializada, han sido motivo de alejamiento del gobernado frente a la impartición de justicia en materia de derechos sociales.

³³ Uprimny, Rodrigo, "La protección jurisdiccional de los derechos sociales", *II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional sobre la Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, junio de 2007.

³⁴ Cfr. Courtis, Christian, "Derechos sociales y justiciabilidad", *Memoria del Coloquio sobre Derechos Sociales*, cit., nota 4, p. 156.

Medios procesales

Como se analizó en el apartado IV, Olga Sánchez Cordero está convencida que el derecho a la protección de la salud conlleva el poder jurídico de acción del gobernado para exigir, vía el juicio de amparo, el cumplimiento de su derecho constitucional.

Las garantías individuales son derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo.³⁵

Sin embargo, Wistano Luis Orozco García es de la opinión que los ordenamientos constitucionales de América Latina así como los instrumentos internacionales que han suscrito estos países, no contienen los medios procesales idóneos para que los particulares hagan exigibles sus derechos, ni para que los órganos de control impongan obligaciones a los Estados; y agrega: “Si uno quisiera simplificar tendría que decir que en el caso mexicano el amparo no parece ser un instrumento idóneo para la promoción de los derechos sociales, ni tampoco los procedimientos del derecho internacional”.³⁶

La situación anterior se hace más compleja cuando el juzgador confunde la garantía con el derecho

... el hecho de que exista un derecho desde la perspectiva de la teoría del derecho y de la filosofía moral, es que existe un argumento para que una persona pueda exigir el cumplimiento de una obligación. Lo importante no es que esté la garantía ya reconocida, lo importante es que hay un argumento fuerte que permite exigir en caso que la garantía no esté, que se establezca la garantía.³⁷

³⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, enero de 1997, tesis P./J. 2/97, p. 5, IUS: 199492.

³⁶ *Cfr.*, Orozco García, Wistano Luis, “Perspectiva de los derechos sociales”, *Memoria del Coloquio sobre Derechos Sociales*, *cit.*, nota 4, p. 133.

³⁷ Espejo, Nicolás, *op. cit.*, nota 4, p. 30.

Parafraseando a Rodolfo Luis Vigo la equidad y la justicia se introducen al derecho por los operadores (jueces) a través de la jurisprudencia —conciencia de la discrecionalidad judicial—.

Se concuerda con la propuesta de Orozco García de judicializar los derechos sociales, como un medio para hacerlos efectivos y, en ese sentido, para hacer eficaces los derechos individuales y el propio Estado de derecho. Pues sostiene que desde Tocqueville se puede establecer que si la democracia en América funciona, lo hace por que se ha transformado en un Estado judicial, en términos de que los individuos ejercen sus derechos ante tribunales y dejan que sean éstos los que establezcan límites a los derechos fundamentales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la emisión de jurisprudencia y de tesis aisladas sobre el derecho a la protección de la salud, se ha ocupado de los llamados problemas de determinación, “aunque los derechos están reconocidos constitucionalmente hay un cierto problema vinculado con el nivel de especificación de las obligaciones”.³⁸ Prácticamente todos los derechos adolecen de un cierto grado de indeterminación, esto es natural sobre todo a nivel constitucional, siendo labor del juzgador ir dotando de contenido a estas bases fundamentales, como lo hace frente a todos los derechos.³⁹

Por ello, resulta imprescindible la función reguladora del Poder Judicial de la Federación, en la adecuación entre los fines y los medios para materializar plenamente el derecho a la protección de la salud, siendo además obligación de los juzgadores el impedir retrocesos en esta materia, cumpliendo con la obligación de no regresividad. Esto es, no afectar el nivel de disfrute, criterio aceptado a nivel interamericano de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.⁴⁰ Sobre todo cuando, como ha sido demostrado en este trabajo, los criterios de la Corte trascienden al ámbito jurisdiccional al participar de la dinámica entre los poderes de la Federación, tanto en el establecimiento de políticas públicas y su consecuente normalización a cargo del Ejecutivo, como en el proceso de creación de leyes en el Legislativo.

³⁸ Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 34, p. 156.

³⁹ Acuña, Juan Manuel, “La protección jurisdiccional de los derechos sociales”, *II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional sobre la Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales*, *cit.*, nota 33.

⁴⁰ *Idem.*